GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXV - BOGOTA, COLOMBIA. MAYO DE 1953 - NUMERO 2129

SALA PLENA

PROPOSICION APROBADA UNANIMEMENTE POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"La Corte Suprema de Justicia, al enterarse de la inesperada muerte del doctor RAFAEL GOMEZ HURTADO, envía su atento saludo al Excmo. señor Presidente Titular de la República, haciéndole llegar, lo mismo que a la señora de Gómez y a su distinguida familia, la expresión sincera de participación en el dolor de tan sensible pérdida, que sólo la Divina Providencia sabrá mitigar.

La Corte en Pleno se asocia a los funerales mediante su asistencia, invitaciones por la prensa y en carteles, y con el envío de una corona.

Copia de esta proposición, en nota de estilo, será puesta en manos del Excmo. Sr. Gómez, por una comisión designada por la Presidencia.

Publíquese en la GACETA JUDICIAL".

Pablo Emilio Manotas—Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda—Luis A. Flórez — Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez—Rafael Leiva Charry—Luis Rafael Robles—Gualberto Rodríguez Peña — Rafael Ruiz Manrique—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

BIBLIOTECA

OBJECIONES A UN PROYECTO DE LEY. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA DECRETARSE UN AUXILIO POR EL CONGRESO

La Corte, en diferentes oportunidades se ha pronunciado en el sentido de que las normas de la Ley 71 de 1946 son de ineludible observancia por el Congreso, porque tal estatuto no es otra cosa que la reglamentación o desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución en vigor, que el mismo Congreso realizó en acatamiento de la voluntad suprema de la constituyente de 1945.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente, Dr. Rafael Leiva Charry)

El Congreso Nacional, en sus sesiones ordinarias de 1948, aprobó el proyecto de ley "por la cual la Nación coadyuva a la formación del Barrio Obrero "Jorge Eliécer Gaitán" en la ciudad de Girardot", que copiado textualmente dice lo siguiente:

"El Congreso de Colombia
Decreta:

"Art. 1º—Declárase de utilidad pública la adquisición por parte de la Nación, del terreno adyacente al área de la ciudad de Girardot, comprendido entre los siguientes linderos:

'Por el norte, con tierras de Nereo Posada y del mismo Municipio de Girardot, en una extensión de trescientos metros (300) lineales, partiendo de la zona del Ferrocarril hacia el occidente, hasta dar con tierras de Nereo Posada. Por el sur, calle catorce de por medio, con tierras de Angel M. Avila, Marcos Caballero, Daniel León, en una extensión de quinientos metros (500) lineales, partiendo de la zona del ferrocarril hasta dar con el barrio 'Saavedra Galindo'. Por el oriente, con la zona del ferrocarril en una extensión de quinientos (500) metros lineales a partir de la calle 14 hasta dar con tierras de Nereo Posada, y por el occidente, con el barrio 'Ventorrillo' y tierras del Municipio de Girardot, en una extensión de cuatrocientos metros (400) partiendo del barrio 'Saavedra Galindo', hasta dar con tierras de Nereo Posada'.

"Artículo 2º—En el próximo Presupuesto Nacional se incluirá la partida de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) con destino a la compra del terreno determinado en el artículo anterior. Dicha cantidad será destinada al pago de los respectivos propietarios si los hubiere, de conformidad a la reglamentación de la presente ley, por el Organo Ejecutivo.

"Artículo 3º—Sin perjuicio del cumplimiento de las leyes vigentes sobre obligaciones de los Municipios en la construcción de barrios obreros, el terreno de que trata esta ley, se destina por la Nación al Barrio Obrero 'Jorge Eliécer Gaitán' en la ciudad de Girardot.

"Artículo 4º—Los dueños actuales de edificios y mejoras que se encuentren en lotes de terrenos que hagan parte del globo general adquirido por la Nación en cumplimiento de esta ley, tienen derecho a la adquisición de sus respectivos lotes, por el sistema de amortización de que trata el artículo 1º de la Ley 61 de 1936. En el Decreto reglamentario de esta ley el Gobierno fijará los precios y condiciones de venta, teniendo en cuenta un espíritu de beneficio social, de mejoras para el mismo barrio y no de utilidad o negocio para el Gobierno.

"Artículo 5º—Las operaciones de compra de terreno, amortización de lotes y urbanización, se adelantarán por conducto del Municipio de Girardot o la entidad que el Organo Ejecutivo, al reglamentar esta ley, señale para este efecto.

"Artículo 6º—Vótase la partida de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda legal, que se incluirá en el presupuesto nacional, con destino al barrio obrero 'Jorge Eliécer Gaitán' en la ciudad de Girardot, sin perjuicio al cumplimiento a las disposiciones de las Leyes 45 de 1918 y 61 de 1936.

"Artículo 7º—Si en desarrollo del plan general de urbanización fuere necesario demoler edificaciones, los propietarios respectivos recibirán la consiguiente indemnización legal en dinero o en una nueva edificación, a opción del propietario y a favor del Gobierno y será cubierta por el siste-

ma de amortización de que trata el artículo 1° de la Ley 61 de 1936. Del mismo modo se procederá cuando hayan de hacerse simples reformas o reparaciones en las actuales edificaciones.

"Artículo 8º—Si verificada la adquisición del globo de terreno en referencia después de verificada la compra quedare algún sobrante de la partida votada por el artículo 2º se agregará a la parte votada por el artículo 6º con igual destino.

"Artículo 9º—Si no fueren apropiadas en el próximo presupuesto nacional las partidas de que tratan los artículos 2º y 6º de esta ley, facúltase al Gobierno Nacional para abrir los corrsepondientes créditos adicionales y hacer los traslados respectivos, siempre y cuando que el Municipio de Girardot haya apropiado en el presupuesto de 1949 una partida no menor de veinte mil pesos ($ 20.000.00) con destino al barrio obrero de que trata la presente ley.

"Artículo 10º—Esta ley regirá desde su sanción".

Pasado el proyecto al señor Presidente de la República para la correspondiente sanción, fue devuelto a las Cámaras con el siguiente pliego de objeciones:

"Honorables Senadores y Representantes:

"Ha venido para la sanción ejecutiva el proyecto del barrio obrero 'Jorge Eliécer Gaitán', en la ciudad de Girardot.

"Por medio del artículo 2º del proyecto se ordena incluír la cantidad de $ 50.000.00 en el próximo presupuesto nacional con destino a la compra del terreno a que se refiere el artículo 1º y por medio del artículo 6º del mismo proyecto se vota la partida de $ 80.000.00 con destino al barrio obrero a que se alude.

"Conforme a los ordinales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución, el Congreso puede decretar las obras públicas con arreglo a los planos y programas que fijen las leyes y fomentar las empresas útiles o benéficas con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes. En desarrollo de esta última disposición constitucional se expidió la ley 71 de 1946 que exige taxativamente el lleno de los requisitos a que han de sujetarse esta clase de proyectos como es el que ha venido para la sanción ejecutiva. Estudiados detenidamente los antecedentes se encuentra que no se le ha dado cumplimiento al mandato de la ley normativa y por consiguiente la iniciativa parlamentaria incurre en violación de la disposición constitucional, razón por la cual nos permitimos devolver el proyecto, sin la sanción ejecutiva".

Vuelto el proyecto al Congreso con las objeciones transcritas, la Cámara, en sesión de 3 de noviembre de 1949, y luego el Senado en la del 24 de diciembre siguiente, consideraron que tales objeciones eran infundadas. Fue así como la Presidencia de la República, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 90 de la Carta, envió el expresado proyecto con sus antecedentes a esta Corte "a fin de que el Ejecutivo lo sancione si el fallo de esa alta corporación lo declara exequible o proceda a archivarlo en caso contrario."

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de fecha 9 de mayo de 1950 encuentra plenamente fundamentadas las objeciones del Ejecutivo por las siguientes razones:

"La ley 71 de 1946, que es la planificadora en cuanto a las leyes que tengan por objeto el auxilio o fomento de empresas útiles o benéficas, además de disponer cuáles son tales empresas, determina los documentos que deben presentarse junto con el proyecto de ley respectivo. Es evidente que el proyecto aquí objetado se presentó sin ninguno de los documentos exigidos por la mencionada ley, y que ellos no fueron allegados en ninguno de los momentos en que el proyecto fue debatido en las Comisiones, y en las Honorables Cámaras.

"En otros términos: cuando el Sr. Presidente lo objetó, ningún documento de los requeridos se había presentado. Esto quiere decir que las objeciones fueron fundadas y que en consecuencia debéis declarar la inexequibilidad del proyecto".

La Corte para resolver considera:

No puede remitirse a duda que el proyecto de ley materia de este fallo, es de aquellos que están sujetos en su expedición y aprobación a las prescripciones de los ordinales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y de la ley 71 de 1946 expedida en desarrollo de tal precepto fundamental, toda vez que se trata de la construcción de una obra de beneficio social mediante el aporte de dineros del Tesoro Nacional.

Era imperativo, por tanto, que el proyecto hubiese sido presentado al Parlamento acompañado de los documentos taxativamente enumerados en el artículo 2° de la ley últimamente citada: planos de la obra debidamente aprobados; presupuesto detallado del costo de la misma y su forma de financiación, etc.

Del examen detenido de los antecedentes del proyecto de ley en cuestión se concluye que en el curso reglamentario que se le imprimió en las

Cámaras Legislativas, se omitieran por completo los requisitos preceptuados por la precitada Ley 71 de 1946. Efectivamente: ni en las respectivas ponencias, ni en las notas remisorias, ni en ningún otro acto relacionado con el trámite de aquella iniciativa parlamentaria se hace la menor alusión a los documentos que debían ir anexos a él, como eran los planos técnicamente elaborados de urbanización, presupuestos de costo, informes y certificaciones sobre utilidad y urgencia de la obra proyectada.

Y si bien es cierto que en el expediente venido a esta Corte aparecen agregados los planos del barrio obrero de que se trata y el presupuesto de la obra elaborado por la oficina de ingeniería del Municipio de Girardot, no es menos cierto también que en ellos mismos consta que sólo fueron presentados al Congreso con posterioridad a la devolución por el Jefe del Estado del expresado proyecto de ley con el pliego de objeciones que ya se conoce.

Tal hecho es de fácil demostración. En primer lugar, el plano que en dos copias heliográficas obra en autos, según se vé de un sello de la Gobernación de este Departamento, sólo fue aprobado por ésta con fecha 30 de septiembre de 1949, en virtud de solicitud que sobre el particular dirigió la Sociedad Barrio Obrero "Jorge Eliécer Gaitán" de Girardot, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

"Durante el año pasado (24 de diciembre) el señor Presidente de la República se negó a sancionar la Ley doscientos (200), ley por medio de la cual se busca propender a la formación del Barrio Obrero 'Jorge Eliécer Gaitán' en la ciudad de Girardot, alegando que hacía falta, como cuestión o requisito previo indispensable, la presentación del Plano de urbanización correspondiente debidamente **aprobado por la Gobernación** del Departamento.

"....

"De acuerdo con lo dicho, muy comedida y encarecidamente solicitamos a usted impartir la aprobación al plano. pues lo repetimos, de esta circunstancia depende que el Ejecutivo sancione la referida ley, la cual, como lo hemos dicho, interesa mucho a los ciudadanos interesados en la realización del Barrio Obrero 'Jorge Eliécer Gaitán', en Girardot".

En iguales circunstancias se encuentran los presupuestos de la obra. Ellos llevan fechas de elaboración de 23 de julio de 1949 y 19 de septiembre siguiente.

Pero es más aún. Si en gracia de discusión se llegase a convenir en que la presentación extemporánea de los planos de urbanización y del presupuesto de la obra, fuese parte a allanar los vicios de inconstitucionalidad del proyecto de ley en cuestión, podríase afirmar que esos solos documentos llenan las exigencias de la Ley 71 de 1946?

En manera alguna. Porque si bien es cierto que en el pliego de objeciones no se hace expresa referencia a cada una de las deficiencias anotadas al proyecto de que se trata, es incuestionable que el artículo 2º del estatuto que se acaba de citar no solamente se remite a la presentación de aquellos planos y presupuestos, sino que exige, además, las siguientes comprobaciones adicionales:

"b) De un presupuesto detallado del costo de la obra **con la información correspondiente** (subraya la Corte) de las inversiones hechas en ella o de los aportes que hará la entidad correspondiente y la garantía de la efectividad de ellos, así como de los que hagan para el mismo otras entidades que la auxilien;

"c) Certificación de las autoridades municipales o departamentales correspondientes, según la índole y fines de la obra, sobre la utilidad o necesidad de ésta y sobre la existencia de otras similares en el lugar respectivo, así como sobre la capacidad o aptitud de la obra para satisfacer las necesidades que trata de remediar;

"d) Una explicación razonada y justificada sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar la realización de la obra".

De otro lado, en el artículo 5º de la misma ley se ordena:

"Además de los documentos exigidos en los artículos anteriores, todo proyecto que persiga un auxilio económico nacional deberá acompañarse de una información del Ministerio o del Jefe del Departamento Administrativo cuya dependencia ha de afectarse, en su presupuesto especial, con el auxilio solicitado, sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las otras necesidades nacionales que deba atender ese despacho en la región del país que trata de favorecerse".

Examinada la documentación de autos, y como queda ya insinuado, sólo aparecen en ella, agregados inoportunamente, los planos del proyectado barrio obrero, y los presupuestos elaborados por la oficina de Ingeniería del Municipio de Girardot. Faltan, pues, las certificaciones e informes

de que tratan los ordenamientos transcritos, cuya importancia por sí sola se explica.

La Corte, en diferentes oportunidades se ha pronunciado en el sentido de que las normas de la Ley 71 de 1946 son de ineludible observancia para el Congreso, porque tal estatuto no es otra cosa que la reglamentación o desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución en vigor, que el mismo Congreso realizó en acatamiento de la voluntad suprema del Constituyente de 1945.

He aquí cómo se expresó en el fallo de 15 de febrero de 1949, publicado en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXV, página 314:

"Anhelante el legislador de que el precepto contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución tuviera una eficaz aplicación, procuró en la ley 71 de 1946 traducir a fórmulas concretas el espíritu que guió al Constituyente al consignar en la Carta de 1945 aquel canon innovador. Y como la jurisdicción constitucional no se ha pronunciado en contra de lo que el legislador de 1946 llamó **desarrollo** del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, se impone la conclusión de que, hoy por hoy, cuantas veces quiera usar el Congreso de su prerrogativa de fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, tendrá que consultar la norma que el mismo Congreso se trazó como un acto de acatamiento a la voluntad suprema del Constituyente".

De todo lo cual ha de deducirse necesariamente, que si un proyecto de ley de auxilio para una obra benéfica o de utilidad pública no se ciñe desde su presentación a los requisitos prescritos en la Ley 71 de 1946, por medio de la cual el Organo Legislativo interpretó y desarrolló el mandato contenido en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, de hecho queda afectado del vicio de inconstitucionalidad, y es inexequible si la voluntad mayoritaria del Parlamento insiste en que sea ley de la República.

En resumen: puestas ya de presente las deficiencias de orden constitucional y legal del proyecto de ley objeto de este fallo, no se puede llegar a conclusión distinta de la expuesta por el señor Procurador General de la Nación en su transcrita vista, esto es, a la de que tal proyecto de ley fue aprobado por las Cámaras Legislativas con prescindencia de los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1946 para tales casos, y que, de consiguiente, las objeciones formuladas por el Jefe del Ejecutivo a dicho proyecto, son constitucionalmente fundadas.

La circunstancia de que con posterioridad a tales objeciones se hayan aducido algunos de los documentos prescritos por el artículo 2º de la citada Ley 71 de 1946, en manera alguna es parte a modificar la situación jurídica planteada en el veto presidencial, porque el precepto citado indica claramente que los planos, presupuestos, informes y certificaciones taxativamente exigidos en él, lo mismo que en el artículo 5º de dicho estatuto legal, deben acompañar al proyecto de ley sobre auxilios desde el momento en que es presentado a la respectiva Cámara.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA INEXEQUIBLE el proyecto de ley "por la cual la Nación coadyuva a la formación del Barrio Obrero 'Jorge Eliécer Gaitán' en la ciudad de Girardot".

Publíquese, notifíquese, infórmese al señor Presidente de la República y al Congreso Nacional, y archívese el expediente.

Pablo Emilio Manotas — Gerardo Arias Mejía. Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre. Pedro Castillo Pineda — Luis Enrique Cuervo. Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez Jiménez—Rafael Leiva Charry—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez — Manuel F. Caamaño, Conjuez — **Ovidio Palmera,** Conjuez— **Hernando Lizarralde,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

NO ES INDISPENSABLE QUE LA ESCRITURA QUE CONTIENE EL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO NATURAL ESTE ESPECIALMENTE DESTINADA A ESTE FIN.—TECNICA DE CASACION

1.—Es deber del demandante en casación explicar y demostrar en qué consiste la violación de los textos legales que señala, sin que sea suficiente citarlos y comentarlos en abstracto. En todo cargo que por violación directa se formule, debe aparecer el error en que incurrió el Tribunal al desconocer las normas legales sustantivas que se indiquen. Para establecer la contradicción entre la sentencia y las respectivas normas, es preciso fijar el sentido y alcance de éstas y las razones que hacían obligatoria su aplicación.

2.—Cuando se alega que el Tribunal estimó no probado el daño y que por tal motivo dejó de imponer condena al respecto, no puede decirse que se violaron en forma directa los textos sustantivos. En tal caso la violación sería indirecta, como resultado del error en la apreciación de la prueba.

3.—El legislador, cuando impone la necesidad de condenar al pago de intereses, en realidad está considerando que son el lucro cesante MINIMO que el acreedor ha sufrido. Se trata, pues, de un punto de derecho que no está supeditado al examen del aspecto probatorio del juicio.

4.—No nace la obligación de pagar intereses, sino desde que se ha producido la mora o retardo. Y cuando por sentencia se impone la obligación de restituir una suma de dinero, que no se había recibido bajo término o condición, la mora o retardo sólo pueden surgir una vez vencido el término expreso que para el pago se señale en la misma sentencia, o el implícito, a falta de aquél, de la ejecutoria conforme al artículo 542 del C. Judicial.

5.—Hay una discrepancia entre el recurrente y el Tribunal, pues al paso que éste estimó que se trataba de venta de inmueble, aquél alega que únicamente se vendió el derecho sobre los materiales. Pero no se alega y menos se demuestra que el Tribunal haya incurrido en el aludido error de interpretación. El quebranto de los textos legales sería, en todo caso, indirecto, como resultado del supuesto error en tal prueba.

6.—El artículo 2º de la Ley 45 de 1936 dice que el reconocimiento de los hijos naturales puede hacerse "por escritura pública", y por cualquiera de los otros medios allí señalados. No exige en parte alguna que se trate de una escritura especialmente otorgada para tal fin, ni que sea ése su objeto principal. Como tampoco lo exige para que se produzca el reconocimiento por testamento, caso análogo—, a sabiendas de que toda memoria testamentaria comprende generalmente disposiciones de índole diversa, y entre ellas algunas en favor de personas distintas del hijo reconocido.

Lo que el legislador ha querido, en esta materia del reconocimiento de hijos naturales, es que la manifestación del padre al respecto reúna la condición esencial de autenticidad. Por eso la ley ha dispuesto en forma limitativa que el reconocimiento no tiene validez sino cuando se produce mediante escritura pública, testamento, firma del acta de nacimiento y manifestación ante juez, hecha en forma expresa y directa. No exige que cuando se emplea este último medio, el acto esté especialmente destinado al reconocimiento o constituya su principal objetivo. Al contrario, expresamente dice el mismo texto citado, que "aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que le contiene", es válido, luego con menor razón se puede exigir tal requisito cuando se trata de escritura pública.

7.—Si el Tribunal, según lo afirma el re-

currente, no estudió los textos legales que se citan, mal puede haber incurrido en una errónea interpretación de los mismos.

Para que la errónea interpretación ocurra, se requiere que los textos legales sean oscuros o se presten a deducir de ellos conclusiones diversas, y que el Tribunal los haya estudiado y aplicado, pero dándole acogida a la interpretación equivocada.

8°—La cita de disposiciones legales violadas debe hacerse en forma precisa. Es inadmisible el método de señalar un artículo y alegar violación también de los siguientes del mismo Código, aun cuando se exprese la materia de que tratan.

9.—Cuando se niegan las peticiones de la demanda, o se accede a algunas y se rechazan las demás, no puede hablarse de incongruencia porque se ha resuelto exactamente sobre las pretensiones incoadas. Para que exista incongruencia se requiere que el sentenciador no haya resuelto puntos planteados en la litis, o incluya decisiones extrañas a lo pedido, o conceda más de lo solicitado, o deje de fallar sobre alguna excepción perentoria siendo el caso de hacerlo. Las violaciones de ley sustantiva son totalmente ajenas a esta causal. Con sujeción a ella, únicamente es posible confrontar si la parte resolutiva de la sentencia no armoniza con las peticiones de la demanda y excepciones del demandado. Pero las cuestiones relacionadas con el fondo del litigio, con los motivos aducidos por el Tribunal para acceder o negar las peticiones y excepciones, son materia exclusivamente de la causal primera, ajenas a la segunda que aquí se invoca.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Rita Patiño Cifuentes, en ejercicio de la patria potestad de los menores Tiberio Patiño y Santos Patiño, por medio de apoderado demanda por la vía ordinaria ante el señor Juez del Circuito de Girardot a José Joaquín Muñoz, mayor y vecino de aquella población, para que se declare: a) los menores Patiño son dueños exclusivos de una casa de habitación de bahereque y techo de zinc con su correspondiente cocina, ubicada en el corregimiento de Andalucía del Municipio de Cunday, singularizado por los siguientes linderos: (aquí ellos); b) igual declaración de dominio acerca del solar donde se encuentra edificada la casa descrita en el aparte anterior, solar cuyas dimensiones y forma se especifican; c) "nulo absolutamente", en consecuencia, el trámite sucesorio de Manuel Antonio o Apolinar Muñoz, promovido y concluído ante el Juez del circuito de Girardot, donde se inventariaron la casa y el solar descritos en los apartes anteriores; d) nulos consecuencialmente: el acta de inventarios y avalúos fechada el 29 de julio de 1940, el trabajo de partición practicado el 22 de noviembre de 1940, y el auto de ejecutoria. Además, nulas las notas de registro de la sentencia, del auto de ejecutoria de la hijuela de José Joaquín Muñoz y la matrícula correspondiente; e) la cancelación de las inscripciones de dichos actos de partición, hijuela y sentencia aprobatoria, en la Oficina de Registro y su matrícula.

Como causa de las acciones relata los siguientes hechos jurídicos: A título de venta Arturo Gaona transmitió a los menores Patiño la casa objeto de la súplica primera, según la escritura pública número 183 de 4 de julio de 1935, otorgada ante el Notario de Melgar; Apolinar Muñoz aceptó a nombre de sus hijos la expresada venta; y para el caso de su muerte durante la minoridad, les instituyó como tutor y curador al señor José Joaquín Muñoz, quien allí mismo aceptó.

Obrando en nombre propio y como mandatario de la señora Eugenia Otero viuda de Pineda, el señor Francisco Pineda Otero transfirió a título de donación entre vivos a la sucesión de Apolinar Muñoz el solar número 14 (lote número 3-05 de la carrera segunda) de la población de Villarrica; en el mismo acto de la donación (escritura pública número 370 de 29 de octubre de 1936, Notaría de Melgar), los donantes expresan que permitieron la edificación en terrenos de su propiedad, a expensas de Apolinar Muñoz, y que por dicho motivo proceden a la donación del terreno; según esto, la intención de los donantes fue la de favorecer al constructor. La donación la aceptó José Joaquín Muñoz para la sucesión de Apolinar Muñoz. Aquél promovió el mortuorio de Apolinar o Manuel Antonio Muñoz, inventarió el solar y casa aludidos, practicó la liquidación de la herencia, y se la adjudicó íntegramente, no obstante haber intervenido en los actos de la venta y donación hechos a los menores y ser admi-

nistrador de la casa. El juez aprobó la partición, declaró ejecutoriada la sentencia aprobatoria y ordenó la inscripción en el registro de Melgar, donde se verificaron las respectivas inscripciones y la matrícula.

Admitida la demanda se la puso en conocimiento del demandado, quien la contestó por medio de apoderado, oponiéndose a las solicitudes. A los hechos respondió así: La venta de Gaona a los menores es simulada, carece de eficacia y es inoponible al demandado. El nombramiento de éste como tutor y curador de los menores Patiño carece de valor por igual motivo. No es cierto que Pineda Otero en propio nombre y como mandatario de la señora Otero v. de Pineda hubiera hecho donación del solar. Es cierto que se produjeron al efecto unos certificados sobre edificación levantada por el donatario con anuencia de los donantes. Es cierto que el demandado aceptó la donación. Es cierto que éste promovió el sucesorio de Apolinar o Manuel Antonio Muñoz, y que la casa y solar a que se refiere la demanda, le fueron adjudicados en la partición. Niega que los menores Patiño sean dueños de la casa y solar, y rechaza todas las afirmaciones directamente consecuenciales de tal dominio.

Demanda de reconvención

A la vez, el demandado José Joaquín Muñoz reconviene para que se declare: a) nulos por "falta de causa real y demás elementos esenciales", los contratos contenidos en las escrituras 258 y 183 de 16 de octubre de 1932 y 4 de junio de 1935, ambas de la Notaría de Melgar. Tales instrumentos contienen las compraventas celebradas entre Apolinar Muñoz Correa y Arturo Gaona y nuevamente entre sí, de la casa objeto de la demanda principal, ubicada en el corregimiento de Andalucía, municipio de Cunday; b) simulados, aparentes o de confianza tales dos contratos de compraventa; c) condena al pago del valor de los perjuicios, y de los frutos naturales y civiles del inmueble durante el tiempo que aparezca en poder de los reconvenidos, a quienes se debe tener como poseedores de mala fe; d) condena de restitución de la casa y lote, de los cuales se apropiaron mediante un contrato de arrendamiento por el término de 9 años violando el existente entre José Joaquín Muñoz y Arcadio Lozano; f) cancelación consecuencial del registro de las escrituras mencionadas; condena al pago de "lo que saliere a deber" la parte reconvenida por ser el reconviniente de buena fe, más los perjuicios; condena, también, al pago de los gastos que éste hizo "al titular su derecho", intereses de la suma debida, y costas y costos del juicio.

Como causa de sus peticiones expone los siguientes hechos: Apolinar Muñoz Correa fue demandado en 1923 por Luis A. Valencia y citado ante el Juez Municipal de Cunday para que reconociera unos documentos privados. Esto indujo al señor Muñoz a otorgar a favor de Arturo Gaona la escritura de compraventa número 258, pasada en la notaría de Melgar el 26 de octubre de 1932. Antes, el 5 de agosto de 1931, el mismo Apolinar Muñoz había vendido la casa materia de la escritura 258 a José Joaquín Muñoz por un precio de cuatrocientos cincuenta pesos, según aparece en documento privado de tal fecha. Apolinar Muñoz edificó la casa en terreno de propiedad de Francisco Pineda López, con su autorización. En la fecha de la compraventa concluída con Gaona, Apolinar era arrendatario de José Joaquín Muñoz. En cumplimiento del pacto oculto, Gaona, mediante acto escriturario número 183 otorgado en la Notaría de Melgar el 4 de junio de 1935, dijo que vendía a Apolinar Muñoz la mencionada edificación. En cambio, Francisco Pineda López, dueño del terreno en donde la casa está edificada, le traspasó la propiedad a José Joaquín Muñoz por medio de la escritura número 370 del 29 de octubre de 1936, por cuyo motivo éste es dueño de la totalidad del inmueble, solar y casa. Finalmente, el demandante en reconvención dice que por la escritura pública número 238 de 22 de mayo de 1940, de la Notaría de Girardot, adquirió los derechos que en los citados bienes pudieran tener Adán de Jesús y Ana Luisa Muñoz, herederos de Apolinar en calidad de hermanos legítimos. Agrega que promovió el juicio mortuorio, hizo erogaciones, y tiene derecho a la prescripción adquisitiva. Estima la cuantía de la acción en más de tres mil pesos.

Sentencia de primer grado

Las acciones se tramitaron conjuntamente. La primera instancia terminó con la sentencia pronunciada el 25 de febrero de 1948, cuya parte resolutiva dice: "1º Declárase ocurrida la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado José Joaquín Muñoz, respecto de la demanda principal de este juicio. 2º Consecuencialmente con lo antes declarado, no se hace ninguna de las peticiones de dicha demanda principal. 3º Declá-

rase ocurrida la excepción de ilegitimidad de la personería de los demandados menores Tiberio y Santos Patiño, representados por su madre natural Rita Patiño Cifuentes, respecto de la demanda de reconvención propuesta en este juicio por el demandado José Joaquín Muñoz. 4º Consecuencialmente con lo antes declarado, no se hace ninguna de las declaraciones pedidas en la aludida demanda de reconvención, y 5º No se hace condenación en costas".

Contra aquel fallo se alzaron los apoderados de las partes.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia en providencia fechada el 22 de agosto de 1950, por medio de la cual revocó en todas sus partes lo resuelto por el Juez **a quo**, y en su lugar dispuso:

"**Primero.**—Los menores Tiberio Patiño y Santos Patiño son dueños de una casa de habitación de bahareque y techo de zinc con su correspondiente cocina del mismo techo de zinc, con todas sus anexidades y costumbres y servidumbres, ubicada en el corregimiento de 'Andalucía', jurisdicción del Municipio de Cunday, distinguida con el número 14 y alinderada así:... — **Segundo.** Los mismos menores son dueños del solar número catorce (14), solar número tres cero cinco (3-05) de la carrera segunda correspondiente a la nueva nomenclatura, que forma parte de la Urbanización de la población Andalucía, dentro de la hacienda de 'Villa-Rica', situada en jurisdicción del Municipio de. Cunday, en el Departamento del Tolima. (Aquí la situación y cabida del lote). — **Tercero.** Los menores Tiberio Patiño y Santos Patiño restituirán a José Joaquín Muñoz, dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la presente sentencia, la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) entregada a Apolinar Muñoz, padre natural de los citados menores. **Cuarto.** Se absuelve a José Joaquín Muñoz de los cargos que se le formularon en las peticiones tercera, cuarta y quinta de la demanda principal. Igualmente se absuelve a Tiberio Patiño y Santos Patiño de los cargos contenidos en las súplicas primera, segunda, cuarta y quinta de la demanda de reconvención. No hay lugar a pronunciar condena de costas a cargo de parte alguna".

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal la parte demandada ha interpuesto recurso de casación.

La demanda contiene cuatro capítulos que constituyen numerosos cargos. En ellos se invocan las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva en forma directa e indirecta y no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Se examinarán en su orden.

Primer cargo

Como en este cargo el recurrente formula diversas acusaciones contra la sentencia, se estudiarán separadamente.

Dice el demandante en casación:

I.—"**Violación directa**—En la sentencia del Tribunal se afirma el dominio de los menores Tiberio y Santos Patiño sobre la edificación o casa y sobre el lote. Con esta declaración se violan los artículos 673 y 1871 del C. C., en forma directa, por cuanto que esa declaración contraviene a lo allí ordenado. En efecto, dice el artículo 673, en relación con los artículos 669, 739, 740, 756 y 982 del C. C., cuya violación también aparece en la sentencia, que uno de los medios de adquirir el dominio es la tradición y también la sucesión por causa de muerte. El demandante no ha demostrado ninguno de esos medios, y, por el contrario, el demandado los ha acreditado, luego la declaración de la sentencia está en oposición a estos mandatos legales".

Se considera:

La acusación anterior se encuentra mal formulada. No determina el recurrente el sentido ni el alcance de la violación de los textos legales, y mucho menos demuestra que el demandado hubiera realmente adquirido el dominio del inmueble a título de sucesión por causa de muerte.

Es deber del demandante en casación explicar y demostrar en qué consiste la violación de los textos legales que señala, sin que sea suficiente citarlos y comentarlos en abstracto. En todo cargo que por violación directa se formule, debe aparecer el error en que incurrió el Tribunal al desconocer las normas legales sustantivas que se indiquen. Para establecer la contradicción entre la

sentencia y las respectivas normas, es preciso fijar el sentido y alcance de éstas y las razones que hacían obligatoria su aplicación.

Nada de esto se encuentra en el caso presente.

II.—Continúa el recurrente:

"Al afirmar la sentencia que la parte demandada (sic. demandante), solamente está obligada a pagar al demandado la suma de $ 450.00 o sea a devolver lo recibido como precio de la compra de la casa cuyo contrato resulta incumplido por el señor Apolinar Muñoz, de quien deriva sus derechos la parte demandante, sin complementar esta condena con el pago de los perjuicios, de los intereses de esa suma de dinero, etc., se violan en forma directa los artículos 1602, 1603, 1604, 1612, 1608, 1615 y 1617 del C. C. En efecto, la sentencia parte de la base de que el señor Apolinar Muñoz después de ceder sus derechos sobre la casa, ya se trate de la edificación en sí o ya del derecho de cobrar el valor de los materiales (en este último caso podía hacer la cesión por medio de documento privado), y no obstante haber firmado este contrato el 4 de agosto de 1931, resolvió después, según se anuncia en escritura 183 de 4 de junio de 1935, sobre la cual se basa la declaración de dominio de la sentencia, vender esos mismos derechos por escritura Nº 258 de 16 de octubre de 1932 al Sr. Arturo Gaona, ateniéndonos a lo que sobre el particular afirma dicho comprador Gaona al hacer nueva venta a los menores Patiño, ya que la copia de dicha escritura ni la constancia de su registro aparece en el expediente. Al respecto dice la sentencia: "Hay por este motivo base suficiente para considerar al acreedor que negocia dos veces el crédito obligado a restituir al cesionario perjudicado, el precio de la cesión y a indemnizar el daño". No obstante lo anterior la sentencia concluye negando el pago de ese daño por no haberse comprobado, sin tener en cuenta que el cedente, por lo menos tiene la obligación negativa de **no hacer otra venta,** y que la violación de este precepto dá lugar a la aplicación del artículo 1612 que en esta forma aparece violado. Aparte de esto, los demás artículos del Código Civil citados, no comportan la demostración del perjuicio, ya porque de su contenido emana claramente la obligación de pagarlos como sanción correlativa a los factores de ley de los contratantes, ejecución de buena fe, mora por vencimiento del término, intereses representativos de perjuicios, etc., de que hablan las disposiciones legales citadas, y que respaldan la conclusión de que se deben los perjuicios por la violación de esos conceptos. Otra cosa es que al hacerlos efectivos se demuestre su existencia y el cuanto de su valor, ya que sobre ello sí se exige prueba concreta. Pero frente a la misma apreciación de la sentencia, respecto de la doble negociación, y de la situación del cesionario desde hace varios años y la efectividad o eficacia externa de la cesión, no es posible negar el derecho de cobrar el daño recibido, aceptando que no se ha respetado el contrato como ley de los contratantes, ni su ejecución de buena fe, ni el hecho de haberse constituído en mora y de proceder a hacer aquello que le estaba vedado y prohibido. Esta negativa ofrece un aspecto de violación directa de esos textos legales".

Se considera:

Para la prosperidad de esta acusación, en cuanto a los perjuicios se refiere, era necesario que el recurrente alegara la existencia de un error de derecho o de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba reveladora de los perjuicios, y que demostrara su afirmación. Cuando se alega que el Tribunal estimó no probado el daño y que por tal motivo dejó de imponer condena al respecto, no puede decirse que se violaron en forma directa los textos sustantivos. En tal caso la violación sería indirecta, como resultado del error en la apreciación de la prueba. Pero como el recurrente manifiesta que más adelante indicará las pruebas de los perjuicios, mal apreciadas, y efectivamente lo hace en el quinto cargo, al estudiar éste se considerará si efectivamente el Tribunal incurrió en los errores de apreciación en referencia.

Distinta es la situación respecto a intereses. El Tribunal nada dijo sobre ellos. Y si bien es cierto que en la demanda de reconvención únicamente se solicita el pago de perjuicios (petición tercera), también lo es que el primer daño que sufre quien ha hecho entrega de una suma de dinero sin que se surtan los efectos jurídicos que con ella buscaba o se ve privado de ella, es el de dejar de recibir el lucro representado por los intereses legales. El legislador, cuando impone la necesidad de condenar al pago de intereses, en realidad está considerando que son el lucro cesante mínimo que el acreedor ha sufrido. Se trata, pues, de un punto de derecho que no está su-

peditado al examen del aspecto probatorio del juicio.

Sin embargo, se deben intereses desde que el deudor está constituído en mora de pagar el capital, bien sea por el vencimiento del término o de la condición, o por habérsele requerido. El artículo 1617 del C. Civil así lo dispone, cuando dice que "la indemnización de perjuicios **por la mora**, está sujeta a las reglas siguientes: 1º Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en caso contrario... 2º El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

Como se ve, no nace la obligación de pagar intereses, sino desde que se ha producido la mora o retardo. Y cuando por sentencia se impone la obligación de restituir una suma de dinero, que no se había recibido bajo término o condición, la mora o retardo sólo pueden surgir una vez vencido el término expreso que para el pago se señale en la misma sentencia, o el implícito, a falta de aquél, de la ejecutoria conforme al artículo 542 del C. Judicial.

Estas razones impiden que se haya producido la violación del texto comentado.

III. — Continúa el recurrente: "También afirmar que debe desconocerse el primer contrato sobre los materiales de la casa de que trata este juicio, celebrado en el año de 1931, para proferir el celebrado en 1935 a favor de los demandantes, sobre una base supuesta o sea la de que el primitivo cedente volvió a ceder o vender en 1932 a quien hace el contrato de 1935, porque se hizo por documento privado, y, en cambio el de 1935 se hizo por escritura pública, ya que se trata de materiales que adhieren al suelo y deben considerarse como bienes inmuebles, es violar lo preceptuado en los artículos 666 y 739 del C. C. en relación con los artículos 1857 del C. C. y 33 de la Ley 57 de 1887, porque según esas disposiciones sí tiene valor el contrato hecho por medio de documento privado en 1931, y no es posible desestimarlo. Tratándose del derecho que tiene quien edifica en terreno ajeno para obtener el pago de sus materiales, es claro que pueda cederse por documento privado, y que esa cesión tiene valor. En el caso presente se le ha negado ese valor, luego se han violado las normas legales citadas que respaldan su eficacia legal. En la sentencia no se reconoció el valor que tiene esa cesión, por lo cual, en forma directa, con esa conclusión vienen a quedar violadas las disposiciones legales que acaban de citarse y que se refieren a dicho acto o contrato y reglamentan lo relacionado con esa cesión".

Se considera:

Sucede exactamente lo mismo que con la anterior acusación. Para que fuera procedente la violación de los textos legales que se citan, en virtud de no haber estimado el Tribunal el documento privado de que se habla, sería necesario que se hubiera incurrido en error de derecho o de hecho manifiesto, en la apreciación de tal prueba. Como el Tribunal estimó que se trataba de venta de inmueble, que requería escritura pública, y el recurrente considera, por el contrario, que lo vendido fue el derecho a obtener el pago de los materiales, surgen dos interpretaciones diferentes del contrato. El recurrente ni siquiera intenta demostrar que es errada la que le dio el Tribunal, y que ella lo indujo a violar los textos legales citados. Su infracción no sería entonces directa, sino indirecta.

No demuestra tampoco el recurrente por qué se violaron esos textos, ni cuál es su alcance y contenido.

IV.—"Al declarar la sentencia el dominio o propiedad del demandante sobre un inmueble respecto del cual no exhibe ningún título (el de la casa es una compra sin tradición y sobre el terreno el título aparece a favor de personas distintas del comprador) se viene a violar en forma directa las normas legales que regulan la manera de adquirir el derecho de propiedad, y como para ello tuvo necesidad de desconocer la eficacia legal del documento de cesión, resulta, por este aspecto, complementada la acusación, pues precisamente la declaratoria de esa propiedad para los demandados, tuvo que hacerse a costa del desconocimiento del contrato de cesión y del valor legal del documento otorgado en 1931, a favor de la parte demandada".

No indica el recurrente en forma concreta las normas legales que estima haber violado el Tribunal, y mucho menos cumple los demás requisitos ya expuestos para formular correctamente un cargo. Además, se trataría de un error en la prueba, que no se alega ni demuestra.

Se rechaza, en consecuencia, el cargo.

Segundo cargo

Contiene también varias acusaciones.

I.—Dice el recurrente: "Las conclusiones de la sentencia fueron basadas en las siguientes normas legales, que, en mi entender, no eran de procedente aplicación, a saber: artículos 1871, 1873, 1857, 656, 740 y 756 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 45 de 1936. El Tribunal creyó encontrar en este caso una venta de cosa ajena de las que garantiza el artículo 1871 citado, y por ello procedió a aplicarlo. Sin embargo, olvidó el Tribunal, que en dicha norma se habla expresamente de que la venta de cosa ajena vale, sin perjudicar los derechos del dueño de la cosa ajena, lo que quiere decir que no vale ni puede valer contra el mencionado dueño. Por lo tanto, si en el caso presente, según el documento de 1931 cuya copia auténtica obra en autos (fol. 45, cuaderno de pruebas de la parte demandada), **sobre los materiales** del inmueble había una venta o cesión anterior a favor de José Joaquín Muñoz, y sobre el lote hubo una donación en el año de 1935 a favor de los herederos de Apolinar Muñoz, según consta en la copia de la escritura número 370 de 1936, es claro que en el año de 1935 el señor Arturo Gaona no era dueño del inmueble que aparece vendiendo por medio de la escritura número 183, y esa venta no se puede hacer valer contra José Joaquín Muñoz quien, en el expediente, ha presentado sus títulos de propiedad".

Esta acusación se funda también en el supuesto de que el Tribunal se hubiera equivocado en la interpretación del contrato privado. Al respecto hay una discrepancia entre el recurrente y el Tribunal, pues al paso que éste estimó que se trataba de venta de inmueble, aquél alega que únicamente se vendió el derecho sobre los materiales. Pero no se alega y menos se demuestra que el Tribunal haya incurrido en el aludido error de interpretación. El quebranto de los textos legales sería, en todo caso, indirecto, como resultado del supuesto error en tal prueba.

Se observa que el documento habla de venta de "las construcciones o casa que me construyó el señor Andrés Emilio Campuzano"; no de que se venda el derecho a reclamar el pago de los materiales. La interpretación que el Tribunal le dio a este documento, no ha sido rebatida por el recurrente. (C. 5, fol. 45).

II.—Continúa el recurrente: "De igual manera aparece la violación de los artículos 1873, 1857, 656, 740 y 756 del C. C. por indebida aplicación al caso presente, pues no se trata de dos ventas por separado de una misma cosa, ya que la edificación o casa y el lote de que trata esta demanda, no pueden ser objeto de una venta que pueda hacer valer contra el verdadero dueño, y que, por falta de escritura pública, no puede hablarse de ineficacia de la cesión de un derecho personal sobre el valor de los materiales que constituyen esa edificación".

La acusación carece de todo fundamento. No se demuestra que el demandado tenga en realidad la calidad de dueño del inmueble, ni que el Tribunal haya desconocido la prueba que así lo acredite, circunstancias necesarias para configurar la violación de los textos en cita. Y ni siquiera se ve cómo ni dónde haya afirmado el Tribunal que se trata de dos ventas por separado de una misma cosa, y que le haya dado valor a una de ellas en contra del verdadero dueño.

III.—Agrega el recurrente: "El Tribunal creyó encontrar en la venta de Apolinar Muñoz a José Joaquín Muñoz, verificada por documento privado en el año de 1931, un contrato de los que según los artículos 656, 740 y 756 del C. C., exigen escritura pública para su tradición. Pero resulta que analizado ese contrato como una cesión de derechos personales, al tenor de lo que manda el artículo 739 del C. C., no es de los que exige escritura pública, puede hacerse por documento privado, luego al exigir la escritura pública para reconocer esa cesión se aplicaron indebidamente los mencionados textos legales".

Una vez más la acusación recae en la interpretación que el Tribunal le dio al contrato tantas veces aludido, sin que se alegue error en tal interpretación, ni se explique en qué consiste (si de derecho o de hecho manifiesto) y se demuestre, por lo tanto. Sin cumplir tales requisitos, la violación de los textos legales no puede aparecer.

IV.—Concluye el cargo: "Finalmente respecto de la aplicación del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, sobre reconocimiento de hijos naturales, parece que no sea el caso de aceptarla, porque el fundamento en que se apoya el Tribunal, o sea el hecho de haber concurrido Apolinar Muñoz al otorgamiento de una escritura para decir que acepta para sus menores hijos naturales, no comporta toda la estructura legal del reconocimiento de que habla la mencionada ley. Según el mencionado artículo 2º de la Ley 45 el reconocimiento de un hijo natural puede hacerse de varias maneras, entre ellas por escritura pública, lo que

quiere decir, que dicha escritura debe tener como fin especial este reconocimiento, pues de lo contrario la manifestación de paternidad pierde una de las características contempladas en la ley para tenerla como un reconocimiento legal, y solamente sería una prueba escrita y auténtica de las que exige la ley para obtener en el juicio de filiación la correspondiente declaración de hijo natural. No teniendo, en el caso presente, por fin principal la escritura número 183 de 4 de junio de 1935 otorgada en la Notaría de Melgar, el reconocimiento de un hijo natural, sino que esa escritura está destinada a hacer constar un contrato de compraventa, no puede aplicarse a dicha escritura el mencionado artículo 2º de la Ley 45 de 1936, para concluir que dicha escritura constituye uno de los medios señalados para cumplir el acto o declaración de voluntad de un reconocimiento de hijo natural. Hay pues una aplicación indebida de la citada disposición que constituye una violación de la misma ley".

También aquí se alega en realidad que el Tribunal interpretó mal la escritura de donación, por no haberle dado el alcance que el recurrente le atribuye. Según el cargo, para que por escritura pública pueda hacerse válidamente el reconocimiento de un hijo natural, es indispensable que sea ése el fin "especial" buscado con ella. Y que la escritura número 183 de 4 de junio de 1935, pasada en la Notaría de Melgar, persiguió otro objeto. El Tribunal, por el contrario, estimó que para la validez del reconocimiento no importaba que no fuera él el fin especial ni principal del instrumento.

El artículo 2º de la Ley 45 de 1936 dice que el reconocimiento de los hijos naturales puede hacerse "por escritura pública", y por cualquiera de los otros medios allí señalados. No exige en parte alguna que se trate de una escritura especialmente otorgada para tal fin, ni que sea ése su objeto principal. Como tampoco lo exige para que se produzca el reconocimiento por testamento —caso análogo— a sabiendas de que toda memoria testamentaria comprende generalmente disposiciones de índole diversa, y entre ellas algunas en favor de personas distintas del hijo reconocido.

Lo que el legislador ha querido, en esta materia del reconocimiento de hijos naturales, es que la manifestación del padre al respecto reúna la condición esencial de autenticidad. Por eso la ley ha dispuesto en forma limitativa que el reconocimiento no tiene validez sino cuando se produce mediante escritura pública, testamento, firma del acta de nacimiento y manifestación ante juez, hecha en forma expresa y directa. No exige que cuando se emplee este último medio, el acto esté especialmente destinado al reconocimiento o constituya su principal objetivo. Al contrario, expresamente dice el mismo texto citado, que "aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene", es válido. Luego con menor razón se puede exigir tal requisito cuando se trata de escritura pública.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Falta de aplicación de algunas normas legales. "Se sostiene en este cargo que en la sentencia se dejaron de aplicar, para el reconocimiento del derecho del demandado, aquellas normas sustantivas en que lo funda, con el fin de obtener que se le reconozca y sostenga como el verdadero dueño del inmueble en disputa, negando el derecho reclamado por el demandante y dándole al del demandado las consecuencias respectivas sobre condena a la entrega de dicho inmueble y al pago de las prestaciones inherentes a esa condena. También en el aspecto subsidiario de la demanda de reconvención se plantea en favor del demandado el derecho de cobrar los perjuicios, que el Tribunal niega, dejando de aplicar las normas legales en que funda esa petición. Dichas normas son: el artículo 673 del C. C. que enumera la tradición y sucesión por causa de muerte como medios de adquirir el dominio; el artículo 1443 del mismo Código Civil que reconoce la donación como un medio de transferir la propiedad; los artículos 1008, 1321, 757 y 1400 del C. C., sobre la manera de obtener el dominio o transferencia del mismo en la sucesión por causa de muerte; los artículos 756, 1602, 1612, 1613, 1857 y 13 del C. C., y artículo 33 de la Ley 57 de 1887, que tratan de la manera como se efectúa la tradición de los bienes raíces, las obligaciones provenientes de los contratos, y define el contrato de cesión de derechos personales. Motiva el anterior cargo la manera como en la sentencia se aprecian los títulos del demandante sobre el inmueble que es objeto de la presente demanda, al desconocer la tradición operada con la inscripción de dichos títulos, consistentes en la escritura de donación a favor de los herederos de la sucesión de Apolinar Muñoz, y luego en la adjudicación que en esa sucesión se hizo a favor del

demandado, dejando de cumplir con dichos actos y contratos las normas mencionadas para darles eficacia legal. Por no haber hecho ese estudio comparativo de los títulos de la parte demandante con los de la parte demandada y analizar a favor del demandado su procedencia como legítima y fundada en tradiciones comprobadas en el expediente, llegó a la conclusión de declarar el dominio en favor de dicha parte demandante, con perjuicio o eliminación del que tiene el demandado, según las normas citadas que amparan y respaldan su tradición".

Se considera:

El cargo está deficientemente formulado. Se enumeran los textos legales cuya falta de aplicación se pretende y se indica someramente cuál es la materia que regulan; luégo se afirma que por no haberse comparado los títulos del demandante con los del demandado, al fallar favorablemente a aquél, el Tribunal desconoció tales preceptos. Pero por parte alguna se intenta siquiera demostrar la verdad de esas afirmaciones, ni el sentido y alcance de los textos citados; tampoco las consecuencias obligatorias que de ellos emanan y que el Tribunal no tuvo en cuenta.

Además, la acusación consistiría en error en la apreciación de tales pruebas. El error no se alega, y mucho menos se demuestra.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.—Se divide en tres apartes:

I.—Dice el recurrente: "Los artículso 673, 756 y 1857 del Código Civil se han interpretado en el sentido de darle a la tradición, como medio de adquirir el dominio, y al otorgamiento de la escritura pública, como demostración de esa tradición, un sentido absoluto, sin distinguir si el tradente tiene o no capacidad para verificar esa tradición, y si la venta contenida en una escritura pública puede ser o dejar de ser operante en el campo de las relaciones jurídicas. Es cierto que según el artículo 673 del C. C. la tradición es uno de los medios de adquirir el dominio, y es cierto también que según el artículo 1857 ibidem la venta debe hacerse constar por escritura pública para que, según el artículo 756 ibidem, se cumpla la tradición por medio de la inscripción del título citado. Pero también es cierto que estas normas legales no se pueden desvincular de aquellas otras que son concordantes en su aplicación, interpretándolas con sentido distinto del que ofrece esa concordancia, como son los artículos 740, 1849 y 1871 del C. C. Por el artículo 740 se define la tradición como medio de adquirir el dominio de las cosas y se hace consistir en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Debe pues cumplirse el requisito de que la entrega se haga por el dueño; debe cumplirse el requisito de que haya capacidad e intención de transferir; y debe cumplirse el requisito de que haya capacidad e intención de adquirir. Asimismo según los artículos 1849 y 1871 la venta es un contrato de quien se obliga a entregar una cosa, y si no es dueño, quien se obliga a entregar, puede valer ese contrato siempre que no sea contra los intereses y el derecho del verdadero dueño, que es como debe entenderse la venta de cosa ajena. Debe pues cumplirse el requisito de poderse obligar a entregar la cosa, y de que esa obligación no sea contra el verdadero dueño. Nada de estos requisitos fueron estudiados por el Tribunal en la sentencia, por lo cual se hizo una errónea interpretación de las normas legales relacionadas con esos requisitos que constituyen, precisamente, la errada interpretación de la ley".

Para rechazar esta acusación basta observar que si el Tribunal, según lo afirma el recurrente, no estudió los textos legales que se citan, mal puede haber incurrido en una errónea interpretación de los mismos.

Para que la errónea interpretación ocurra, se requiere que los textos legales sean oscuros o se presten a deducir de ellos conclusiones diversas, y que el Tribunal los haya estudiado y aplicado, pero dándole acogida a la interpretación equivocada. En el caso presente ninguna de las condiciones requeridas para que haya errónea interpretación de la ley y prospere un cargo sobre el particular, ha sido satisfecha. Ni siquiera el recurrente intenta demostrar el cumplimiento de alguna de ellas.

II.—Agrega el recurrente: "También los artículos 1013, 1603, 1612, 1617, 666, 739, 2341 del C. C., 33 de la Ley 57 de 1887 y 2º y 19 de la Ley 45 de 1936 fueron erróneamente interpretados por el Tribunal al decidir que bastaba el que Apolinar Muñoz se hubiera presentado en una escritura (número 183 de 1935) a hablar de que aceptaba una venta para sus hijos naturales, para que ese

reconocimiento los constituyera herederos y se operara con ellos la delación de la herencia en el momento de su muerte, teniendo que entenderse a su favor la donación del terreno hecha por escritura número 370 de 29 de octubre de 1936, sin que valiera la cesión de derechos sobre los materiales de una construcción levantada en ese terreno, la cual cesión se hizo por documento de fecha 4 de agosto de 1931; y considerando que la violación de ese contrato por los dichos herederos, no acarrea la responsabilidad de pagar los respectivos perjuicios".

Esta acusación ya se estudió al tratar del cargo segundo. Pero cabe agregar que tampoco se cumplen los requisitos para que pueda existir la indebida interpretación de los textos legales en cita. Más bien hubiera podido hablar el recurrente de error en la apreciación de la escritura pública y, en consecuencia, de violación indirecta, por aplicación indebida, de los textos legales correspondientes.

III. — Y termina el cargo: "A esta errónea interpretación de los mencionados textos legales llegó el Tribunal por desvincularlos de otros principios legales, y especialmente, de las normas de procedimiento judicial que disponen cómo se debe hacer efectiva la **delación de la herencia,** mediante el respectivo juicio de sucesión; cómo se obtiene el reconocimiento de hijo natural, cuando el que consta en una escritura no es suficiente y apenas sirve para fundamentar el respectivo juicio de filiación; y cómo, en el caso de no haberse hecho presente en el juicio de sucesión o en el acta de la partición de los bienes relictos, debe reclamarse la efectividad del derecho emanado de esa delación o de esa vocación herencial. De otro lado, al aceptar que sin esos requisitos de procedimiento podría interpretarse las normas legales respectivas en la forma concebida en la sentencia, concluyó que los herederos así reconocidos como dueños del inmueble que fue objeto de un acto de partición no invalidado o reformado, no tenían obligación de pagar los perjuicios causados a quien había adquirido derechos sobre esa herencia, y a quien se le desconocía, entre otros, el contrato de cesión contenido en el documento de 1931, ya que solamente se les condena a reintegrar el precio sin consideración alguna sobre los perjuicios, cuya existencia, dice la sentencia, debe comprobarse".

Como no se citan las disposiciones legales que el Tribunal desvinculó de las normas mal interpretadas, al parecer del recurrente, para demostrar su relación y procedencia al caso, no es posible estudiar esta acusación.

Se rechaza el cargo.

Quinto cargo

Lo hace consistir el recurrente en apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas, y se divide en varios apartes:

I.—"No sirviendo el documento de fecha 4 de agosto de 1931, que obra en copia auténtica al folio 45 del cuaderno de pruebas del demandado, para demostrar la venta de la edificación como bien inmueble por adherir al suelo donde se halla levantada, por lo menos debe entenderse como una transferencia del derecho a cobrar el valor de los materiales o sea el valor de esos mismos materiales, conforme a lo dispuesto en el artículo 739 del C. C. Esta cesión dejaba inoperante cualquier transferencia posterior y, por consiguiente, la venta que dice haberse hecho por medio de la escritura número 258 de 16 de octubre de 1932 a favor de Arturo Gaona, cuyo contenido se desconoce por no haberse traído a los autos, y la que el mismo Gaona realiza por medio de la escritura número 183 de 1935 a favor de los demandantes, ya que para entonces ninguno de los tradentes, ni Apolinar Muñoz vendedor en 1932, ni Gaona vendedor en 1935, eran dueños del terreno, pues dicho terreno, conforme a las probanzas del expediente solamente aparece donado o cedido por su dueño en escritura número 370 de 1936. No siendo Apolinar Muñoz dueño del terreno en 1932, ni Gaona en 1935, sus ventas sobre los materiales o edificación solamente pueden entenderse como cesión del valor de esos materiales o de esa edificación. Y como esa venta ya se había hecho desde 1931 a favor del señor José Joaquín Muñoz, desconocerle el valor probatorio a este documento, exigiendo que debía hacerse por escritura pública, es violar lo que al respecto dispone el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, en relación con los artículos 666, 739, 1494 y 1765 del C. C., que en esta forma aparecen violados. El Tribunal le negó al citado documento, para efectos de estudiar la validez de la escritura número 183 de 1935, ese valor probatorio, y prescindió de dicha prueba al reconocer íntegramente la citada escritura como título de propiedad sobre todo el inmueble, luego incurrió en la violación de las normas legales que acaban de citarse".

En primer lugar se observa que no dice el recurrente cuál es el error en que haya incurrido

el Tribunal en la apreciación del documento de fecha 4 de agosto de 1931: si de hecho o de derecho. Se limita a afirmar que "por lo menos debe entenderse como una transferencia del derecho a cobrar el valor de los materiales, conforme a lo dispuesto en el artículo 739 del C. C.".

Pero ya se vio atrás que en el documento se habla de vender las construcciones o casa, no los materiales ni el derecho a su valor. El Tribunal entendió que se trataba de una venta de bien inmueble, y esta interpretación no ha sido rebatida por el recurrente. Una cosa es demostrar la existencia del error en la interpretación de un título, y otra muy distinta enunciar una interpretación contraria o diferente a la acogida por el sentenciador.

Por lo tanto, como error manifiesto de hecho la acusación no puede prosperar. Y como error de derecho tampoco, porque no se alega ni se señalan siquiera los textos legales sobre pruebas que hubieran podido infringirse. No puede advertirse, pues, el sentido y alcance de tal violación.

Tampoco explica el recurrente la corresopndencia que pueda haber entre la interpretación dada a ese contrato por el Tribunal, y los artículos que cita, pues los dos primeros y el 1494 reglamentan materias cuya relación con el caso no se encuentra. Por otra parte, de los artículos 739 y 1765 del C. C. no se deduce que la venta discutida haya sido de simples materiales o de su valor y no de un bien inmueble. Y menos si se tiene en cuenta que al tenor de los artículos 656 y 658 del C. C., los materiales de construcción, una vez incorporados a una edificación, quedan adheridos al suelo y constituyen indiscutiblemente un bien inmueble por destinación y accesión.

II.—Continúa el recurrente: "Bajo esta misma interpretación de la prueba el Tribunal analizó la prueba consistente en la copia de la escritura número 370 de 29 de octubre de 1936, otorgada en la Notaría de Melgar, como una donación a favor de la parte demandante, considerados como herederos o representantes de la sucesión de Apolinar Muñoz y no como una donación a quienes, con las formalidades legales hicieran valer ese título de herederos, es decir, el señor José Joaquín Muñoz quien, aparte de su negociación sobre el valor de los materiales de la construcción, fue reconocido como heredero de esa sucesión. Según el contexto de la misma escritura de donación, la causa de ella era la misma edificación, es decir, que allí se habla de hacer esa donación como consecuencia de haber construído. Por ello el donante tuvo como motivo inmediato de su donación el hecho de la construcción, y como sujeto de esa donación la sucesión del señor Apolinar Muñoz considerado como constructor o autor de la edificación. En el caso presente no se estimó la escritura de donación a favor de la sucesión de Apolinar Muñoz, ya que se le reconoce efecto a favor de personas que no aparecen reconocidas como herederas, y quienes aparecen después del acto de partición. Esta estimación de la prueba resulta en desacuerdo con la interpretación que la Jurisprudencia le ha dado a los artículos 1280, 1281, 1288, 1318 y 1319 del Código Civil, que lleva a su violación, junto con la del artículo 1443, desconociendo los efectos de los artículos 1374 y siguientes del mismo Código".

Nuevamente incurre el recurrente en la falla de no explicar la clase de error que alega, pues no dice si es de hecho manifiesto o de derecho. Al parecer se trata de una acusación encaminada a alegar la violación directa o falta de aplicación de los textos sustantivos en cita. No puede considerarse como un ataque a la apreciación de la prueba.

Tampoco explica el recurrente en qué consiste la violación de los textos legales citados, pues apenas afirma que la estimación de la escritura número 370 de 29 de octubre de 1936 de la Notaría de Melgar, está en desacuerdo con la interpretación que la Jurisprudencia le ha dado a aquellos artículos. Y esto no es suficiente.

En realidad se trata de una cuestión de simple derecho: el Tribunal estimó que los demandantes son los herederos o representantes de la sucesión; y el recurrente opina que lo es el demandado. No es en la interpretación de la escritura, sino en la apreciación de las normas legales sobre sucesión por causa de muerte y reconocimiento de hijos naturales, donde radica la discrepancia.

III.—Se lee en el cargo: "El Tribunal dejó de apreciar la prueba consistente en el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obra al folio 38 del cuaderno de pruebas del demandado, en cuanto no le dio el valor probatorio señalado en el artículo 2367 del C. C. en relación con el artículo 635 del C. J., sobre suficiencia del título de propiedad presentado por el demandado, pues prescindió de esa certificación, para desconocer la propiedad del demandado y declarar la del demandante quien no presentó al respecto certificado alguno".

Tampoco esta acusación reúne los requisitos de la técnica de casación. El artículo 2367 del C. C. nada tiene que ver con el asunto planteado, pues trata de la remuneración pecuniaria que puede estipular el fiador con el deudor, por el servicio que le presta; y el artículo 635 del C. J. no dice que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sea prueba del dominio. No trata de demostrar el recurrente que exista la prueba del dominio del demandado, ni que los títulos que adujo el demandante no la constituyen por falta de aquel certificado.

IV.—Continúa el cargo: "El Tribunal dejó de apreciar las declaraciones hechas por medio de confesión, de los señores Arcadio Lozano, cuya copia debidamente tramitada obra al fol. 52, junto con la otra que obra al fol. 6, del cuaderno de pruebas del demandado; ni las copias de los telegramas y otros papeles relacionados con el cobro de arrendamiento del inmueble de que trata este juicio; ni la copia de la escritura Nº 253 de fecha 20 de agosto de 1943, otorgada en la Notaría de Melgar, donde consta el contrato de arrendamiento hecho por Rita Patiño, demandante en este juicio, con lo cual además se comprueba la existencia de perjuicios. La mención que de estas pruebas se hace en la sentencia tiene por objeto rebatir una cuestión que, como se verá en el cargo siguiente sobre incongruencia de la sentencia, no fue propuesta en la demanda de reconvención, o sea la de terminación del contrato de arrendamiento y entrega de la cosa, como consecuencia de esa declaración. No se estudiaron estas pruebas en lo relativo a la acción de restitución como consecuencia del dominio del demandado, citado para discutir este punto, y consecuencia de la petición 4ª del libelo de contrademanda, donde se pide la restitución por haberse apropiado el demandante el inmueble sobre el cual alega y comprueba derecho de propiedad el demandado. Por falta de la estimación de estas pruebas en cuanto acredita posesión del demandante de una cosa cuya propiedad reclama del demandado, vino el Tribunal a violar los artículos 946, 950, 952 y 762 del Código Civil, desconociendo el dominio del demandado emanado de los títulos de propiedad ya citados, el valor probatorio de las hijuelas o adjudicaciones hechas en el juicio de sucesión de Apolinar Muñoz, y la calidad de poseedor de la parte demandante acreditada con su contrato de arrendamiento y el permiso dado a quienes ocuparon el inmueble por su cuenta, para negar la acción de restitución que había propuesto el demandado con apoyo en las mencionadas pruebas.

Se observa:

La misma falta de técnica en la acusación. No se dice si el error en la apreciación de las pruebas sea de hecho o de derecho, y menos se intenta demostrarlo, ya que aquéllas apenas se enuncian sin explicar siquiera su contenido.

No aparece así la consecuencia que la estimación de esas pruebas pueda haber tenido en la violación de los textos sustantivos del Código Civil que se mencionan en el cargo.

V.—Y concluye: "Finalmente, la sentencia, dejó de darle el valor probatorio que tiene la prueba consistente en la copia hecha como consecuencia de la partición, cuya sentencia fue debidamente registrada, porque al declarar el dominio para el demandante prescindiendo de esta prueba y de su fuerza demostrativa sobre transferencia de la propiedad en favor del heredero, desconoció además de las disposiciones legales antes citadas, los artículos 1374 y siguientes del C. C. que reglamentan la manera de terminar la universalidad de bienes, mediante el juicio de sucesión. Tampoco se estudió esta prueba como demostrativa de perjuicios, al declarar el dominio del demandante".

Idéntica observación debe hacerse. Ni se explica cuál sea el error de que se habla, ni por qué ha debido el Tribunal reconocer a esas copias el valor de prueba del dominio del demandado; tampoco cómo se haya violado el artículo 1374 del C. C.

Además, la cita de disposiciones legales violadas debe hacerse en forma precisa. Es inadmisible el método de señalar un artículo y alegar violación también de "los siguientes del mismo Código", aun cuando se exprese la materia de que traten.

Se rechaza el cargo.

Sexto cargo

Se alega incongruencia de la sentencia, en los siguientes términos: "Se fundamenta el cargo de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, desde dos puntos de vista a saber: 1º En cuanto, respecto de la demanda principal, hizo una declaración de propiedad en favor del demandante, que no era objeto principal de la demanda; y

2° En cuanto negó la acción restitutoria presentada en la contrademanda, mediante la negativa de una acción sobre terminación de un contrato de arrendamiento que no fue propuesta, guardando silencio sobre esa restitución como consecuencia del dominio comprobado por el demandado, que sí fue propuesta.

"Punto primero. Basta leer el libelo de demanda principal para saber que el objeto principal de la acción era la **nulidad del juicio de sucesión** de Apolinar Muñoz, o de alguna parte de esa actuación, como consecuencia de la propiedad o del dominio que el demandante alega sobre el inmueble que fue objeto de dicho juicio. No se propuso, como se hizo en la contrademanda, directamente la nulidad, para poder considerar aisladamente esa petición y poderla negar sin afectar las demás peticiones, ya que dentro de su enumeración viene la subordinación subsidiaria que obliga al fallador a considerar las demás, una vez negada la nulidad de determinado acto o contrato. Al contrario, se pidió la nulidad de una actuación como subordinada a las anteriores peticiones sobre declaración del dominio. La parte demandante oportunamente ha deducido que por tener el dominio del inmueble, es nulo el juicio de sucesión donde se adjudicó ese inmueble a persona distinta. Esta deducción del demandante la contradice el Tribunal en su sentencia, pues se aparta completamente y en forma opuesta a esa deducción, entra a resolver directamente sobre el dominio sin sujeción alguna a la nulidad del juicio de sucesión citado. Pero no solamente se apartó la sentencia de lo deducido por el demandante, sino que vino a desatar una acción reivindicatoria no propuesta en la demanda, y que no podía proponerse, si el objeto de esa acción era el derecho de herencia que parece haber aceptado el Tribunal al declarar el dominio en favor de la parte demandante. Tal procedimiento viene a violar el artículo 948 del C. C. que dice: 'Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, **excepto el derecho de herencia**' (subrayo). El Tribunal sostiene que por haber sido mentados los demandantes Tiberio y Santos Patiño, como hijos naturales de Apolinar Muñoz, quien acepta para ellos una venta, deben ser considerados como herederos con quienes se cumplió la delación de la herencia en el momento de la muerte de Apolinar Muñoz (la cual, entre otras cosas, no aparece comprobada en el expediente para saber cuándo fue esa delación), (artículo 1013 del C. C.), y que por lo tanto es con ellos con quien debe entenderse hecha la donación del terreno y la cesión del valor de los materiales, con lo cual prácticamente lo que declara es un derecho de herencia que no ha sido objeto de la demanda, ni puede proponerse como objeto de una acción de dominio.

"Punto segundo. La acción restitutoria comporta una acción reivindicatoria que ha debido estudiarse en todos sus aspectos. Pedir que se condene a una persona a restituir, alegando que se ha apropiado la cosa sobre la cual versa esa propiedad, y que pertenece al reclamante, como se hace en el punto cuarto de la parte petitoria de la contrademanda, es formular una acción de dominio que obliga al Tribunal a estudiar si en realidad los títulos del demandante tienen valor, si la tradición de la cosa sobre la cual se ha formulado esa restitución está completa, qué títulos prevalecen y cuál es el registro que debe preferirse para hacer la declaración de dominio. Ninguna de estas cuestiones fue objeto de estudio desde este punto de vista, y para el efecto de desatar la controversia en cuanto se refiere al dominio alegado por el demandado y la posesión acreditada para el demandante, por medio de las pruebas sobre ocupación, arrendamiento de la cosa, etc. Finalmente en la sentencia se incurre en la incongruencia de aceptar, como resultado de su fallo, una acción declarativa, a la cual le faltan los requisitos exigidos por la Jurisprudencia, para ese efecto".

Se considera:

El primer motivo de incongruencia que se alega, puede resumirse así: el demandante pidió la nulidad del juicio de sucesión subordinada a las anteriores peticiones de declaración de dominio; el Tribunal entró a resolver directamente sobre el dominio, sin sujeción a la nulidad de dicho juicio, y prácticamente declaró un derecho de herencia que no fue objeto de la demanda ni puede serlo de una acción de dominio.

Basta leer la demanda para que la acusación aparezca infundada. La petición primera persigue, precisamente, que se declare a los menores "dueños exclusivos de una casa de habitación de bahareque y techo de zinc con su correspondiente cocina del mismo techo..., etc., etc." Y en la petición segunda se formula idéntica pretensión sobre el lote de terreno sobre el cual se encuentra aquélla edificada. Es decir, se impetra, en forma clara e inequívoca, la declaración de dominio sobre la construcción y el terreno.

La sentencia del Tribunal, en sus puntos primero y segundo, se limita a acceder a ambas peticiones, y al efecto declara a los menores dueños de la casa y del terreno, conforme los especifica la demanda. Por lo demás, se condena a los menores a restituir a Muñoz la suma de $ 450.00, y se absuelve a ambas partes de las otras peticiones formuladas en la demanda principal y en la de reconvención.

No existe, por lo tanto, incongruencia ninguna entre la demanda principal y la sentencia. La negativa de las demás peticiones de aquélla, en forma alguna impedía que se accediera a las dos primeras, precisamente porque no se formularon como consecuenciales de la de nulidad ni de ninguna otra declaración, sino como principales e independientes.

Cuando se niegan las peticiones de la demanda, o se accede a algunas y se rechazan las demás, no puede hablarse de incongruencia porque se ha resuelto exactamente sobre las pretensiones incoadas. Para que exista incongruencia se requiere que el sentenciador no haya resuelto puntos planteados en la litis, o incluya decisiones extrañas a lo pedido, o conceda más de lo solicitado, o deje de fallar sobre alguna excepción perentoria siendo el caso de hacerlo. Las violaciones de ley sustantiva son totalmente ajenas a esta causal. Con sujeción a ella, únicamente es posible confrontar si la parte resolutiva de la sentencia no armoniza con las peticiones de la demanda y excepciones del demandado. Pero las cuestiones relacionadas con el fondo del litigio, con los motivos aducidos por el Tribunal para acceder o negar las peticiones y excepciones, son materia exclusivamente de la causal primera, ajenas a la segunda que aquí se invoca.

Con el segundo motivo expuesto por el recurrente, en este cargo, sucede exactamente lo mismo. Nada tiene qué ver con la congruencia o la incongruencia del fallo, que el Tribunal no hubiera estudiado los títulos del demandado o su estudio haya sido incompleto o equivocado. Tampoco tiene relación con una u otra el hecho de que la negativa de las peticiones formuladas en la demanda de reconvención se hubiera apoyado en el estudio sobre la vigencia del contrato de arrendamiento, como lo pretende el recurrente. Estas razones, lo mismo que la de haberse separado el Tribunal de los principios consagrados por la jurisprudencia sobre acciones declarativas, servirían para fundamentar un cargo de violación de ley sustantiva, dentro de la causal primera.

En la sentencia se niegan las declaraciones primera a quinta de la demanda de reconvención, entre las cuales están las referentes a los derechos que el recurrente estima desconocidos por el Tribunal. De tal suerte, ninguna incongruencia existe al respecto.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha agosto 22 de 1952, en el juicio ordinario seguido por Rita Patiño Cifuentes y otros contra José Joaquín Muñoz.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—LA FALTA DE CONDENA PENAL POR RAPTO, NO HACE IMPOSIBLE LA PRUEBA DE ESTE ANTE EL JUEZ CIVIL Y PARA LOS EFECTOS DE LA DECLARACION DE PATERNIDAD NATURAL. — TECNICA DE CASACION

1.—Las negaciones indefinidas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas, y las afirmaciones indefinidas tampoco se pueden demostrar.

2.—La economía funcional del recurso de casación ha sido expuesta en numerosos fallos de esta Corte, que consagran doctrina común por interpretación del principio consignado en el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil, en donde se lee que, si la Corte encuentra fundada alguna de las causalse, no considera las restantes, etc. La doctrina interpretativa a que se hace referencia ha desarrollado ese principio con el alcance de determinar que, si la sentencia acusada se sustenta sobre diversos fundamentos de hecho y de derecho, basta con que uno salga incólume de la acusación, para que el fallo no pueda infirmarse. Todo lo anterior supone cierta unidad de la causal que se invoca para acusar, cuando hay indivisibilidad en las declaraciones de la sentencia, o sea, en su eficacia práctica derivada de la índole y alcance de la acción ejercitada y que prospera. Puede ocurrir, por tanto, que la divisibilidad entre los diversos fundamentos de la sentencia conduzca, a través de una acusación admisible, a la infirmación parcial del fallo; pero, para ello es de todo punto indispensable que el recurrente haya suministrado argumentos suficientes y adecuados, que desarrollen el cargo con los puntos divisibles de las declaraciones de la sentencia, estrechamente vinculados con los particulares que le sirven de raíz o de cimiento a la acción. Quiere decir que si ésta, no obstante su unidad formal, es divisible en razón del objeto de sus declaraciones, los fundamentos de la sentencia, que son blanco de los tiros de la acusación, han de estar bien separados por ella, en orden a los cargos, para que pueda casarse parcialmente el fallo. Un ejemplo que aclara esta tesis lo ofrece el presente litigio, en que la acción, basada en hechos comunes y en parte indivisibles, tiende a que se reconozca la paternidad natural de dos hijos, uno de los cuales fue concebido en circunstancias algo distintas del primero.

3.—Cuando en la demanda se ejercita una acción sobre reconocimiento judicial de la paternidad natural, alegando el caso de rapto previsto por el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el criterio de apreciación, en el fuero civil, para juzgar el hecho de acuerdo con las pruebas adecuadas, es independiente, o sea, que no está subordinado al criterio que rige ante las autoridades represivas del crimen. Claro es también que, probado el rapto como delito, mediante la sentencia penal, y siempre que ocurran los demás supuestos para reconocer la filiación, aquel hecho quedará establecido con igual eficacia en el fuero civil. Pero de ahí no puede deducirse que la falta de condena penal por rapto, haga imposible la prueba de éste, ante el juez civil para los efectos de la declaración de paternidad natural, como pretende el recurrente; pues aún la sentencia absolutoria del juez penal, sería compatible con la alegación y prueba del rapto como simple hecho inicial de unas relaciones sexuales que hicieron posible el nacimiento del hijo o hijos cuya paternidad se investiga ante el juez civil. Con mayor razón no impide dicha prueba, un mero auto de sobreseimiento, como el invocado en casación. De ahí que tampoco puedan prosperar los cargos formulados con vista de los textos que se citan en el Código de Procedimiento Penal, como si la decisión del caso en ese fuero, hubiera precluído el debate para la acción civil que aquí se ventiló.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación

Civil—Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

María Dolores Cabrera contra Carlos Ignacio Muñoz.

Resultando:

1.—María Dolores Cabrera Illera, hija de Luis Enrique Cabrera y de Ester Illera, nació en Panamá el 28 de diciembre de 1918. Bautizada en la iglesia de San Francisco de Popayán el 4 de mayo de 1919. Reconocida por su padre mediante escritura pública número 118 otorgada el 13 de febrero de 1939 ante el Notario 2º de dicha ciudad.

2.—La señora madre de María Dolores, en denuncia criminal presentada ante el Comisario de Policía Judicial de Popayán, suministró los siguientes datos: "Soy la madre de la menor María Dolores Cabrera, quien siempre ha vivido bajo la patria potestad mía en la misma casa en donde habito, observando buena conducta y consagrada a sus oficios de la casa. El día viernes 1º de los corrientes (mes de septiembre del año de 1939), a eso de las once de la mañana y después de almorzar, mi hija María Dolores me dijo que se iba a donde Mario Ernesto López a pedir un remedio, pues desde hace algunos días se encuentra **tacada** (sic) de tos. Eran las once y media cuando yo salía para Tulcán a ver unas vacas y a ella le dije que apurara que iban a ser las doce y Mario se iba al almuerzo y no lo encontraba en la botica. Salí y mi hija se quedó arreglándose. Ya regresaba yo de Tulcán cuando la hermanita de nombre Estela me llamó diciéndome: —Mamá! ¿Cómo le parece? Lola se fué!, pues en la mesa les había dejado unos recuerdos a las niñitas diciéndoles adiós. Desde hace unos dos años mi hija tiene amores con Carlos Muñoz Ayerbe. Luis Carlos Trochez me informó que mi hija se montó en la berlina de Aquilino Gutiérrez. No he podido adquirir más detalles. María Dolores es bautizada en el año de 1918 en la parroquja de San Francisco. Sobre la buena conducta de María Dolores pueden declarar Dolore Torres de López, Dolores Lindo, Cruz Lindo y Nicolás Velasco. Que lo expuesto es la verdad, etc."

3.—Iniciadas con esa denuncia, prosiguieron las diligencias sumarias en averiguación del delito de rapto cometido por Carlos Ignacio Muñoz en la persona de Lola Cabrera y, en su curso, se recibieron declaraciones a los amantes, quienes expusieron, con otros particulares lo que hace al caso extractar, a saber:

El 11 de octubre de 1939, en el despacho de la Comisaría, habla **María Dolores**: "Hace unos dos años que conocí a Carlos Ignacio Muñoz con quien en todo este tiempo llevo relaciones amorosas con él, saliendo a todas partes en esta ciudad, paseando, yendo a cine y, en fin, acompañándolo en varias partes. El día jueves 31 de agosto del corriente año, a eso de las cinco de la tarde, me encontré con Carlos Ignacio Muñoz en la entrada a la piscina municipal en esta ciudad, y me manifestó que al día siguiente, o sea el día viernes 1º de septiembre, se dirigía para la ciudad de Bogotá, con el fin de pasearse y estar una temporada en la ciudad capital. Yo, espontáneamente y sin que mediara oferta o engaño alguno, le dije a Carlos, que yo me iba con él, que me llevara, a lo que me contestó que si ésa era mi voluntad, hacíamos el viaje. Al día siguiente o sea el día viernes 1º de septiembre, faltando unos diez minutos para las doce del día, salí de mi casa de habitación sita en esta ciudad en la carrera 2ª entre calles 2ª y 3ª, y me dirigí hacia la estación del ferrocarril del Pacífico, en donde me encontré con Carlos Ignacio, quien había contratado la berlina manejada por el chofer Aquilino Gutiérrez para efecto de que nos llevara a la ciudad de Cali, llegando a esta ciudad a eso de las cinco y media de la tarde. Al llegar a Cali, dejamos el automóvil que manejaba Aquilino y tomamos otro de servicio público de la citada ciudad y nos dirigimos para Cartago inmediatamente, llegando tarde de la noche. Como el calor que hace en la ciudad de Cartago era extremado, optamos por seguir hacia la ciudad de Pereira a donde llegamos en uno de los hoteles de esa ciudad y a donde pasamos el resto de la noche, etc... Pongo de presente que Carlos Ignacio Muñoz nunca se ha valido de violencia física ni moral ni de maniobras engañosas, ni me ha retenido por medio alguno (bien aprendido tenía, como lo anotó el Fiscal, el artículo 349 del código de los delitos y de las penas, para librar noblemente a su amante de las incomodidades de la denuncia por rapto). Todo lo que he hecho ha sido por mi propia voluntad porque me sentía aburrida y cansada en mi casa, y como disfrutaba de algún dinero que había economizado en mi trabajo, con esto,

emprendí el viaje, atendiendo con mi dinero a parte de mis gastos personales. También manifiesto que en la ciudad de Pereira y a donde pasé la primera noche en compañía de Carlos Ignacio, éste usó de mi cuerpo por mi propia voluntad, advirtiendo también que era la primera vez que yo tenía relaciones carnales con hombre alguno.... pase lo que pase, yo no abandonaré a Carlos Ignacio, porque siento por él verdadero cariño. Carlos Ignacio no tiene ninguna responsabilidad en el hecho que mi familia trata de imputarle, etc. Carlos Ignacio nunca me ha hecho promesa de matrimonio, ni yo tampoco le he dicho que nos casemos, sino que yo quiero seguir viviendo con él...".

4.—El mismo día y ante el mismo funcionario de instrucción, habló Carlos Ignacio: "En los últimos días de agosto tenía que hacer yo un viaje a Bogotá. El día 30 de aquel mes, me encontré con María Dolores Cabrera y hablando con ella le conté que me iba para Bogotá, y ella me dijo que la llevara y que quería ir, contestándole yo que bueno, y ella me dijo que ella saldría a la estación, diciéndome que si nos íbamos en tren o en carro. Al otro día, o sea el 1º de septiembre del corriente año, a las doce del día, o sea al día siguiente de haberle contado a María Dolores sobre mi viaje, la volví a encontrar por los lados de la estación del ferrocarril. Volvió a decirme que si nos íbamos, contestándole que bueno, y como ella quería irse en carro, contraté el manejado por el señor Aquilino Gutiérrez, en cuyo carro nos fuimos hasta la ciudad de Cali y nos desmontamos en la avenida Uribe, cogiendo luégo otro carro y siguiendo para Cartago, pero como estaban todos los hoteles copados, resolvimos irnos a Pereira, en donde pasamos la noche, es decir, pasé la noche con María Dolores...

"Con María Dolores tenía relaciones amorosas desde hace unos dos años, más o menos; al ella decirme que tenía deseos de irse conmigo y que quería irse conmigo aprovechando la oportunidad, dio a entender que me acompañaría en el viaje, agregando que se iría conmigo porque tenía gusto. Bueno. Al hacer yo el viaje con María Dolores, no lo hice con deseos de ningún género (sic), pues si bien es cierto que yo la quiero y que, no dudo, que ella también, no tuve intenciones de hacerle o causarle daño alguno (sic). Además, tampoco le hice ofertas de matrimonio, ni la seduje para que se fuera conmigo, ni menos le insinué el viaje, sino que ella espontáneamente me dijo que se iría conmigo, etc.".

5.—Las personas que, citadas por la madre de Lola Cabrera, alcanzaron a declarar como testigos de la buena fama y conducta de ésta, confirmaron ampliamente lo dicho por aquélla, o sea, que Lola, antes de salirse de su casa paterna, llevaba vida honrada. De ello dan fe las actas que se hicieron venir al presente proceso.

6.—Perfeccionado el sumario, por aquel supuesto delito de rapto, el Juzgado 1º Superior de Popayán dictó sobreseimiento definitivo con fecha 6 de julio de 1943 encontrando que "en forma alguna se acredita que el señor Carlos Ignacio Muñoz haya realizado el delito de rapto, ni violación alguna de la ley penal sustantiva en la verificación de los hechos que se sucedieron con la joven, mayor de la edad canónica para proceder libremente y menos aún que resulte responsabilidad alguna contra el motorista, etc."

7.—El 7 de junio de 1940 nació en Popayán, hija de María Dolores Cabrera, una niña a quien el 18 de agosto se bautizó con el nombre de Hilda Cabrera, como consta en la partida de origen eclesiástico.

8.—El 22 de junio de 1941 nació un niño, hijo de la misma madre, quien fue bautizado en Popayán, con el nombre de Reinaldo, el 4 de septiembre. Figuró como padrino, uno de los familiares del señor Carlos Ignacio Muñoz, Antonio Ayerbe. Así consta en la partida, también de origen eclesiástico.

9.—Sobre los nacimientos anteriores no existen inscripciones en el registro civil, como lo certificaron los Notarios 1º y 2º del Circuito de Popayán.

10.—Dentro del abundante material probatorio allegado al proceso figuran cartas de Carlos Ignacio para María Dolores, reveladoras de la viva pasión amorosa que los unió en aquellos años en que nacieron los mencionados niños, y hay también testimonios tan sugestivos como los de las parteras que asistieron a María Dolores en sus alumbramientos y se refieren al interés manifestado por Muñoz Ayerbe en tales circunstancias.

11.—Alegando María Dolores Cabrera Illera, mujer soltera, mayor y vecina de Popayán, que el padre de sus hijos, Hilda Cristina y Reinaldo, es el señor Carlos Ignacio Muñoz Ayerbe, también mayor y de la misma vecindad, lo demandó por medio de apoderado para que, con la intervención del Ministerio Público y previo juicio ordinario, se reconociera en sentencia definitiva, el estado civil correspondiente.

La demanda, presentada al Juzgado 2º Civil del

Circuito, en libelo del 31 de octubre de 1945, quedó radicada allí mismo. Se admitió por auto del 3 de noviembre y se le dio traslado al señor Muñoz Ayerbe, como también al Ministerio Público. El 29 se notificó personalmente al demandado y el 14 de diciembre al señor Personero Municipal, quien dio respuesta fiscal el 19; pero aquél provocó incidente de dilatorias fundándose en la de inepta demanda y haciéndola consistir en que ésta se había aparejado con pruebas tan numerosas, que era imposible dar contestación sin un estudio de fondo que, en sentir del excepcionante, no era realizable en el breve espacio del traslado. Mas como hubiera sido extemporáneo el pedimento, el Juez hubo de rechazar, de plano, el incidente, conforme al auto de vista del 19 de febrero de 1946 sostenido en auto de revista del 12 de marzo y confirmado por providencia del Superior dada a 15 de mayo, la cual acabó por ejecutoriarse.

Las sentencias de instancia

1.—El juicio siguió la tramitación normal y vino a ponerle término, en la primera instancia, el fallo del Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán, el cual, con fecha 24 de julio de 1947, reconoció que el señor Carlos Ignacio Muñoz Ayerbe, es el padre natural de los menores Hilda Cristina y Reinaldo Cabrera, hijos de María Dolores Cabrera.

2.-Apeló el legítimo contradictor y entonces subió el negocio al Tribunal Superior de Popayán, donde, tramitada la segunda instancia, se pronunció, por mayoría de votos la sentencia definitiva con fecha del 17 de marzo de 1948, confirmatoria de la apelada.

Como en el capítulo destinado a la relación de hechos, la parte demandada que recurrió en casación, concede mérito especial al salvamento de voto del magistrado doctor José G. Vargas, viene al caso tratar incontinenti del asunto, pues no habrá otra oportunidad para ello. Aquel honorable magistrado —dice el recurrente— "salvó su voto en una breve pero sustanciosa pieza jurídica, en la cual hace la acertada crítica del testimonio invocado por la demandante, crítica que necesariamente deberá ser tenida en cuenta por la H. Sala de Casación. Hacen parte de ese salvamento de voto los siguientes conceptos: 'En las declaraciones brevemente estudiadas y otras que la sentencia tiene en cuenta, a pesar de las contradicciones apuntadas, se sostiene que Carlos Ignacio Muñoz vivió con María Dolores Cabrera, haciendo vida marital desde octubre de 1939 hasta abril o mayo de 1944, pero contra esa prueba está el testimonio del señor César Zambrano, el cual declara que Muñoz Ayerbe vivió durante el año de 1943 y parte de 1944 en la casa del testigo, permanentemente, y que allí tuvo su dormitorio y el despacho de sus negocios. Los magistrados de la mayoría niegan valor a este testimonio porque el señor Zambrano no indicó los linderos de su casa, como si se tratara de un juicio sobre bienes raíces, parando mientes más en esta circunstancia adjetiva e innecesaria que en lo esencial del testimonio, pues es innegable que merece más crédito el dicho de quien asegura que vivió con una persona y por esa causa tuvo mejor oportunidad para observarla, que el de quienes dicen fueron sus vecinos o haber ido una que otra vez a su casa por motivos de negocios o de simple amistad. Del conjunto de los elementos estudiados surge para mí (el señor magistrado disidente) una duda que no he podido eliminar, respecto de la paternidad natural atribuída al señor Carlos Ignacio Muñoz Ayerbe respecto de los menores Hilda Cristina y Reinaldo Cabrera y tengo obligación legal y moral de salvar mi voto en la sentencia acordada, etc.' ".

Sin avanzar considerandos acerca de los cargos que se examinarán adelante y por no pasar en silencio este episodio de los resultandos, que para nada incide en casación, habrá de expresarse que el salvamento de voto meritado, como reparo subjetivo de conciencia, es muy respetable, pero muy difícil de entender. Porque, si bien es débil argumento para desechar el testimonio, la no indicación de los linderos de la casa donde el testigo vivió permanentemente con el demandado, tampoco tiene más fuerza una declaración que recae sobre hecho, aunque positivo, no menos indefinido que otros a que parece referirse el salvamento, al estudiar lo de las relaciones sexuales estables y notorias de la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Apenas si será necesario recordar, en punto de doctrina, que las negaciones indefinidas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas, y que las afirmaciones indefinidas tampoco se pueden demostrar. A ello se acude porque la especie de alibi sugerida en la declaración del señor Zambrano, debido a la comunidad de habitación con el demandado, nada prueba en contra de la notoriedad y estabilidad de aquellas relaciones sexuales;

de suerte que si es cierto que merece más fe un solo testigo que afirma que cinco que niegan, tal debe ser a condición de que la afirmación o afirmativa sea definida y la negación indefinida; pero no, si, tanto la una como la otra, resultaran igualmente indefinida. Todo sin contar con que la comparación de fechas o períodos, perfectamente determinados, le quitan toda importancia a la declaración que tanta mella le hizo al señor magistrado disidente. Y cabe aquí observar que replicó bien el señor apoderado de la parte opositora ante la Corte cuando hizo notar que el testimonio del señor Zambrano (a) se refiere a una época posterior al nacimiento de los niños cuya paternidad se discutió, y (b) que el propio señor Zambrano en nuevo testimonio, distinto del glosado por el salvamento, reconoció lo que sabía todo Popayán (y que es lo mismo que "todo el mundo"), o sea, que a Zambrano le constaba algo relacionado con un comodato precario entre el señor Muñoz y Lola Cabrera, porque dijo aquél: "Es verdad que la razón para concederle (Muñoz a la Cabrera) el derecho de habitación gratuito sin tiempo determinado y reservándose Muñoz la facultad de pedir esa casa en cualquier época, era que Muñoz y la Cabrera llevaban relaciones íntimas, etc." (Acta del 21 de julio de 1941, C. 3, fol. 42 y c. 1, fol. 5 v.).

El recurso de casación

Pasando ahora sí a lo que es materia propia del recurso, que está debidamente preparado, se ve que tratan de formularse dos cargos contra la sentencia acusada, ambos en función de la causal primera del artículo 520 del C. J., a saber: a) violación del artículo 4º (ordinal 1º) de la Ley 45 de 1936 (rapto) y de los artículos 32, 437 y 438 de la Ley 94 de 1938 (C. de P. P.); b) violación indirecta (errores **in iudicando**) del mismo artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

El primer cargo lo desarrolla así el recurrente:

"a) De conformidad con lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural en el caso de **rapto** o de **violación** (subrayado), **cuando el tiempo del hecho** (subraya la Sala) coincide con el de la concepción. Debe, en consecuencia, demostrarse la existencia legal de uno de los dos ilícitos, y no con cualquiera clase de prueba, sino con la única prevista en la ley sobre la materia, expedida por el juez penal, o sea con la sentencia ejecutoriada en la cual conste la existencia del delito y la responsabilidad criminal del presunto padre natural.

"b) El Tribunal sentenciador, al confirmar sin salvedad alguna la sentencia del Juez de primera instancia, dio por cierto y probado el hecho de la comisión de un delito de rapto, sin que de ello existiera la prueba legal, y antes por el contrario, constando como consta en el juicio, que el Juez 1º Superior de Popayán, con competencia para ello, sobreseyó definitivamente a favor del demandado o presunto padre natural por tal delito.

"c) Sobre la base del rapto, tanto el Juzgado de primera instancia como el Tribunal sentenciador que confirmó el fallo de éste, declararon la paternidad natural de Carlos Ignacio Muñoz respecto de la menor Hilda Cristina Cabrera.

"d) Cometió así el Tribunal sentenciador un evidente o manifiesto error de hecho, por una parte, y por la otra cometió un error de derecho, los cuales lo llevaron separadamente a la violación del artículo 4º, ordinal 1º, de la Ley 45 de 1936. Error de hecho, por cuanto dio por probado un delito de rapto, sin que así conste en el proceso; de derecho, por cuanto pretirió el fallo del juez penal que declara que el demandado o presunto padre natural no es responsable del delito de rapto cometido en la persona de la madre natural de la menor Hilda Cristina Cabrera.

"e) Los mismos errores anotados llevaron también al Tribunal sentenciador a violar los artículos 32, 437 y 438 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal) que señalan la competencia en asuntos penales y definen el alcance y las consecuencias jurídicas del sobreseimiento definitivo".

Para fundar el segundo cargo que, como el primero, también se guía por concepto de violación indirecta de la ley sustantiva, alegando errores **in iudicando**, se acoge el recurrente a la doctrina sentada en el fallo de 5 de marzo de 1948, tocante con el caso "Rojas contra Losada", inserto en la GACETA JUDICIAL, números 2060 y 2061 que forman parte del Tomo LXIV, páginas 45 y ss.

Como se comprueba fácilmente a prima lectura, aquella doctrina no tiene aplicación sino cuando se invoca, para la declaración judicial de la paternidad natural, la hipótesis prevista de unas relaciones sexuales estables y notorias, entre la madre natural y el legítimo contradictor, y el material probatorio indica que quienes han sostenido lazos sexuales, más o menos permanentes,

los mantienen ocultos; porque voluntariamente hayan querido recatarlos, no descubriéndolos ante su ambiente social. Cosa que se realizaba en la especie invocada: especie de contubernio o unión sexual **inter domino et serva**; porque es manifiesto que la Rojas era empleada del servicio doméstico de Losada. Además, la calidad y número de los testigos que allí declararon, indujo entonces a la Sala a desechar la prueba de la notoriedad de las relaciones, estampando estas apreciaciones: "...los dichos de los criados domésticos, si bien dotados de la mejor calidad sobre el concubinato, pierden toda su fuerza en cuanto a la notoriedad del mismo, porque han utilizado la intimidad, la convivencia con sus patronos para adquirir conocimiento sobre los actos y omisiones de éstos; la indiscreta curiosidad del vecino que por las condiciones materiales de su vivienda acecha con éxito las actividades de su colindante, y de este modo observa las acciones de rigurosa intimidad que éste realiza, no es manera idónea para formar certeza sobre la notoriedad de lo visto precisamente rasgando el secreto y sigilo de lo que alguien se atreve a ejecutar al amparo de su propia morada".

No es menester transcribir más en calidad de muestra para entender la enorme diferencia existente, entre aquel caso Rojas-Losada, y el actual Cabrera-Muñoz; diferencia que autoriza y aún fuerza a olvidar semejante precedente, para cuando se estudien otros motivos que llevan al rechazo del cargo traído a pretexto de presunción de paternidad mal deducida de relaciones sexuales estables y notorias que, como se verá, aquí no constituyen causal autónoma dudosa, sino confirmación segura, subordinada y consecuencial de la de **rapto civil**, para llamarlo como se debe.

De ahí que no haya interés en seguir resumiendo lo tocante al segundo capítulo de cargos.

Se considera:

La economía funcional del recurso de casación ha sido expuesta en numerosos fallos de esta Corte, que consagran doctrina común por interpretación del principio consignado en el artículo 538 del Código de Procedimiento Civil, en donde se lee que, si la Corte encuentra fundada alguna de las causales, no considera las restantes, etc. La doctrina interpretativa a que se hace referencia ha desarrollado ese principio con el alcance de determinar que, si la sentencia acusada se sustenta sobre diversos fundamentos de hecho y de derecho, basta con que uno salga incólume de la acusación, para que el fallo no pueda infirmarse. Todo lo anterior supone cierta unidad de la causal que se invoca para acusar, cuando hay indivisibilidad en las declaraciones de la sentencia, o sea, en su eficacia práctica derivada de la índole y alcance de la acción ejercitada y que prospera. Puede ocurrir, por tanto, que la divisibilidad entre los diversos fundamentos de la sentencia conduzca, a través de una acusación admisible, a la infirmación parcial del fallo; pero, para ello es de todo punto indispensable que el recurrente haya suministrado argumentos suficientes y adecuados, que desarrollen el cargo con los puntos divisibles de las declaraciones de la sentencia, estrechamente vinculados con los particulares que le sirven de raíz o de cimiento a la acción. Quiere decir que si ésta, no obstante su unidad formal, es divisible en razón del objeto de sus declaraciones, los fundamentos de la sentencia, que son blanco de los tiros de la acusación, han de estar bien separados por ella, en orden a los cargos, para que pueda casarse parcialmente el fallo. Un ejemplo que aclara esta tesis lo ofrece el presente litigio, en que la acción, basada en hechos comunes y en parte indivisibles, tiende a que se reconozca la paternidad natural de dos hijos, uno de los cuales fue concebido en circunstancias algo distintas del primero. Porque Hilda Cristina fue concebida en la época de la consumación del rapto, y Reinaldo con posterioridad. Ahora pues: la sentencia resuelve de manera conjunta lo relativo a la filiación de Hilda y de Reinaldo; pero el recurrente se abstuvo de hacer la debida separación de los motivos de sus cargos, impidiéndole a la Corte hacer consideraciones también separadas que, hipotéticamente hubieran conducido a la infirmación parcial. Con lo cual no se quiere significar, es cierto, que la Corte hubiera hallado errores **in iudicando** y que la impericia en la demanda de casación no le permitiera reconocer; mucho menos en frente del primer cargo relacionado con el rapto, cuyas vinculaciones con el hecho previsto por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, son muy vigorosas. Es decir, que el recurrente no alegó con la debida separación los cargos pertinentes a la causal de rapto, y los propios de las relaciones sexuales estables y notorias, atendiendo a las sendas declaraciones o reconocimiento de filiación que hace la sentencia, congruentes con la demanda. De tal modo que si la sentencia sale incólume en su primer fundamento, no importa que hubiera sido vulne-

rable a los cargos del segundo. Sobre todo si éstos no se hicieron de manera restringida frente a un objeto divisible en los pronunciamientos.

Se requiere, por tanto, examinar —de un lado— los nexos entre la demanda que sirvió de forma al ejercicio de la acción del pleito, la cual se decidió en la sentencia, y de otro, el alegato de casación cuyo contenido fue en parte transcrito y en parte resumido en los resultandos del presente fallo.

La demanda invoca, entre otros, como fundamento de derecho, el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, numerales primero y cuarto; o sea que se suplica el reconocimiento judicial de paternidad natural tanto por concepto de **rapto, como por concepto de relaciones sexuales estables y notorias,** entre los presuntos padres solteros de los niños en cuyo favor se solicita aquel reconocimiento. Uno de los fundamentos de hecho de la demanda, señala la circunstancia de que la señorita María Dolores Cabrera, sin haber cumplido los veintiún años, es decir, siendo legalmetne menor de edad, abandonó la casa materna, donde llevaba vida honesta, impulsada por una fuerte pasión amorosa hacia el señor Carlos Ignacio Muñoz Ayerbe, abandono que ocurrió en el preciso día recordado por los amantes, el 1º de septiembre de 1939.

La sentencia de primera instancia estimó que "en el evento que se considera, resulta de la tarifa de pruebas plenamente establecido que el presunto padre natural raptó de la casa de sus padres a la menor Cabrera Illera el 1º de septiembre de 1939 y la coincidencia de tal hecho con la época legal de la concepción de la menor Hilda Cristina Cabrera, pues ésta nació el 7 de junio de 1940; y resulta establecido que el menor Reinaldo Cabrera, quien nació el 22 de junio de 1941, fue concebido durante el tiempo en que el presunto padre natural y la señorita Cabrera Illera, mantenían relaciones sexuales estables, con comunidad de habitación".

La sentencia de segunda instancia, que ha sido acusada, confirma la del Juez, añadiendo a los motivos expresados por éste los que a continuación se transcriben: (copia primero el texto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y luégo sigue): "Son, pues, cinco causales independientes entre sí las consagradas en la ley para la declaración judicial de la paternidad natural, si bien nada impide que en una misma acción de esta clase concurran varias causales y sea en razón de ello declarable dicha paternidad por diversos motivos. En el caso de que la paternidad natural deba ser declarada por el Juez con sujeción a lo prescrito en el ordinal 4º del artículo 4º preinserto, el demandante, para que su acción sea viable, necesita demostrar: a) que entre el presunto padre natural y la madre existieron relaciones sexuales estables; b) que estas relaciones tuvieron el carácter de notorias; c) que el hijo o los hijos cuya paternidad se trata de juzgar, nacieron después de 180 días cabales, contados desde que se iniciaron dichas relaciones, o dentro de los 300 días, cabales también, siguientes a aquel en que ellas cesaron. Acreditados plenamente estos tres requisitos, el Juzgador debe declarar en su sentencia la paternidad pedida, como obligada secuela de la presunción legal que de ese modo se establece, a menos que el demandado, presunto padre natural, haya logrado aniquilar tal presunción, probando a su vez que durante los 120 días anteriores al tiempo de la gestación mínima prevista en el artículo 92 del Código Civil, o sean los 120 días dentro de los cuales se presume efectuada la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o que en este tiempo ella tuvo relaciones carnales con otro hombre, pues frente a una cualquiera de tales probanzas la absolución se hace imperativa".

El recurrente comprende muy bien que, motivo básico de la sentencia del Tribunal fue el de encontrar la prueba de un rapto, por cuanto confirma, sin salvedad alguna, la sentencia del Juez de primera instancia. Aquél también admite (el recurrente) que la paternidad natural de Carlos Ignacio Muñoz, respecto de la niña Hilda Cristina, se reconoció por motivo del rapto de la madre. Sin embargo, guardó silencio acerca de la declaración de la paternidad respecto del niño Reinaldo Cabrera. Se advierte finalmente que en el segundo capítulo de acusación, articulado con vista de la causal que consiste en presumir la paternidad, deduciéndola de relaciones sexuales estables y notorias, el recurrente lo esgrimió a carga cerrada, de manera conjunta para los dos hijos, sin especificar si, en su concepto, la sentencia pudo violar la ley con el reconocimiento de la paternidad de Hilda Cristina y de Reinaldo, de ambos o de cualquiera de los dos.

Síguese de lo anterior que, si el recurrente sólo ataca con pretexto de violación de la ley en la declaración judicial de paternidad natural, para el caso de rapto, sin hacer reclamo alguno de la misma especie en lo interesante a la filiación del menor Reinaldo Cabrera; y también, si la acusación por concepto de las relaciones sexuales, es-

tables y notorias, la planteó de manera indeterminada y conjunta para los dos hijos, la Corte deberá limitarse, aplicando el principio arriba recordado de la economía funcional del recurso, a estudiar si es, o no, procedente el reparo que se relaciona con el rapto, y si descubre que no es de recibo, el fundamento de la sentencia cimentado en él se hace inconmovible y ella deberá mantenerse.

Aclarado esto, procede averiguar ahora el alcance con que debe interpretarse el título de rapto en el reconocimiento judicial de la paternidad natural. Puede adelantarse que este hecho es de los menos sospechosos en tan delicados problemas. Y aún vale reflexionar como deseable progreso de nuestras instituciones, o sea, como cuestión de **iure condendo,** lo útil que sería acudir a la prueba obligatoria del examen de sangre. Sobre lo cual dice Gorphe:

"Una aplicación singularmente importante de esta técnica comienza a realizarse con el propósito de aportar una solución más científica al problema, tan delicado, de la investigación de la paternidad, abandonado hasta el presente a las presunciones legales o a las ficciones jurídicas o, en algunos casos, a superficiales presunciones de hecho. Pero aquí el problema se plantea en términos más difíciles y, en el estado actual, no cabe resolverlo directamente: no se trata de determinar el padre de un hijo entre varios individuos determinados, sino de decir si es de tal individuo, entre un número indeterminado posible, sin otro término de comparación. Ahora bien, la investigación del grupo sanguíneo no puede conducir a una conclusión cierta sino en forma negativa: si las dos sangres son diferentes, la paternidad no es posible; pero si son de sangres semejantes, la paternidad resulta posible, aunque no cierta. Por la combinación de las propiedades aglutinantes de la sangre del hijo y de la sangre de la madre se deducen las que puede tener la del padre (viene un cuadro con los coeficientes de cálculo y luégo sigue):

..."Ese resultado aunque reducido no es despreciable, y sería de lamentar que la justicia, incluso civil; no sacara partido de él para ayudar al descubrimiento de la verdad, que constituye siempre el fin esencial del proceso, como lo proclamaba, en 1936, el profesor Savatier, al criticar un fallo que había rechazado el informe pericial de la sangre en una acción de investigación de la paternidad natural. Como él, apenas si pensamos que el derecho aplicado por los tribunales pueda permanecer impermeable a la influencia del progreso científico. Hace ya algunos años que este procedimiento está siendo utilizado para la prueba de la filiación en varios países: en los Estados Unidos, en Alemania, en Austria, en Polonia, en Dinamarca, en Suecia y Noruega. En Francia, algunos tribunales la han admitido recientemente. Se ha discutido si este medio de prueba técnica es compatible con las reglas estrechas que, en nuestra legislación, rigen la materia, tanto para la admisibilidad de la acción como para las condiciones de la prueba. Pero, desde el momento en que nos encontramos ante un caso en el cual la investigación de la paternidad está admitida y donde la prueba puede efectuarse libremente, no se advierte por qué no podrá recurrirse siempre a presunciones de esta clase, más serias que las obtenidas de indicios exteriores como el simple parecido del hijo y la pigmentación de su piel, que han sido aceptadas como pruebas. (Casación civil francesa, sentencia del 11 de julio de 1923, D. P., 1923, 1, 130). También se ha discutido acerca del valor de los resultados conseguidos, sobre todo al principio. Pero, con los progresos realizados, se llega ahora, de acuerdo con los especialistas, a una certeza suficiente". — (F. Gorphe, De la Apreciación de las Pruebas, ed. española. Bosch, Buenos Aires, 1950, págs. 321 y ss.).

Esta lectura viene a cuento, como ya se dijo, porque dada la facultad soberana que se concede a los Tribunales de instancia en la apreciación de las pruebas, particularmente, como en el caso de autos, el aporte de investigaciones científicas como las aconsejadas por Gorphe, rodearían estos debates, cada vez más frecuentes en el foro colombiano, de mayores garantías de seguridad y seriedad. Y entonces el limitado y severo control de la Corte de Casación dispondría de elementos más sólidos para juzgar cuando se acusa por violación indirecta de la ley, debida a errores **in iudicando.** Por supuesto que lo dicho, como cuestión de doctrina general; pues ya se verá que hay procesos semejantes al actual, en que las presunciones llegan a tener antecedentes de hecho muy sólidos, desde el punto de vista legal, y casi indiscutibles por el aspecto moral.

Opina el recurrente que el rapto a que se refiere el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es el **delito** previsto por la ley penal sustantiva, en cuya averiguación sobreseyó definitivamente el Juez 1º Superior de Popayán, según la cita que se hizo en los resultandos arriba. Pero esta opinión está en contra no sólo de los ante-

cedentes legislativos de la Ley 45 de 1936, sino de la doctrina sentada bajo el antiguo régimen de la Ley 153 de 1887. Además concurren a reforzar los argumentos opuestos a la tesis propugnada por la demanda de casación, los que se deducen de algunas consultas a las obras de muy conocidos y autorizados expositores franceses, cuya experiencia quiso aprovechar el legislador colombiano.

I.—La doctrina civil bajo el antiguo régimen

Se entiende el de las disposiciones que regían antes de la promulgación de la Ley 45 de 1936 y que se encuentran en la Ley 153 de 1887. Comentando los artículos 68 y 69 escriben Champeau y Uribe: "**Indagación de paternidad.**—581.—Quiere esto decir que la indagación de paternidad no es permitida por medio de testigos, escritos del presunto padre, etc., y con mucha razón, pues con tales pruebas podría establecerse que el demandado tuvo relaciones con la madre, pero no que es el padre; para esto sería preciso probar además que ningún otro hombre tuvo relaciones con la madre durante la época legal de la concepción, prueba imposible, salvo casos extraordinarios. De aquí el artículo 70: 'No es admisible la indagación de paternidad por otros medios que los expresados en los artículos precedentes'. — 582. Esta regla sufre una excepción, la del artículo 73 cuyo inciso 1º dice: 'Si por cualesquiera medios fehacientes se probare rapto y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, será condenado éste a suministrar al hijo, no solamente los alimentos necesarios para su precisa subsistencia, sino en cuanto fuese posible, los que competan al rango social de la madre'. El texto modifica de dos modos la regla general: 1º la filiación consta de la prueba del rapto y la de la posibilidad de la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor, sin que sea necesaria la confesión del padre'. El inciso 2º se refiere a un caso especial de rapto: 'El hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza".

Hasta aquí Champeau y Uribe. Si se comparan los artículos 73, de la Ley 153 de 1887 y 330 del Código Civil Colombiano de 1873, se advertirá luégo que el segundo, o sea, el 330 de dicho Código, tiene una redacción muy semejante con el primero, con la diferencia gravísima que consiste en el reconocimiento de la paternidad natural impuesto por el viejo texto del Código Civil, cuando por cualesquiera medios fehacientes se probare rapto, y hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor", pues si así fuere "**se tendrá a éste como padre del hijo**". Ya es tiempo de consultar a los franceses, porqué precisamente ese artículo 330 del Código Civil Colombiano de 1873, parece inspirarse en el artículo 340 del Código de Napoleón, cuyo texto sirve de eslabón con el aparte que sigue.

III. — El rapto civil o "enlévement" del derecho francés

Decía el artículo 340 del Código Francés de 1804:

"La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlévement, lorsque l'époque de cet enlévement se rapportera á celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré pére de l'enfant".

Comentando este texto dice M. Planiol en su Traité Elémentaire de Droit Civil Francais:

"1525.—**Enlévement.** Contra el principio de la prohibición y como derogándolo, el código de 1804 establecía que era permitido investigar la paternidad en caso de rapto, si la época de la concepción coincidía con la del rapto (artículo 340). Dicha excepción, única por mucho tiempo, se aplicó tan raramente, que sólo pueden citarse tres sentencias relativas al punto. Se presentan aquí dos cuestiones que son: 1ª La primera, si el rapto (enlévement) supone violencia, o si la indagación de la paternidad se permite aún en el caso de que la mujer raptada hubiera seguido voluntariamente a su amante. El artículo 340 no distingue. Los legisladores se atuvieron, no tanto al consentimiento, más o menos libre, de la mujer en el rapto, cuanto al trato a que la hubiera sometido el raptor. Pensaron que si el rapto hubiera sido acompañado de subsecuente secuestro más o menos disimulado, la paternidad se hacía cierta. 2ª. Se pregunta entonces si debe distinguirse entre mujeres mayores y menores. La contestación negativa, es la más segura, porque la ley no ha distinguido. Cuando los redactores del código hablaron de **enlévement**, no estaban pensando en el **rapto** tal y como entonces lo definía la ley penal. Lo que justifica la indagación de paternidad en tal hipótesis, no es el carácter delictivo del hecho. La investigación no es una pena del crimen. Su razón de ser estriba en la certidumbre que, por obra de las circunstancias, se al-

canza acerca de la filiación del niño. Ni es tampoco necesario que el delito, en caso de **enlévement** de una menor, se compruebe previamente por la justicia represiva". (Tomo I, ob. cit. París, 1925, pág. 494).

Como no sería exacto darle al término francés "enlévement" la equivalencia castellana de rapto, cobra interés el problema de señalarle su significación exacta. Para ello contribuye eficazmente acudir a la consulta de la obra monumental del gran profesor de la Universidad de Pisa, el inmortal Carrara, quien enseña en su **Programa**, número 1684: "Con el título de rapto se designa hoy la **abducción** o retención violenta o fraudulenta de una mujer, contra su voluntad, con fin libidinoso o de matrimonio". (Tomo 4, Parte Especial Vol. II, edic. esp. Depalma, Buenos Aires, 1945, pág. 491).

Ese vocablo **abducción** tiene clara etimología latina y quiere decir: **separar de**. El diccionario de la lengua lo registra con mera acepción dialéctica, pues dice que "Abducción, es Silogismo en que la mayor es evidente y la menor probable". Sin embargo, nada se opondría a extender su uso, inspirado en la definición de Carrara, la cual implica también legítimo abolengo latino, entendiendo por **abducción** el hecho de separar de su casa u hogar paterno o materno, a una mujer joven de vida honesta para poseerla carnalmente fuéra de matrimonio. Esta abducción, como especie de género próximo en la definición de rapto-delito, es, por tanto, lo mismo que los franceses designan con el vocablo **enlévement**, que bien puede considerarse como el mero rapto civil, previsto por el artículo 340 del código de 1804 o de Napoleón, cuyo texto pasó luégo al de la Ley de 16 de noviembre de 1912, de donde lo tomaron los legisladores colombianos de 1936, como antes habían tomado ese artículo 340 del código civil francés de 1804 para redactar sobre el mismo patrón el 330 del código civil de la Unión de 1873.

Antes de pasar a la lectura de los antecedentes legislativos de la Ley 45 de 1936, convendrá saber que en Francia actualmente se ha llegado a etapas muy avanzadas en esta materia, como lo revelan las discusiones de la Comisión Revisora del Código Civil Francés, cuando se contemplaba el proyecto de reforma al artículo 340, tal como ahora lo dejó la Ley de 16 de noviembre de 1912. En la sesión de la Comisión Plena, del 21 de mayo de 1948 se encuentra:

"**M. Houin**—Cuando una mujer, voluntariamente y a sabiendas de lo que hace, acepta los riesgos de las relaciones extramatrimoniales, sin que haya culpa, **abducción** (enlévement) o violación, y sin llegar tampoco al concubinato, ¿sería justo permitirle al niño la investigación de la pternidad? Nótese que ese niño iría a beneficiarse de un estatuto muy poco distinto del que tiene el hijo legítimo. — **M. Delépine:** El padre ha aceptado esta situación; debe, por tanto, soportar las consecuencias. — **M. Le Président** (Julliot de la Morandiére): No habría razón ninguna para que fuera solamente la madre quien cargara con tales consecuencias. — **M. Houin:** Entonces podría suprimirse el artículo 340 y escribir simplemente: la paternidad fuéra de matrimonio puede ser judicialmente reconocida cuando se prueba que al tiempo de la concepción, la madre ha tenido relaciones sexuales con el demandado. El caso previsto por el vigente artículo 340 no llegaría a ser sino un puro ejemplo concreto. — **M. Mallet:** Esto sería ir mucho más lejos que el código civil alemán, el cual se limita a señalar efectos alimentarios al reconocimiento de la paternidad en tal caso; mientras que nosotros (los franceses) le daríamos plena eficacia de filiación: nombre, patria potestad, sucesión. — **M. Le Président** (Julliot de la Morandiére): ¿Y por qué no? — **M. Mallet:** Sería un efecto lógico, pero ninguna legislación hasta ahora ha ido tan lejos". (Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. Année 1947-1948).

Esto último pone de presente cómo no obstante lo avanzado de las ideas en que se mueven los proyectos de reformas del código civil de Francia, avance que, por su mismo exceso, se halla frenado, hay un fondo de justicia, o, por lo menos de equidad, no desprovisto de buena lógica, a pesar de lo muy peligroso. Pero ya es hora de volver sobre la última lectura que ha quedado pendiente, a fin de allegar datos de juicio que contribuyan a ilustrar la doctrina de este fallo.

III.—El rapto civil de la Ley 45 de 1936

Se toma de lo que dice el libro del doctor Gustavo A. Valbuena, donde comenta el ordinal 1º del artículo 4º de dicha ley:

"1º 'En el caso de rapto o de violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción'. Ante todo, es preciso recordar que el proyecto usó la expresión **delito,** que fue sustituída en el Senado, de acuerdo con la Corte y con los demás que intervinimos en el debate, por la de

hecho, vocablo éste más genérico y porque se estimó que, para los efectos de la disposición, debía entenderse el rapto en lo que significa, no sólo desde el punto de vista penal, sino desde el meramente civil, como se define en el artículo 73, inciso 2º, Ley 153 de 1887, pero sin limitación a los menores. El hecho de seducir a una mujer, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es, por tanto, rapto, aunque no se emplee la fuerza". (Derechos de los Hijos Naturales, pág. 260).

Ello es muy cierto. Y con mayor razón debe tenerse por rapto el hecho de que una mujer, que todavía no ha cumplido la mayor edad, aunque dé su libre voluntad, aceptando a sabiendas los riesgos de unas relaciones sexuales fuéra de matrimonio, se salga de su hogar materno o paterno, en compañía de un hombre que le corresponde con pasión, igual, si no mayor. No sería lógico ni admisible que, si tratándose de otorgar su consentimiento para la venta de una finca raíz, aquella joven fuera incapaz, con arreglo a la ley civil para otorgar su consentimiento perfecto, por sí sola, en cambio sí tuviera voluntad jurídicamente eficaz para disponer de su honor y renunciara al derecho de investigar quién fuera el padre de sus hijos.

Por su parte Savatier, en su conocida obra La Recherche de la Paternité, revela cómo en Francia ocurrió algo muy semejante a lo que refiere el doctor Valbuena. Dice Savatier:

"17.—**Prueba de la abducción o de la violación.**

No habiendo prohibición legal en contrario y teniendo en cuenta que la concepción haya sido contemporánea con el hecho culpable, esta prueba puede suministrarse por cualquier medio. Puede resultar de una condena penal; pero ésta no es necesaria, y el texto del informe de la comisión del Senado, que la exigía, fue conscientemente suprimido. Se considera especialmente que el abuso carnal puede admitirse, aún en el caso de que su autor hubiera sido declarado inocente por el Jurado. Hay, pues, independencia entre la indagación de paternidad y las consecuencias de una acción pública, hasta tal punto que, si se quiere puede adelantarse, no obstante seguirse aparte un proceso penal con la misma persona, o sea, que no es aplicable aquí la regla de que lo civil está subordinado a lo criminal. Por iguales razones se quiso que la investigación de la paternidad pudiera fundarse válidamente en una infracción prescrita de la ley penal". (Ob. cit., pág. 29).

Articulando todos estos datos se ve, de manera muy clara, que, cuando en la demanda se ejercita una acción sobre reconocimiento judicial de la paternidad natural, alegando el caso de rapto previsto por el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el criterio de apreciación, en el fuero civil, para juzgar el hecho de acuerdo con las pruebas adecuadas, es independiente, o sea, que no está subordinado al criterio que rige ante las autoridades represivas del crimen. Claro es también que, probado el rapto como delito, mediante la sentencia penal, y siempre que ocurran los demás supuestos para reconocer la filiación, aquel hecho quedará establecido con igual eficacia en el fuero civil. Pero de ahí no puede deducirse que la falta de condena penal por rapto, haga imposible la prueba de éste, ante el juez civil para los efectos de la declaración de paternidad natural, como pretende el recurrente; pues aún la sentencia absolutoria del juez penal, sería compatible con la alegación y prueba del rapto como simple hecho inicial de unas relaciones sexuales que hicieron posible el nacimiento del hijo o hijos cuya paternidad se investiga ante el juez civil. Con mayor razón no impide dicha prueba, un mero auto de sobreseimiento, como el invocado en casación. De ahí que tampoco puedan prosperar los cargos formulados con vista de los textos que se citan del código de procedimiento penal, como si la decisión del caso en ese fuero, hubiera precluído el debate para la acción civil que aquí se ventiló.

En cuanto a la tesis insinuada por el señor apoderado de la parte opositora, al hablar de "rapto negativo", vale cambiar la expresión por otra menos impropia, como la de "rapto civil", que es mucho más amplia que la del delito de rapto, porque el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, al usar el término en su ordinal 1º, permite probar no solamente el delito calificado así en sentencia firme por un juez del crimen, sino también los casos de "abducción" de mujer honesta con quien se tienen relaciones sexuales fuéra de matrimonio, sin ninguna responsabilidad delictiva, pero que hacen presumir la paternidad natural respecto del fruto de tales relaciones y siempre que se realicen las demás condiciones previstas por la ley, como arriba se deja explicado.

Para terminar se hará una breve reexposición del hecho que motivó principalmente la presunción de paternidad natural del señor Carlos Ig-

nacio Muñoz Ayerbe, respecto de los niños Hilda Cristina y Reinaldo Cabrera.

Que María Dolores Cabrera Illera, sin haber cumplido los 21 años, hubiera dejado su casa materna, donde llevaba vida honesta, para tener relaciones sexuales, fuéra de matrimonio, con Carlos Ignacio Muñoz, el demandado, configura el rapto civil o abducción de la muchacha. Contra la presunción de su buena conducta anterior y fidelidad al afecto de su amante, éste, movido quizá por caballeroso pudor, se abstuvo discretamente de aducir prueba alguna.

Las actas del estado civil de María Dolores acreditan que ella nació el 28 de diciembre de 1918: luego los 21 años no los cumplía, para alcanzar la mayor edad, hasta el 29 de diciembre de 1939. Y el 1º de septiembre de dicho año, ocurrió su aventura amorosa confesada de manera espontánea, en condiciones libres de toda sospecha, llegando hasta detalles de relativa crudeza, pero no de desvergüenza. Por su parte, el amante afortunado confirma con las muestras de la mayor exactitud las manifestaciones de Lola; de tal suerte que no queda sombra de duda acerca de la primera noche de amor pasada en Pereira, a raíz de que Lola abandonara su casa.

Es notorio que la muchacha obró sin estar bajo el influjo de la violencia, del engaño o de la seducción malvada de su amante; como también es evidente que no la podían mover vulgares apetitos, sino que la impulsaba una fuerza pasional, superior a su educación moral, que le hizo sacrificar su honor en brazos del amante, fuéra de la bendición matrimonial; pero en condiciones y circunstancias de alejar la duda sobre que antes mercenariamente hubiera gozado del fruto codiciado de su juventud y belleza. Entregándose en forma tan generosa a Carlos Ignacio, naturalmente y como se desprende de los antecedentes conocidos, las llamas de su mutuo afecto llevaron a la pareja a un viaje de luna de miel de recién casados, y el fruto de esa unión no se hizo esperar como que la niña Hilda Cristina, a quien lógicamente se refiere la carta manuscrita en lápiz y firmada por Carlos, nació el 7 de junio de 1940, cuando ardía aquella pasión.

Y, prolongadas las relaciones sexuales iniciadas en tales circunstancias, vino al mundo el hermanito de Hilda Cristina, es decir Reinaldo Cabrera, quien nació el 22 de junio de 1941, o sea cuando los testigos Zambrano y Varona Casas, todavía no tenían motivo para sugerir la interrupción de aquellas relaciones entre Lola y Carlos Ignacio, pues aquéllos se refieren a los años de 1943 y 1944.

De aquí se concluye que los jueces de instancia no erraron cuando tuvieron por probada la causal de rapto, prevista por el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en vista de tales antecedentes conocidos. Además, las relaciones sexuales que constan en el proceso, cuyos caracteres de notoriedad y estabilidad son indiscutibles, por lo menos hasta 1943, tampoco constituyen causal de presunción independiente o desligada del episodio del rapto civil que ha sido analizado. Por lo mismo no es dudoso que el hecho previsto por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley citada, vino a influir para el reconocimiento de la paternidad natural a título meramente corroborativo de la causal del ordinal 1º. De aquí que, por este aspecto, tampoco se hubiera justificado detenerse en el estudio del segundo capítulo de cargos de la demanda de casación, más allá de lo que se deja comentado y basta para su rechazo total.

Sentencia

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, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio sobre filiación natural de los menores Hilda Cristina y Reinaldo Cabrera, con fecha del 17 de marzo de 1948, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

EL RECHAZO DE UNA PRUEBA POR SER INCONDUCENTE NO EQUIVALE A UNA DECLARACION DE NULIDAD. — CUANDO PUEDE LA CORTE EN CASACION VARIAR LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LAS PRUEBAS DEL JUICIO. — EN TRATANDOSE DE ADJUDICACION DE BALDIOS, LO QUE DEBE REGISTRARSE ES LA RESOLUCION MINISTERIAL

1.—Cuando el poseedor, además de ampararse en su posesión, presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no puede triunfar.

2. — Las decisiones judiciales deben fundarse en hechos conducentes a lo alegado por las partes, si la verdad de esos hechos aparece demostrada, expresa el artículo 593 del C. J. Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, dice el artículo 601 del C. J. Las pruebas deben ceñirse al asunto litigioso, y "son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", expresa el artículo 596. Inadmisibles, es decir que no se admitan. Esta es la frase que usa el C. de P. P., en su artículo 208: "No se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer los hechos que son materia del proceso". No es entonces que se declare una nulidad, como lo dice el recurrente; es que el Juez debe desechar las pruebas que nada tienen que ver con el punto del debate.

Consideró el Tribunal que las escrituras cuestionadas no podían probar el dominio de un inmueble determinado, y las desechó. ¿Puede la Sala decir cosa contraria a lo que expresó el Tribunal, sin haberse alegado siquiera un error evidente? No, porque ello sería convertir la casación en nueva instancia, alegando contra lo alegado por el Tribunal y refutando conceptos y convicciones de éste, lo cual no es función de la Corte.

3.—De acuerdo con disposiciones del Código Fiscal, las Gobernaciones preparaban los expedientes sobre solicitud de baldíos, los cuales eran enviados al Ministerio respectivo para su resolución. Y si ésta era de adjudicación, se registraba porque equivalía a una escritura pública (artículo 77 y concordantes).

Por la ley 71 de 1917, que versa sobre adjudicaciones de baldíos menores de diez hectáreas, se autorizó a los Gobernadores para dictar esas Resoluciones sobre adjudicación (artículo 6º), y de ellas debían enviar copias al Ministerio.

De esta suerte, eran los Gobernadores quienes adjudicaban baldíos de aquella extensión; pero vino la ley 47 de 1926 y varió de sistema, ordenando que las resoluciones dictadas por la Gobernación debían ser consideradas por el Ministerio; y en caso de adjudicación, "la Resolución ministerial tiene carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a escritura pública, y debe inscribirse en la oficina de registro correspondiente" (artículo 7º).

¿Qué es lo que equivale a escritura pública? La Resolución ministerial. ¿Qué es lo que debe registrarse? Esta Resolución.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Los dos contendores en este juicio reivindicatorio presentan sus inmuebles alinderados en las siguientes escrituras:

Inmueble del actor Moisés Restrepo:

a) Escritura 2273 de 1º de octubre de 1948, Notaría 3ª de Cali, por la cual compró a Ana Dolores Restrepo de Ramírez tres lotes de tierra delimitados allí bajo las letras A, B y C y la cual escritura fue registrada;

b) Escritura 1750 de agosto de 1947, por la cual la citada Restrepo de Ramírez compró a Ascensión Hurtado de Ramírez los lotes en mención;

c) Escritura 316 de abril de 1937 por la cual a Hurtado de Ramírez compró los lotes a Manuel Ramírez;

d) Escritura 308 de julio de 1934, de la Notaría de Montenegro, que se examinará adelante; y

e) Escrituras 201 y 202, ambas de 21 de agosto de 1932, de la Notaría de Montenegro, las cuales también se analizarán adelante.

Inmueble del opositor Jesús Antonio Macías:

f) Escritura 244, de junio de 1946, por la cual Pastora Emilia o Emilia Márquez vende al demandado Macías el inmueble Teruel, dentro del cual se dice que están los tres lotes que reclama el actor;

g) Escritura 48 de febrero de 1938, por la cual la citada Márquez compra el inmueble en mención a Luis Ernesto Cadavid ;

h) Resolución número 834 de 26 de noviembre de 1938, por la cual el Ministerio de Economía Nacional adjudicó como baldío un lote de tierra, al citado Cadavid, que éste vendió después a la Márquez mencionada;

i) Escritura 53 de 14 de enero de 1938, por la cual Cadavid compró unas mejoras a Marcelina Grisales, con las cuales se presentó a pedir adjudicación del baldío;

j) Escritura 368 de abril de 1937 por la cual la Grisales compró las mismas mejoras a Eleázar Cuartas; y

k) Un haz de declaraciones en que se dice que este Cuartas plantó a sus expensas las mejoras desde 1932.

Sostiene Moisés Restrepo que los tres lotes a que se refieren sus títulos citados están encerrados dentro de la adjudicación que como baldío se hizo a Cadavid y adquirió Juan Antonio Macías, y entabló entonces acción de dominio contra éste, según demanda presentada ante el Juzgado del Circuito de Armenia, en la cual pide que se declare que el actor es el dueño de los inmuebles a que se refiere la escritura 2273 enunciada en la letra a), presentada con la demanda, y que el demandado Macías está obligado a restituírlos.

Sólo dos hechos se enuncian en la demanda: que los lotes reclamados están comprendidos dentro de la finca que con el nombre de Teruel le compró el demandado Macías a Pastora Emilia Márquez de Ramírez, según escritura 244 de junio de 1946 (letra f); y que el actor no está poseyendo los lotes, sino que los posee sin derecho el citado Macías, "porque los tradentes anteriores no eran dueños legítimos de los inmuebles que se han venido mencionando, **ya que se hicieron adjudicar como baldíos** un inmueble de propiedad privada como se verá en el curso del juicio". (Subraya la Sala).

Negó el demandado los hechos, se opuso a lo pedido en la demanda y presentó varias excepciones, entre ellas la de prescripción, que fundamenta en los siguientes términos que interesa conocer:

"Fundo esta excepción en la disposición contenida en los artículos 756, 764, 2527, 2528, 2529 y concordantes del C. Civil; Ley 200 de 1936, y en los siguientes hechos: Por Resolución número 35, de fecha 24 de agosto de 1938, de la Gobernación de este Departamento, esto es, con una anterioridad de más de diez años a la fecha de presentación de la demanda, se le adjudicaron al señor Luis Ernesto Cadavid los lotes de terreno informados en la escritura número 244, de fecha 12 de júnio de 1946, de la Notaría de Montenegro, a que alude el demandante en su demanda. Por medio de este instrumento la señora Pastora E. Márquez vendió a mi representado lo mismo que adquirió de Cadavid y lo mismo que éste obtuvo por adjudicación del Gobierno Nacional, esto es, los lotes referidos en la precitada escritura número 244. Cadavid había adquirido el derecho a esa adjudicación por razón de la escritura pública número 53, de fecha 14 de enero de 1938, de la Notaría Primera de esta ciudad, por la cual compra a la señora Marcelina Grisales las mejoras y el derecho de posesión material sobre esos terrenos. La señora Marcelina Grisales adquirió a su vez los derechos transmitidos a Cadavid por compra hecha al señor Eleázar Cuartas, por medio de la escritura número 368, de fecha 27 de abril de 1937, de la Notaría Primera de esta ciudad. Y a su vez el señor Eleázar Cuartas plantó a sus expensas las mejoras desde el año de 1932 sobre esos terrenos reputados baldíos nacionales, a su nombre propio, resultando de todo lo anterior la prescripción que se alega, derivada no sólo de títulos legales y justos en todo sentido, sino de una posesión de más de quince años, sumada a la de los tradentes de mi mandante, ejercida

sin clandestinidad, de buena fe, quieta y pacífica".

Se clausuró la primera instancia del juicio con sentencia de ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en la cual se declara que no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas, "por la circunstancia de no haberse practicado medio probatorio encaminado a la singularización o identificación de los inmuebles aludidos en la demanda".

En la segunda instancia a que dio ocasión la apelación del actor, se produjeron pruebas, el demandado alegó y el Tribunal Superior de Pereira decidió el negocio, según sentencia de veintiseis de septiembre de mil novecientos cincuenta, en la cual se confirma la de primera instancia, aunque por motivos distintos a los expuestos por el Juez.

Insistió el actor en su empeño, y logró que el negocio subiera a la Corte, donde se encuentra en estado de decidir el recurso extraordinario, a lo cual se entra.

Demanda de casación y sentencia recurrida

Es un tanto confuso el recurrente en su planteamiento ante la Corte sobre los motivos de infracción, a punto que el opositor pide que se rechace la demanda por no cumplir las reglas sobre el recurso extraordinario. Refiriéndose al primer cargo, dónde se acumulan todos los demás, dice el opositor lo siguiente: "De manera que el cargo que el recurrente no especificó en un principio, pues no habló sino de violación de la ley en general; que en seguida intenta especificarlo afirmando que se trata de **errores en la apreciación de las pruebas,** pero sin determinar la clase de errores, si de hecho, si de derecho; que luégo trata de determinar diciendo que son **de derecho,** para afirmar en el mismo párrafo que son **de hecho,** agregando la metamorfosis de éstos en **de derecho,** según una figura no prevista aún en esta disciplina forense, tal cargo —afirmo— dicho sea con toda consideración para con el distinguido apoderado del recurrente, es poco menos que el caos, en el cual nada puede asirse con precisión, en quebranto de las normas elementales que rigen la técnica de la casación, motivo por el cual pido muy atentamente de los señores Magistrados que sea rechazado sin entrar a fondo en él, entre otras cosas, porque es imposible saber cuál es".

En otra parte dice el opositor, refiriéndose a un planteamiento del recurrente: "Desde el punto de vista de la técnica del recurso, un error no puede ser **de hecho y de derecho,** y mucho menos puede **el primero engendrar al segundo.** El error en que puede incurrirse en la estimación de las pruebas, es **de una** o **de otra especie,** pero no puede participar de ambas especies; no pueden ser, dijérase, errores hermafroditas. Y mucho menos, que el de hecho engendre el de derecho, porque se trata de especies independientes, cada cual con vida y régimen propios. Motivo por el cual debe rechazarse de plano este cargo".

Mas no obstante esto, quiere la Sala entrar en el estudio del negocio, porque para llegar a una conclusión le basta hacer un examen sobre pruebas que el recurrente considera errónea e indebidamente consideradas, o no tenidas en cuenta; y si de ese examen resultare que tales pruebas fueron aplicadas correctamente, y que todas ellas fueron estudiadas por el fallador dentro de los ordenamientos legales, querrá decir que no hay fundamento para atribuir al Tribunal errores de ninguna clase ni violación de textos sustantivos.

Mas antes de todo, es conveniente anotar lo que el Tribunal expresa en relación con los cuatro fundamentos de la acción de dominio. Encontró establecidos: posesión material del demandado, cosa singular reivindicable, e identificación de esa cosa. Y con respecto a la otra condición o fundamento, que es el derecho de dominio del demandante, dice la sentencia, después de hacer examen de los títulos de una y otra parte:

"Confrontando estos títulos del demandado con los del demandante, se advierte que los del segundo comprenden un período mayor que los del primero y que, por tanto, no serían éstos suficientes para enervar la acción reivindicatoria instaurada por Moisés Restrepo. Pero como Jesús Antonio Macías no sólo fundó su defensa en los tres instrumentos últimamente citados, sino que la basó además en el hecho de la posesión material ejercida por él y por sus antecesores, entra la Sala a estudiar este nuevo aspecto de la cuestión planteada, porque es bien sabido que todo poseedor tiene en su favor una presunción legal de dominio que en muchos casos llega a ser un derecho preferente al que pudiera derivarse de los títulos escriturarios exhibidos por el demandante en juicio reivindicatorio. En efecto, es doctrina generalmente admitida que si el título presentado por el reivindicador es de fecha posterior a aquella en que principió la posesión del

demandado, no puede prosperar la acción de dominio".

Apoya el Tribunal esta conclusión en citas de varios autores, y en doctrinas de la Corte, entre las cuales se lee la siguiente, que la Sala encuentra ajustada a derecho y que encaja dentro del caso presente:

"Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no puede triunfar". (G. J. número 1937, pág. 626).

Dice en seguida el Tribunal que las doctrinas que ha citado se fundan en lo que expresa el artículo 762 del C. C. conforme al cual "el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo", y sostiene después que los títulos del actor no son suficientes para desvirtuar esa presunción, lo cual entra a establecerse, así:

Los títulos del demandante se remontan al 24 de abril de 1937, fecha en que fue registrada la escritura 316 citada en la letra c), y los títulos del demandado sólo llegan al 20 de febrero de 1939, fecha en que fue inscrita la Resolución de adjudicación a favor de Cadavid, anotada en la letra h). "Pero resulta —continúa el Tribunal— que el demandado se acoge también a la posesión material que sobre la finca tuvo el mismo Cadavid con anterioridad a dicha Resolución, y a la que tuvieron Marcelina Grisales y Eleázar Cuartas, antecesores y tradentes de las mejoras que ellos habían plantado sobre la finca en su condición de cultivadores de baldíos, lo cual se establece con las escrituras 53 de enero de 1938 (letra i) de atrás) y 368 de abril de 1937" (letra j). Y agrega el Tribunal lo siguiente, sobre posesión material durante varios años:

"Además, obran en el expediente las declaraciones de Rafael Candamil, Manuel Antonio Ramírez, Luciano Ramírez, Carmelo Puerta y Pablo Ramírez, quienes afirman de manera uniforme que los lotes de terreno adjudicados a Luis Ernesto Cadavid por el Ministerio de la Economía Nacional son los mismos que contienen las mejoras plantadas por Eleázar Cuartas, las cuales fueron vendidas por éste a Marcelina Grisales y por dicha señora a Luis Ernesto Cadavid.

"Ahora bien, los mismos testigos declaran de acuerdo que conocen desde hace más de veinte años los mencionados lotes de terreno, pues que residen o han residido en sus inmediaciones, y que por tal conocimiento pueden afirmar que el señor Eleázar Cuartas entró a trabajar en ellos en el año de 1932 y que a sus propias expensas y con su labor personal plantó en ellos mejoras de caña, café, etc., ejerciendo en dichos lotes una posesión material como si fueran propios; que después de Eleázar Cuartas continuaron mejorando y poseyendo aquellos terrenos los sucesivos adquirentes de ellos, o sean los señores Marcelina Grisales, Luis Ernesto Cadavid y Pastora Emilia Márquez, en su orden, ejecutando toda clase de actos de los que dan derecho el dominio o propiedad, tales como construcción de habitación, enramadas para el beneficio de la caña cuando ésta existió en los lotes, desmontes, deshierbas, recolección de frutos, construcción de cercos, etc."; que ni el señor Manuel Ramírez, ni la señora Ascensión Hurtado de Ramírez, ni la señora Dolores Restrepo, ni el señor Moisés Restrepo han sido vistos por los testigos en la posesión de aquellos lotes (fols. 62 vto. y ss. del cuaderno número 5).

"Bien puede verse que los anteriores testigos declaran de manera uniforme y dando la razón de sus dichos; que, además, concuerdan en las circunstancias de tiempo, de modo y de lugar, resultando así de sus exposiciones una prueba completa sobre el hecho de que la posesión del demandado en este juicio tiene sus orígenes en época muy anterior a la fecha del primer título escriturario presentado por el actor. Y como de acuerdo con el artículo 778 del C. Civil se puede añadir a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores, agregación que expresamente ha invocado el señor Jesús Antonio Macías, es forzoso concluir que la presunción consagrada por la ley en favor del poseedor material no ha sido desvirtuada en el presente caso por la parte demandante".

Como se ve, el Tribunal hace ascender la posesión material del demandado hasta el año 1932, posesión acompañada de títulos escriturarios durante ese período. ¿Y qué dice la sentencia en relación con los títulos del actor?

Acepta el Tribunal las escrituras 2273 de octubre de 1948; 1750 de agosto de 1947 y 316 de abril de 1937, registrada el 24 de este mismo mes (letras a, b, c, de atrás, respectivamente); pero como no le concede valor a las escrituras 201 y 202 de agosto de 1932, a que se refiere la letra e), expresa que la titulación del actor principia sólo el 24 de abril de 1937.

Acerca de las escrituras 201 y 202, se extraña el Tribunal de que sean invocadas como prueba del dominio que alega el actor, y dice al respecto:

"En el cuaderno de pruebas del demandado aparecen las copias de las escrituras número 201 y 202 de 21 de agosto de 1932, otorgadas en la Notaría de Montenegro. Mediante la primera, la señora María Balvina Marín v. de Candamil dijo vender a Manuel Salvador Ramírez 'su acción y derecho, como cónyuge sobreviviente, en la sucesión intestada e ilíquida de su finado esposo señor Rafael Candamil'. Mediante la segunda, los señores Manuel Salvador Ramírez, José Jesús Betancourt, Juan Valencia, Arnulfo Suárez, Zacarías Sepúlveda y Zoila Rosa Marín, Eduardo, José Ricardo, Abelardo, Juan de Jesús y María de los Angeles Candamil, hicieron partición provisional de un inmueble del cual dijeron ser dueños como herederos y subrogatarios del finado Rafael Candamil.

"No advierte el Tribunal la intención que tuvo el demandado al traer tales instrumentos a este expediente, pues el demandante **no ha tratado** en momento alguno de acogerse a tales títulos en apoyo de sus pretensiones reivindicatorias. Sin embargo, cualquiera que hubiera sido la intención del demandado, conviene advertir, respecto de ambas escrituras, que la sucesión del señor Rafael Candamil permanece ilíquida, según la siguiente certificación del Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia: "Revisados los libros de esta oficina desde el 21 de agosto de 1932 hasta hoy, no hay en ellos constancia del registro de la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sucesión de Rafael Candamil, ni constancia tampoco de registro alguno de hijuelas en la citada sucesión de Rafael Candamil". (Fol. 31 vto., cuaderno número 5). Y en cuanto a la escritura de partición, conviene también advertir que en su propio texto se lee lo siguiente: "Así fue aceptada la escritura, expresando el Notario que como al firmar no se presentaron todos los interesados relacionados y que entre ellos hay unos, los herederos de los finados David A. Candamil y María Jesús Naranjo, que no tienen representante legal para los efectos de la partición, advirtió el vicio con que queda la escritura, y manifestaron los otorgantes presentes: Que oportunamente harán que sea aceptada por los señores Zacarías Sepúlveda, María de los Angeles Candamil, Arnulfo Suárez y Eduardo Candamil, por escritura pública, y que los menores Luis Carlos, Luis Ernesto y María de Jesús Candamil, a su mayor edad, acepten también la partición, pero que en caso de que algunos no aceptaren, los firmantes responderán proporcionalmente por los gastos y mejoras que hubiere necesidad de hacer". (Fol. 21, cuaderno número 5). Sobre este particular el Registrador certificó también que, revisados los libros de su oficina desde el 21 de agosto de 1938, no encontró inscripción alguna sobre la ratificación o legalización del contrato a que se refiere la escritura número 202 (fol. 31, cuaderno número 5)".

Expuesto así lo sustancial de la sentencia recurrida, se procede a estudiar los cargos contra ésta, anotando que el recurrente no formula objeción a lo que el Tribunal sostiene como punto principal de derecho, a saber: reconoce la preeminencia de la posesión material sobre la inscrita; o mejor, para usar sus palabras: "es doctrina generalmente admitida que si el título presentado por el reivindicador es de fecha posterior a aquella en que principió la posesión del demandado, no puede prosperar la acción de dominio". Y aplicando este principio, que el recurrente no objeta, se desató el negocio en segunda instancia, no accediéndose a la reivindicación, más que todo porque hay prueba de la posesión material del demandado desde 1932, a virtud de un conjunto de declaraciones uniformes y contextes, que el recurrente no objeta, como no objeta tampoco la conexión legal de las diversas posesiones.

Lo demás de la demanda de casación son cuestiones relacionadas con las pruebas.

Cargos

En siete capítulos, que corresponden a otros tantos cargos, desarrolla el recurrente sus quejas contra la sentencia del Tribunal; pero a la Sala le basta con examinar el Cargo Primero, en el cual se recogen y analizan todas las pruebas de las dos partes, ya que en los otros cargos hace estudio el recurrente de cada una de esas pruebas que en conjunto había considerado en aquel primer cargo. O por mejor decir: el recurrente

toma en este cargo todo el conjunto probatorio de las partes para formular acusación contra la sentencia; y después discrimina ese conjunto de pruebas para presentar nuevas acusaciones en los otros cargos, repitiendo en ellos lo que ya había expuesto inicialmente. Efectivamente, al paso que en el primer cargo se trata, como ya se dijo, de todos los títulos y demás pruebas del expediente, los otros cargos desarrollan estos temas centrales:

Segundo cargo: Resolución sobre adjudicación de baldíos (letra h).

Tercer cargo: Mejoras de Eleázar Cuartas y Marcelina Grisales (letras i, j).

Cuarto cargo: Escrituras 201, 202 y 308 (letras d, e).

Quinto cargo: Mejoras de Eleázar Cuartas, de que se trata en el cargo tercero, y escritura 368 de abril de 1937 (letra f).

Sexto cargo: Resolución sobre adjudicación de baldíos, ya considerada en el segundo cargo.

Séptimo cargo: Escrituras 48 y 244 (letras f, g), nueva ojeada a la mayor parte de los títulos, y disparidad de unos nombres.

De esta suerte, en la consideración del cargo primero se hará mención de los otros cargos, englobándolos en un solo capítulo.

Principia el recurrente por hacer examen de los títulos del actor, colocando entre ellos las escrituras 201 y 202, y también la 308, para sostener que la posesión material de éste, y también la inscrita, principian en el año 1932. Quiere esto decir que el recurrente no hace más que argumentar contra lo sostenido por el Tribunal, según lo copiado atrás, en orden a rechazar estas escrituras como elemento de dominio en el presente caso, sin que muestre y pruebe un error de parte del Tribunal sobre el rechazo de tales escrituras. El Tribunal reconoce valor a los otros títulos del actor, y por eso afirma que la posesión de éste se remonta al 24 de abril de 1937, fecha del registro de la escritura número 316; pero no puede aceptar como prueba de dominio a favor del demandante, aquellas otras escrituras 201 y 202, por esto:

Porque la escritura 201 versa sobre la venta que hace María Balvina Marín v. de Candamil, a Manuel Salvador Ramírez, de un derecho hereditario en la sucesión ilíquida de Rafael Candamil;

Porque por la 202 declaran varios individuos, entre ellos el citado Ramírez, que han hecho **partición provisional** del inmueble de que son dueños como herederos y subrogatarios del ya muerto Rafael Candamil;

Porque un certificado que como prueba ha venido a los autos dice que la sucesión de Candamil permanene ilíquida, pues no existe constancia de la partición, ni registro de hijuelas de ella;

Porque en aquella escritura de partición se advierte que no se presentaron todos los interesados y que algunos son menores, por lo cual el Notario advirtió el vicio con que quedaba ese instrumento, y manifestaron los presentes que oportunamente harían aceptar de los ausentes la mencionada escritura, y que los menores la aceptarían cuando fueran mayores de edad; y

Porque el Registrador dice que no se hallan en los libros constancias sobre la ratificación o aceptación que debía hacerse de la expresada escritura de partición.

En el cuarto cargo se dice que el Tribunal incurrió en "error de derecho consistente en haber estimado mal las escrituras 201, 202 y 308"; el Tribunal no hizo mención de la escritura 308, luego la acusación está mal presentada porque el error no sería de derecho. Fuéra de que esta escritura 308 se refiere a la venta de unos derechos en la sucesión de Rafael Candamil, y de un lote que no coincide con sus linderos como ninguno de los mencionados en la escritura 2273 presentada por el actor con la demanda, como base del derecho que alega. Además, es verdad que el Tribunal no tuvo en cuenta la escritura 308, y si por ello hubiera que casar la sentencia, como lo quiere el recurrente, a ningún fin práctico se llegaría porque esa escritura, por el examen que se ha hecho, nada prueba sobre el caso, y no rompe, por tanto, la cadena de dominio del opositor. Esa escritura ningún papel juega en el juicio; no basta dejar de estimar una prueba sino que es necesario que estimándola, pueda influir en la sentencia. La escritura 308 no influye.

¿Y qué acusación se formula contra la apreciación del Tribunal en relación con las escrituras 201 y 202? Ninguna. Dice el recurrente que para desestimar esos títulos se declaró virtualmente una nulidad no demandada, al decir que no pueden ser estimados como pruebas de dominio o posesión, "lo que configura un grave error de derecho que condujo al sentenciador a infringir los artículos citados".

Mas si las escrituras mencionadas no servían como prueba ni de dominio ni de posesión material a favor del demandado, entre otras cosas porque ellas no versan sobre el inmueble indivi-

dualizado a que el proceso se refiere, ¿qué debía hacer el Tribunal? Lo que hizo: no atribuir valor a esos títulos, de acuerdo con triviales nociones sobre derecho probatorio. Las decisiones judiciales deben fundarse en hechos conducentes a lo alegado por las partes, si la verdad de esos hechos aparece demostrada, expresa el artículo 593 del C. J. Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, dice el artículo 601 del C. J. Las pruebas deben ceñirse al asunto litigioso, y "son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", expresa el artículo 596. Inadmisibles, es decir que no se admitan. Esta es la frase que usa el C. de P. P., en su artículo 208: "No se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer los hechos que son materia del proceso". No es entonces que se declare una nulidad, como lo dice el recurrente; es que el Juez debe desechar las pruebas que nada tienen que ver con el punto en debate.

Consideró el Tribunal que las escrituras cuestionadas no podían probar el dominio de un inmueble determinado, y las desechó. ¿Puede la Sala decir cosa contraria a lo que expresó el Tribunal, sin haberse alegado siquiera un error evidente? No, porque ello sería convertir la casación en nueva instancia, alegando contra lo alegado por el Tribunal y refutando conceptos y convicciones de éste, lo cual no es función de la Corte.

Después de una exposición a manera de polémica contra los puntos de vista del Tribunal, entra el recurrente a referirse a los elementos de posesión del demandado, principiando por la Resolución sobre adjudicación de baldíos, a que se refiere la letra f) y acerca de la cual dice: "Esa Resolución no contiene la adjudicación del Gobernador de Caldas, que propiamente fue la que hizo la adjudicación, y la copia deficiente allegada no fue estampillada, ni anulado el estampillaje, y estimarla como prueba en estas condiciones implicaría de paso la comisión de otras infracciones de la ley; además, la Resolución 834 no fue la invocada por la defensa sino la Resolución 35 de la Gobernación que en autos se ignora".

También en el cargo segundo, y en el cargo sexto, el recurrente se ocupa de esta Resolución, y dice allá que la Resolución expresa simplemente que se confirma la 35 de 24 de agosto de 1938, por la cual la Gobernación adjudicó a Luis Ernesto Cadavid, como cultivador, unos baldíos de nombre Teruel, del Municipio de Quimbaya; y que el Registrador se concretó a anotar la Resolución 834 confirmatoria de la 35 emanada de la Gobernación. Y agrega el recurrente: "El título de adjudicación de un terreno baldío es un acto administrativo individuo e indivisible que consta de la Resolución adjudicatoria que hace el respectivo Gobernador, y de la consiguiente confirmación del Ministerio competente, según la ley. De tal modo que no hay título de adjudicación de baldíos cuando se exhibe como prueba solamente una parcialidad y más aún cuando apenas esa parcialidad se inscribe en el registro civil. Lo que vale como decir que no se trajo a los autos prueba legal de la supuesta adjudicación. Una parte no constituye documento auténtico, que comporte el valor de prueba plena, como lo dicta el buen sentido".

Sobre este mismo tópico, dice el recurrente que conforme al artículo 6º de la ley 71 de 1917, en relación con los artículos 5º y 7º de la ley 47 de 1926, los Gobernadores hacen la adjudicación de baldíos "en primera instancia pero sometida su adjudicación a la confirmación o revocatoria del funcionario de segundo grado, que lo es el Ministerio".

Por último, en el sexto cargo expresa el recurrente que se incurrió en infracción del artículo 47 del C. Fiscal al interpretar erróneamente la Resolución 834 del Ministerio, porque según este artículo el Estado no garantiza la calidad de baldíos, y la adjudicación no perjudica a terceros y deja a salvo los derechos de los cultivadores. Y agrega: "El sentenciador incurrió en error de derecho al dar a la Resolución número 834 un alcance que no tiene legalmente, como se ha visto, al estimar como prevaleciente sobre los títulos del demandante una supuesta adjudicación de baldíos, hecha con la salvedad expresa contenida en el título de que no garantiza al adjudicatario que el terreno adjudicado sea baldío, y no lo era porque está demostrado que pertenece al patrimonio particular, lo que se presume cuando se encuentra girando dentro del comercio, como éste, desde 1932".

Todo esto, como se ve, es una simple alegación contra lo resuelto por el Tribunal al dar valor a la Resolución sobre baldíos, pero sin que el recurrente señale y demuestre el error en que haya incurrido el Tribunal.

¿Se dictó Resolución sobre adjudicación de un baldío a favor de Luis Ernesto Cadavid? No lo niega el recurrente, y ello aparece desde la demanda. Considera éste que la prueba sobre una resolución está incompleta, y nada más. Pero,

¿dónde dice la ley qué componentes deben configurar una Resolución sobre baldíos a fin de que sirva de título de dominio?

De acuerdo con disposiciones del Código Fiscal, las Gobernaciones preparaban los expedientes sobre solicitud de baldíos, los cuales eran enviados al Ministerio respectivo para su resolución. Y si ésta era de adjudicación, se registraba porque equivalía a una escritura pública (artículo 77 y concordantes).

Por la ley 71 de 1917, que versa sobre adjudicación de baldíos menores de diez hectáreas, se autorizó a los Gobernadores para dictar esas Resoluciones sobre adjudicación (artículo 6º), y de ellas debían enviar copias al Ministerio.

De esta suerte, eran los Gobernadores quienes adjudicaban baldíos de aquella extensión; pero vino la ley 47 de 1926 y varió de sistema, ordenando que las resoluciones dictadas por la Gobernación debían ser consideradas por el Ministerio; y en caso de adjudicación, "la Resolución ministerial tiene carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a escritura pública, y debe inscribirse en la oficina de registro correspondiente" (artículo 7º).

¿Qué es lo que equivale a escritura pública? La Resolución ministerial.

¿Qué es lo que debe registrarse? Esta Resolución.

Precisamente lo que se ha hecho aquí, pues figura en el expediente la Resolución ministerial y fue ella lo que se registró.

Cierto que de acuerdo con el artículo 6° de la ley 71 de 1917, citado por el recurrente, las Resoluciones sobre adjudicación las dictaba la Gobernación por sí sola; pero esto fue modificado por los artículos 5º y 7° de la ley 47 de 1926, que también cita el recurrente para sostener un punto de vista no ajustado a la ley, como se ha visto.

Pero sobre todo esto se pueden decir dos cosas:

Que desde la demanda misma el actor afirmó el hecho de la adjudicación del baldío a favor de Cadavid, sin que en relación con ese hecho hubiera formulado durante el juicio cuestión alguna relacionada con la manera de probar ese hecho.

Y que tanto la Resolución del Ministerio como el certificado del Registrador sobre ella, son explícitos y detallados en cuanto a linderos, situación del inmueble, nombres, extensión de éste, etc., de manera que el fundo quedó absolutamente especificado, con todos los pormenores que debió tener la Resolución número 35 de la Gobernación de Caldas.

Ahora: que esa Resolución de adjudicación se designe en el proceso por el número que le fijó la Gobernación a la suya, o por el número que se fijó a la dictada por el Ministerio, o simplemente por la fecha, ninguna importancia tiene para el caso.

Las objeciones que se le hacen a la adjudicación de baldíos, en tres de los cargos, carecen de importancia jurídica.

Por la escritura 48 de 1939 (letra g), Cadavid, adjudicatario del baldío, vendió a Emilia Márquez de R. y por escritura número 244 de 1946 (letra f), Pastora Emilia Márquez de Ramírez vendió el inmueble al demandado Macías. Y de la no identidad de los nombres de la Márquez hace capítulo de acusación el recurrente; y sin respaldo en ley ni en motivo alguno de casación, dice que la cadena titularia del demandado está rota por esa disparidad de nombres.

Sobre esta misma disparidad se extiende el recurrente en el séptimo cargo, que concreta así: "El Tribunal confundió a Emilia Márquez de R. con Pastora Emilia Márquez de Ramírez, no obstante estar identificadas como personas distintas en escrituras públicas corrientes en autos. Este error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, llevó al Tribunal a infringir las siguientes disposiciones del C. Civil que dan a mi mandante el derecho de obtener la reivindicación: artículos 946, 947, 950, 952 y pertinentes sobre reivindicación; los artículos 961, 962, 964, 969 ibidem".

Que no corresponden a una misma persona aquellos nombres, dice el recurrente. ¿Y hay prueba sobre ello en el expediente? No. Existe la contraria. En ambas escrituras figura la Márquez como mujer mayor de edad, vecina de Montenegro; la finca comprada por la Márquez y vendida por ella a Macías, se llama en ambos instrumentos Teruel, situada en Quimbaya, en la fracción de Morelia; en ambos instrumentos se dá razón de una finca de dos lotes, con idénticos linderos; en ambas escrituras aparece la finca sembrada de caña, café, pastos, plátano, con casa de habitación y con un tren para beneficio de panela. En la escritura 48 dice Cadavid que hubo la finca por adjudicación que se le hizo como baldío, y en la escritura 244 dicen los comparecientes que la Márquez hubo la finca por compra que hizo a Cadavid según escritura 48, citándose exactamente la fecha de esta escritura y los detalles

del registro. ¿Podrá haber duda de que la Márquez, compradora de Cadavid, es la misma Márquez que vendió a Macías? Un nombre recortado en un caso o ampliado en otro no tiene importancia si aparece sin lugar a duda que corresponde a una misma persona.

Hace el recurrente objeciones a la escritura 368 de abril de 1937 (letra j), y manifiesta que Eleázar Cuartas, vendedor de unas mejoras a Marcelina Grisales, era un simple "agregado" de Manuel S. Ramírez, según lo había manifestado dos días antes, diciendo que las tales mejoras las había plantado en nombre de éste; y acusa el recurrente al Tribunal por no haber tenido en cuenta el documento privado de Eleázar Cuartas "que elimina toda posesión suya anterior al 25 de abril de 1937 de los pretendidos antecesores del demandado".

El asunto es así: El Tribunal tuvo en cuenta la escritura 368 de 27 de abril de 1937, Notaría Primera de Armenia, por la cual Eleázar Cuartas vende unas mejoras a Marcelina Grisales, mejoras que después ésta vendió a Luis Ernesto Cadavid por escritura número 53 de 14 de enero de 1938, y la cual fue presentada como prueba en la adjudicación del baldío, según lo dice la Resolución del Ministerio.

Pero resulta que el actor hizo trasladar en copia al expediente un documento firmado por Eleázar Cuartas, en Finlandia a 25 de abril de 1937 (dos días antes de aquella escritura 378 extendida en Armenia), en el cual éste dice "que ha tenido como agregado de Manuel Ramírez M. una finca situada en el paraje de Morelia desde hace aproximadamente dos años", y por necesidad que tiene Ramírez de su finca ha convenido en venderle los derechos sobre mejoras hechas en dicha finca. No habla el documento de linderos, ni da ninguna otra especificación distinta a lo que se acaba de anotar. Y se pregunta: ¿la finca del documento es la misma a que se refiere la escritura 368 por la cual Cuartas vendió unas mejoras? Nada se sabe al respecto, y con vista de ese documento no se puede desestimar como prueba la escritura en mención, como lo quiere el recurrente, quien insiste sobre el mismo asunto en el tercer cargo, así: "El sentenciador incurrió en error de derecho al estimar las escrituras sobre mejoras otorgadas por Eleázar Cuartas a Marcelina Grisales y por ésta a Luis Ernesto Cadavid como demostrativas de posesión del terreno.... toda vez que erró en la apreciación del fenómeno de la posesión confundiéndolo con la tenencia precaria".

Insiste también el recurrente sobre la misma materia en el quinto cargo, al decir lo siguiente: "El sentenciador omitió estimar, ignoró el hecho de la esencia y existencia del documento privado suscrito por el señor Eleázar Cuartas el 25 de junio de 1937 ante testigos, debidamente estampillado y anulados los timbres, documento traído en copia auténtica del otro juicio padre de éste, mediante petición hecha con citación de la otra parte, y que ha obrado en el juicio sin ser redargüido, ni tachado por el demandado y que por lo mismo hace plena prueba al tenor del artículo 645 del C. de P. C., documento privado comprobatorio de que Eleázar Cuartas no inició la posesión de los lotes demandados como señor o dueño, sino que fue un mero tenedor precario, como agregado de Manuel Salvador Ramírez, a quien cedió por valor recibido las mejoras que había plantado en el fundo de propiedad de éste.

La omisión de apreciar este documento, la ignorancia del hecho de su existencia, pues en parte alguna el sentenciador hace referencia a él, configura un error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, cometido por el sentenciador, a través del cual incurrió en errores de derecho también manifiestos, tal como estimar prueba contra el actor la escritura número 368 de 27 de abril de 1937, por la cual Eleázar Cuartas vendió a Marcelina Grisales las mejoras en terrenos supuestos de la Nación, las que había vendido por medio de documento privado de 25 de los mismos a Manuel S. Ramírez, y en el que reconocía su condición de tenedor precario o agregado del Ramírez nombrado".

Ya se dijo que el Tribunal no podía restar mérito a las escrituras sobre compraventa de mejoras, que sirvieron de base a la adjudicación del baldío, por lo que expresa un documento en que las mejoras no se especifican, documento que no aparece reconocido por quien lo suscribe.

Todavía, en el séptimo cargo, el recurrente vuelve sobre ineficacia de las escrituras relacionadas con la compraventa de mejoras, anteriores aquéllas a la Resolución de adjudicación del baldío, con la afirmación de que esas mejoras no eran de Cuartas, sino de Manuel Ramírez H., pues que este Cuartas las plantó como dependiente o agregado de Ramírez. Y si es así, si con base en esas mejoras se pidió la adjudicación de baldíos a favor de Luis Ernesto Cadavid, ¿por qué Ramírez no se opuso a esa adjudicación?

Pero hay un aspecto más convincente sobre el particular: Se leen en el expediente muchas declaraciones, en todas las cuales, uniformemente, se expresa por conocimiento íntimo y dando los testigos razón de ese conocimiento, que Cuartas entró a trabajar en el inmueble baldío desde el año 1932, y que a sus propias expensas y con su trabajo personal, ejerciendo actos de dueño, plantó en él mejoras de café, plátano, caña, etc., mejoras de que continuaron cuidando y poseyendo Marcelina Grisales, Luis Ernesto Cadavid y Pastora Emilia Márquez. En este conjunto de declaraciones, más que en títulos escriturarios, se basó el Tribunal para afirmar una posesión material ininterrumpida por parte del demandado desde 1932, muy anterior a la posesión alegada por el reivindicador. Y ya se dijo que esa prueba testimonial no fue atacada por el recurrente.

Haciendo un resumen de todo esto, se tiene:

Las cuestiones de derecho sobre posesión, expuestas por el Tribunal, no han sido objetadas por el recurrente.

La prueba testimonial, muy precisa y convincente, en la cual, más que en la prueba documental, se basa el Tribunal para afirmar la posesión material del reo, anterior a los títulos presentados por el reivindicante, tampoco ha sido atacada por el recurrente.

Este ha sacado conclusiones de los conceptos que le merece la prueba documental, tanto de la una como de la otra parte, conceptos diversos a los del Tribunal —y también a los de la Sala— de manera que ésta y el recurrente han estado dentro de lo que un autor llama "diálogo probatorio inoficioso", que es ajeno a la técnica de casación, pero que se ha querido sostener para mostrar la consideración que se merecen los litigantes, a quienes no se les debe menospreciar sús esfuerzos de defensa y sus respetuosas alegaciones ante la Sala, aunque, como en el presente caso, esas alegaciones y aquellos empeños de defensa no tengan respaldo ni en la ley, ni en las constancias procesales.

En el presente caso el Tribunal aplicó bien el derecho y consideró correctamente las pruebas, de manera que el recurrente no tiene razón en sus cargos contra la sentencia recurrida, ni se han violado, por tanto, los textos legales citados en la demanda de casación, por lo cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA aquella sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha veintiseis de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

CORTE SUPREMA
BIBLIOTECA

CUANDO SE TRATA DE LOGRAR LA DECLARACION DE PATERNIDAD NATURAL POR HABER EXISTIDO RELACIONES SEXUALES ESTABLES ENTRE LA MADRE Y EL PRESUNTO PADRE, LA PRUEBA DEBE REFERIRSE A HECHOS OCURRIDOS EN EL TERMINO EN QUE NATURALMENTE PUDO TENER LUGAR LA CONCEPCION DEL HIJO

1.—El motivo de declaración de la paternidad natural establecida en el ordinal 4º del art. 4º de la Ley 45 de1936, conlleva en su eficacia probatoria, la natural relación de causa a efecto, respecto de la concepción y posterior nacimiento del hijo que se produce como consecuencia de ella; de ahí por qué la prueba, ya sea directa como en los casos muy excepcionales en que pueda recaer sobre el hecho mismo de la cohabitación, o indirecta para los ordinarios y corrientes en que tales relaciones sólo puedan demostrarse por los medios indiciarios del trato, los auxilios económicos, permanentes o habituales, el reconocimiento explícito de los pretensos padres, etc., no puede tampoco referirse, sino a hechos sucedidos o dentro de la época en que naturalmente ha podido ocurrir la concepción del hijo, o sea "después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". La demostración de hechos de análoga naturaleza pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrá servir desde luego, como un medio de fortalecer el grado de certeza respecto de esto o de alguna otra de las causales que la ley previene, y aún determinar la de notoria posesión del estado civil, cuando los hechos correspondientes tienen la continuidad y duración requeridas para producirlo; pero no es ni puede ser un medio propio para acreditar causales que como la de las relaciones sexuales estables y notorias de que aquí se trata, implican ocurrencias que forzosamente han debido proceder al nacimiento del hijo, por lo mismo que nunca la causa puede ser posterior al efecto.

2.—La confesión privada sólo es admisible en esta clase de controversias, "en el caso de seducción... siempre que exista, un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil la seducción".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fecha 15 de julio de 1948 promovió la señora Clara Vargas, como representante legal de sus hijos señores Gabriel y Susana Vargas, nacidos el 10 de septiembre de 1938 y el 15 de enero de 1943, respectivamente, demanda civil ordinaria contra "la sucesión ilíquida intestada del señor Fructuoso Tovar Iriarte, vecino que fue de Altamira..., representada hoy por sus hermanos legítimos Hilario Gumercindo, Balbino Bernabé, María del Carmen y José Gregorio Tovar", para que con su citación y audiencia se declare:

"Primera.—Que Gabriel y Susana Vargas, son hijos naturales del extinto señor Fructuoso Tovar Iriarte y de la señora Clara Vargas.

"Segunda.—Que en tal virtud, o sea por ser los nombrados menores hijos naturales de Fructuoso Tovar Iriarte, son herederos de éste, con exclusión de los demandados Hilario Gumercindo, Balbino Bernabé, María del Carmen Tovar Iriarte y José Gregorio Tovar Ciceri.

"Tercera.—Que los demandados que acaban de nombrarse, deben restituir, en el término que se fije en la sentencia, a Gabriel y Susana Vargas, una vez hecha la declaración de filiación natural a su favor, o a la sucesión intestada e ilíquida de Fructuoso Tovar Iriarte, representada por ellos, todos los bienes, derechos y acciones pertenecientes a ella, que aparecen inventariados en ese juicio, con sus frutos naturales y civiles desde el día del fallecimiento del causante, en que

entraron en la tenencia de los bienes, hasta el día en que hagan la restitución.

"Cuarta.—Que los demandados deben pagar las costas del juicio si se oponen a la demanda o la contradicen".

Como causales legales de esta declaración propuso, las resultantes de los siguientes hechos:

"1º El señor Fructuoso Tovar Iriarte y Clara Vargas hicieron vida común, llevando relaciones carnales, siendo ambos célibes, en Altamira, y de estas relaciones nacieron los niños Gabriel y Susana Vargas.

"2º El señor Fructuoso Tovar Iriarte no ocultó nunca la paternidad de esos dos niños y por el contrario, la declaró varias veces en presencia de sus amigos y de otras personas, cuyos testimonios presento con esta demanda, para que sean ratificados en el juicio, a su hora.

"3º Dicho señor Tovar Iriarte proveyó al sostenimiento de sus hijos suministrando a la madre de ellos, señora Clara Vargas, que es persona de reconocida pobreza, lo necesario para mantenerlos y vestirlos, desde que nacieron, hasta el fallecimiento del señor Tovar Iriarte.

"4º En la población de Altamira, domicilio del señor Tovar Iriarte, es hecho de pública notoriedad que Gabriel y Susana Vargas, son hijos naturales de dicho señor y Clara Vargas, de manera que el vecindario de su domicilio los reputa como tales, gozando ellos así de una pública posesión del estado de hijos naturales de Fructuoso Tovar Iriarte y Clara Vargas.

"5º Tal estado de cosas duró desde el nacimiento de Gabriel y Susana Vargas, haciéndose más notorio cada día hasta el fallecimiento del padre natural, señor Fructuoso Tovar Iriarte".

Tramitado regularmente el negocio en su primera instancia, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Civil del Circuito de Garzón, lo decidió en sentencia de diez y seis de marzo de 1950, de conformidad con las súplicas de la demanda. Sin embargo, apelada esta providencia, el Tribunal Superior de Neiva, en fallo de trece de diciembre siguiente la revocó, para absolver en cambio a los demandados de los cargos de la demanda.

Para llegar a esta conclusión, analiza en primer término el sentenciador la forma como en el juicio pretendió acreditarse el hecho de las relaciones sexuales permanentes y notorias, que establece como causal de declaración judicial de la paternidad natural el ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, y que encuentra propuesta a través del hecho 1º de la demanda, con el resultado de no hallar "que se hayan comprobado plenamente los requisitos de notoriedad y estabilidad en las relaciones sexuales entre Tovar y la Vargas", por lo cual "No puede el juzgador saber si tales niños vinieron a la vida ciento ochenta días contados (sic) a partir del tiempo en que empezaron dichas relaciones".

Procede luégo a examinar la prueba relacionada con la causal de notoria posesión del estado civil, que estima propuesta mediante los hechos 2º a 5º del libelo de demanda, y deduce no hallarse tampoco debidamente acreditada.

Contra esta providencia recurrió en casación el señor apoderado de la parte demandante, y con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., le opuso como cargo único, el de ser violatoria del numeral 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, por error de hecho en la apreciación de los testimonios de Régulo Vásquez, Eustacio Soto, Teodicelo Tovar, Hernando Beltrán, Olimpo Gasca, Enrique Sánchez, María Josefa Salazar, Francisco Trujillo y Sebastiana Cleves, y de las confesiones hechas por Hilario, Balbino, José y María del Carmen Tovar; y por falta de apreciación de las declaraciones de Susana Cuéllar y Rosa C. de Escandón, y de la confesión de la señora Clara Vargas.

"El Honorable Tribunal Superior de Neiva —dice le recurrente— para llegar a la conclusión de que no están acreditadas las relaciones sexuales entre Fructuoso Tovar y Clara Vargas, en forma notoria y estable, hubo de calificar los testimonios de Vásquez, Soto, Tovar, Beltrán, Gasca, Sánchez, de imprecisos y vagos (fl. 20, c. 4), pero a la vez reconoce que estos testimonios 'constituyen sin duda un indicio grave demostrativo de las relaciones sexuales habidas entre Fructuoso Tovar y Clara Vargas' (fl. 25, c. 4). Y las posiciones de los señores Tovares las encuentra de insignificante valor probatorio, y apenas sí se refiere a ellas únicamente por el aspecto de que el hecho de ofrecerle los demandados a los niños Gabriel y Susana Vargas, por conducto de su madre Clara Vargas, parte de la herencia de su padre natural, no constituye prueba de gran valor para deducir que éstos reconocen que son hijos de Fructuoso Tovar.

"No desconoce la Corte Suprema que hay dos elementos en la configuración de la paternidad natural, cuando llega a adquirir notoriedad y publicidad, que se enlazan y complementan mutuamente. Esos dos elementos son: 1º las relaciones sexuales de hombre y mujer, para dar nacimien-

to al hijo, y 2º la ayuda material que el hombre presta en adelante a esa mujer y a ese hijo. En muchos casos, el segundo elemento, que equivale al numeral 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, no llega a probarse en los términos de la ley, que exige diez años de cuidados, de trato público ante el vecindario, de educación, etc., porque no siempre el padre sobrevive al nacimiento del hijo, todo ese tiempo; pero en cambio, sí son esos medios externos de ayuda económica, una prueba de la mejor prestancia, que supone las relaciones sexuales mediante las cuales se concibió al hijo que se ayuda con carácter y magnanimidad de padre.

"El Tribunal de Neiva se equivocó en este punto en su sentencia, porque interpretó la demanda en el sentido de que trataba de probarse con ella los numerales 4º y 5º de la ley 45 de 1936 y no. La demanda prueba el numeral 4º para obtener el reconocimiento judicial de paternidad natural y en apoyo de este punto trae pruebas al proceso de la ayuda y del comportamiento de padre de Fructuoso Tovar para con los niños Gabriel y Susana Vargas.

"De ahí que las declaraciones de Vásquez, Soto, Tovar, Beltrán, Gasca, Sánchez y las posiciones de los señores Tovares, sea necesario examinarlas en primer grado y en su parte fundamental, como demostrativas de las habidas relaciones sexuales notorias y permanentes entre Fructuoso Tovar y Clara Vargas; sin que estos testigos dejen de deponer, por su gran relación de los hechos, sobre otros aspectos de gran valor probatorio para el establecimiento verídico e indiscutible de la paternidad de Fructuoso Tovar sobre los niños Gabriel y Susana. Porque en un juicio de filiación se comprueba la paternidad, no las relaciones sexuales, que son íntimas, por lo cual respecto de éstas, únicamente puede aludirse a su notoriedad, publicidad y hechos que den idea de su permanencia. Además, debe tenerse en cuenta, que la ley 45 de 1936 a diferencia del artículo 328 del Código Civil, no exige concubinato, sino simples relaciónes sexuales estables, así como tampoco exige comunidad de habitación (artículo 4º, numeral 4º de la ley 45 de 1936), porque se ha comprobado que los hombres de posición social, no hacen vida común con la manceba".

La Sala considera:

Como se ve claramente por los términos de la acusación propuesta contra el fallo del Tribunal, ella se concreta simplemente a la forma equivocada, como en sentir del recurrente, fue balanceada y estimada la prueba sobre la causal 4ª de declaración de la paternidad natural o sea: "En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

Este motivo de declaración de la paternidad natural conlleva en su eficacia probatoria, la natural relación de causa a efecto, respecto de la concepción y posterior nacimiento del hijo que se produce como consecuencia de ella; de ahí por qué la prueba, ya sea directa como en los casos muy excepcionales en que pueda recaer sobre el hecho mismo de la cohabitación, o indirecta para los ordinarios y corrientes en que tales relaciones sólo pueden demostrarse por los medios indiciarios del trato, los auxilios económicos, permanentes o habituales, el reconocimiento explícito de los pretensos padres, etc., no puede tampoco referirse, sino a hechos sucedidos dentro de la época en que naturalmente ha podido ocurrir la concepción del hijo, o sea "después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". La demostración de hechos de análoga naturaleza pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrá servir desde luego, como un medio de fortalecer el grado de certeza respecto de ésta o de alguna otra de las causales que la ley previene, y aún determinar la de notoria posesión del estado civil, cuando los hechos correspondientes tienen la continuidad y duración requeridas para producirlo; pero no es ni puede ser un medio propio para acreditar causales que como la de las relaciones sexuales estables y notorias de que aquí se trata, implican ocurrencias que forzosamente han debido preceder al nacimiento del hijo, por lo mismo que nunca la causa puede ser posterior al efecto.

Así las cosas, corresponde examinar la forma como a través de la prueba que se sostiene erróneamente apreciada por el Tribunal, aparecen establecidas las relaciones sexuales estables y notorias entre Fructuoso Tovar Iriarte y Clara Vargas, en las épocas en que legalmente, y atendidas las fechas del nacimiento de Gabriel y de Susana, debió tener lugar la concepción de éstos.

Régulo Vásquez.—Es verdad que en esta población de Altamira tuvo su domicilio el señor Fructuoso Tovar, ya fallecido y fue hecho de pública notoriedad durante su vida, que él llevó relaciones maritales con la peticionaria Clara Vargas, relaciones de las cuales nacieron los niños Gabriel y Susana Vargas, a quienes conozco personalmente. "Es cierto que a mí, por haber sido amigo personal del señor Fructuoso Tovar, me dijo éste que los niños Gabriel y Susana Vargas, eran hijos suyos, o sea de don Fructuoso". Relata luégo el testigo el modo como el pretenso padre auxiliaba a la madre de los niños, y el reconocimiento explícito que hacía ante sus amigos de ser hijos suyos.

Hernando Beltrán.—Dice que en Altamira, fue un hecho de pública notoriedad, el de las relaciones maritales habidas entre Fructuoso Tovar y Clara Vargas y a consecuencia de las cuales nacieron los niños Gabriel y Susana, cuya paternidad no sólo no desconocía el primero, sino que antes bien la confesaba a sus relacionados y amigos. Y agrega: "que ese estado de cosas se prolongó desde el nacimiento de dichos niños, hasta el día de la muerte del señor Tovar en esta población, donde falleció célibe".

A **Olimpo Gasca,** le consta que don Fructuoso "tenía relaciones maritales con Clara Vargas..., y que los sábados por la tarde cuando el señor Tovar venía del campo, a eso de las siete a ocho de la noche, Clara entraba a donde él y se encerraban, esto hasta poco antes de la muerte del señor Fructuoso Tovar", que en Altamira "era de pública notoriedad que el señor Fructuoso Tovar mantenía relaciones maritales con Clara Vargas, y que de tales relaciones nacieron los niños Gabriel y Susana Vargas, hijos naturales de Clara, cuyo hecho fue conocido y sabido por todo el público de esta población"; que el señor no ocultaba el hecho de su paternidad y antes bien lo reconocía expresamente y a través de los auxilios que le prestaba a la madre.

Eustasio Soto declara haber sido de pública notoriedad "que el señor Fructuoso Tovar tuvo relaciones maritales con la peticionaria, y que de esas relaciones nacieron los niños Gabriel y Susana Vargas, hijos naturales de Clara, hecho éste que fue conocido y sabido por todo el público de esta población". Le consta asimismo que Tovar no sólo no desconocía su paternidad, sino que a través de manifestaciones expresas, y por el trato que luégo continuó dispensándoles a la madre y a los hijos, lo reconoció y aceptó, hasta la fecha de su muerte.

En términos análogos deponen respecto de la causal de "relaciones sexuales estables y notorias" que se exámina, los otros declarantes cuyo dicho, sostiene el recurrente, fue erróneamente apreciado por el Tribunal, o sean, Teodiceldo Tovar, Enrique Sánchez, María Josefa Salazar, Francisco Trujillo y Sebastiana Cleves, así como los de Susana Cuéllar y Rosa de Escandón que dejaron de estimarse.

Del conjunto de estos testimonios resultan establecidos estos dos hechos: el de conocimiento o pública notoriedad de las relaciones sexuales habidas entre Tovar y la Vargas, y el del reconocimiento particular o privado que hacía el primero respecto de su paternidad. Sin embargo, ninguno de ellos, ni los dos conjuntamente considerados, son suficientes para concluir la causal de reconocimiento por "relaciones sexuales estables y notorias", establecida por la ley y de cuya comprobación se trata en esta litis.

Para que dicha causal se produzca no basta, como en el caso presente, la simple demostración de las relaciones sexuales entre los pretensos padres; se requiere además la precisa demostración de que tales relaciones tuvieron lugar dentro de la época en que legalmente fue posible la concepción de los hijos porque sólo así cabe concluir la relación de causa a efecto que implica este motivo de declaración de la paternidad. Y la verdad es, que ninguno de los mencionados declarantes refiere ese reconocimiento de relaciones sexuales, a hechos estables y notorios acaecidos con anterioridad al nacimiento de los hijos, sino que más bien parece deducirlo, del trato y auxilios que Tovar les dispensara a éstos y a la madre, y que, si susceptibles de fundar la existencia de otras causales, como la de posesión notoria, cuando aquel trato ha tenido la duración y continuidad que la misma ley previene, no pueden serlo para acreditar la de "relaciones sexuales estables y notorias", que, por la naturaleza de las cosas ha de apoyarse en hechos ocurridos con anterioridad al tiempo en que ese trato se verifica.

Ni conduce tampoco a comprobarlo el reconocimiento privado del padre, no sólo por tratarse, como en el caso anterior, de hechos posteriores insusceptibles de acreditar directamente los de-

terminantes de la causal que se investiga, sino porque, aún más, la confesión privada sólo es admisible en esta clase de controversias, "en el caso de seducción... siempre que exista, un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil la seducción"; y no son ciertamente éstos los supuestos que aquí se contemplan.

No modifican esta conclusión las declaraciones que al respecto hacen los demandados en el juicio, y por cuya equivocada estimación se impugna la sentencia.

Don Balbino y don José Gregorio Tovar se limitan a reconocer que en Altamira fueron de pública notoriedad las relaciones amorosas que existieron entre don Fructuoso y la Vargas, y que los niños Gabriel y Susana eran tenidos como el fruto de tales relaciones.

Don Hilario confiesa que él y sus hermanos comisionaron a Francisco Trujillo para que le ofreciera a la Vargas la suma de un mil pesos a efecto de evitar este juicio, oferta de que desistieron en vista de la demanda presentada.

Y doña María del Carmen Tovar reconoce a más de lo anterior, que obsequiaba a los menores Gabriel y Susana con dulces y otras cosas, como hijos de su hermano Fructuoso Tovar.

Es decir, que en definitiva los demandados confiesan, haber reputado por algún tiempo a los menores hijos de su hermano en conformidad con el concepto general que existía sobre el particular, pero sin alud r para nada a ocurrencia alguna anterior, susceptible de determinar la causal de las relaciones sexuales estables y notorias en el tiempo o época en que legalmente podía tener lugar la concepción de los hijos, que es exactamente de lo que se trata.

En consecuencia, no puede sostenerse el error de hecho evidente de que se querella el actor ni por lo tanto, la supuesta violación de la ley sustantiva sostenida en el recurso. El cargo debe, por lo mismo desecharse.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio.

Las costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

NADA IMPIDE QUE EL TESTADOR INQUIERA DE TERCERAS PERSONAS CONSEJOS ACERCA DE LA MEJOR MANERA DE AJUSTAR SUS DISPOSICIONES A LA LEY

1.—En previsión de las colisiones que puedan surgir entre la voluntad del testador y los posibles derechos de sus herederos, que éstos consideran vulnerados con las disposiciones testamentarias del causante, el legislador como garantía de la preeminencia que aquélla debe tener sobre éstos, ha instituído las presunciones específicas de la capacidad y estado sano mental del testador, la que, en los casos de testamentos abiertos, operan en concatenación con la general de veracidad o autenticidad de los actos o contratos autorizados por los Notarios, permitiendo, como es obvio, la contraprueba de los hechos que desvirtúan las situaciones de verosimilitud en que descansan aquellas presunciones.

2.—Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones sustantivas, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los distintos motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella un fundamento que no ha sido atacado en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y él es suficiente para sustentar el fallo recurrido.

3. — Si en realidad, la facultad de testar es indelegable, en cuanto que el testamento es un acto o manifestación personal de la voluntad del testador, esto no impide que en ocasiones, aquél pueda inquirir de terceros, especialmente de juristas, consejos en relación con la forma de ajustar sus disposiciones testamentarias a la ley, pues ésta autoriza para presentar por escrito el testamento abierto, al tiempo de otorgarse. (Artículo 1074 del C. C.). Entonces, no hay delegación de la facultad de testar, porque el testador hace sus disposiciones de última voluntad con autonomía, limitándose la labor del tercero a enmarcarlas dentro de la ley, y se despeja el peligro de que éste desvíe la auténtica voluntad de aquél, situación que es la que la ley busca al prohibir la delegación.

4.—Para que el juzgador de primera instancia, pueda declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato deben concurrir tres requisitos esenciales: a) Debe existir un juicio, que obligue al juez a dictar sentencia, en la cual puede hacer dicha declaración. En otros términos: es necesario una contradicción legítima; b) En el juicio debe hacerse valer el acto o contrato que esté viciado de nulidad absoluta. Esto porque, de otro modo, el Juez no podría comprobar si el negocio jurídico es nulo; y c) El vicio o defecto que origina la nulidad absoluta debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato.

El requisito de mayor importancia entre los enumerados es el último, en orden a que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato en que éste consta y que se hace valer en el juicio.

A este respecto la jurisprudencia universal y la nuestra aceptan que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, y que como el legislador no ha definido el vocablo "manifiesto", y como no corresponde a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, en el que, conforme al Diccionario de la Lengua, tiene el significado de "descubierto", "patente", "claro", "escrito" en que se justifica y manifiesta una cosa". Que a reforzar este concepto, viene la frase determinativa y restrictiva "en el acto o contrato", lo que no permite poner en duda que el legislador, al apartarse en esta situación excepcional del principio normativo general, según el cual en materia civil el Juez no puede adoptar un rol activo, sino que debe proceder a instancia de parte, ha querido evidentemente dar

a comprender que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad debe hallarse de presente, constar, aparecer, estar patente, saltar a la vista, en el instrumento mismo que dá constancia del acto o contrato anulable y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios.

La doctrina anterior, tiene mayor relieve en los casos en que la nulidad absoluta proviene de la omisión de una formalidad. En estos eventos, puede formularse la regla general de que es "propio de esa nulidad por defecto de formalidad aparecer de manifiesto en el acto que de ella carece", porque las formalidades tienen por objeto, en la mayoría de los casos, dar testimonio fehaciente de la celebración de un acto jurídico, constituir una prueba que sirva para acreditar la existencia del acto o contrato, como en el otorgamiento de testamento abierto, solemne o público, donde debe aparecer de manifiesto la nulidad absoluta por omisión de un requisito de forma exigido para su validez, sin necesidad de recurrir a otros antecedentes para establecerlo.

5.—Sabido es que una demanda, cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La señora **María Antonia Cifuentes,** hallándose enferma de gravedad, otorgó testamento el 15 de noviembre de 1941, ante el Notario Primero del Circuito de Armenia, según consta en la escritura 1094 de esa fecha. En este instrumento la testadora hizo constar no tener ascendientes ni descendientes, y poder disponer libremente de sus bienes, como lo hizo, en la totalidad a favor de su hermana Clara Rosa Cifuentes, y nombró albacea al marido de ésta, señor Justiniano Valencia R.

El señor **Jesús M. Cifuentes,** por medio de apoderado, en su carácter de hermano de la testadora María Antonia Cifuentes y para la sucesión de ésta, demandó la nulidad del testamento fundado en que no fue otorgado de viva voz por ella, porque: "estuvo incapacitada mentalmente el día 15 de noviembre de 1941, fecha en que se dice otorgó su memoria testamentaria, por causa de una enfermedad que la llevó al estado de coma completa, y otras peticiones consecuenciales. En subsidio, que se declare: "que las manifestaciones atribuídas a la señora María Antonia Cifuentes de que dá cuenta su memoria testamentaria otorgada por la escritura 1094 de 15 de noviembre de 1941, Notaría Primera de este Circuito no son ciertas y por lo mismo dicho testamento carece de valor y es inexistente"; y consecuencialmente las súplicas contenidas en los ordinales a) a h) del libelo.

Como demandados se señalaron a los señores **Clara Rosa Cifuentes, Justiniano Valencia** y **Luis E. Jiménez,** instituídos legatarios y albacea, respectivamente, los primeros, y como actual poseedor del inmueble legado el último de los nombrados.

El Juez del Circuito de Armenia, pronunció fallo de primer grado el 12 de marzo de 1949, en el cual se accede a la súplica principal de la demanda y a las consecuenciales de ésta. Apelada la sentencia por los demandados, el Tribunal Superior de Pereira, la revocó en la suya de 19 de abril de 1950, y en su lugar dispuso:

"SE ABSUELVE a los señores Justiniano Valencia, Luis E. Jiménez R. y Clara Cifuentes de los cargos que le fueron formulados por el actor señor Jesús M. Cifuentes Flórez en el escrito de demanda fechado en Armenia el treinta de abril de mil novecientos cuarenta y siete. Sin costas".

Como motivación de su fallo, el Tribunal trae un estudio sobre el testamento, sus requisitos internos, capacidad y voluntad del testador, y los externos o conjunto de solemnidades que requiere la ley para su validez, con respaldo en algunas doctrinas de la Corte sobre la materia. Pero, sólo se transcriben los apartes de la sentencia que han sido motivo de ataque en casación.

"Se ha alegado como causal de nulidad la que resulta de los hechos doce y trece, que ya se transcribieron atrás. O sea, que la causal de nulidad alegada por el demandante estriba en que

en la fecha del testamento contenido en la escritura 1094 de 15 de noviembre de 1941 y desde algunos días antes, la señora María Antonia Cifuentes no estaba en su sano juicio a causa de la grave enfermedad que padecía y que le ocasionó la muerte en tiempo relativamente corto, y, porque, por la misma causa se hallaba incapacitada de manifestar su voluntad de palabra o por escrito en la expresada fecha, 15 de noviembre de 1941.

"Ya se vio atrás que constituye la esencia del testamento solemne y abierto el hecho de que el testador haga sabedores de sus disposiciones al Notario y a los testigos. Si pues, la señora Cifuentes no pudo hacerse entender de viva voz ni por escrito en el otorgamiento de su memoria testamentaria por causa y motivo de la imposibilidad que existía para ello, la grave dolencia que le ocasionó la muerte, es claro, que por falta de su sano juicio, su testamento no tiene validez legal ninguna.

"De manera que de los referidos hechos doce y trece se desprende que al demandante le correspondía probar plenamente la imposibilidad física de la testadora para manifestar su voluntad por medio de la palabra escrita o hablada y acreditar también la causa de ese estado físico con el objeto de hacer jurídicamente posible y atendible su afirmación. El punto, pues, a establecer en forma inequívoca consiste, a juicio del Tribunal, a que (sic) la testadora a causa de su grave y mortal enfermedad que le postró hasta el punto de no poderse hacer entender por escrito o de palabra, no gozaba del pleno y perfecto uso de sus facultades mentales, para dictar su última voluntad en forma solemne y abierta.

"A demostrar este hecho se trajeron al (sic) término probatorio de la primera instancia las pruebas que a continuación se irán relacionando:

"Prueba plena del otorgamiento del testamento, con la escritura pública 1094 de 15 de noviembre de 1941, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Armenia; fallecimiento de María Antonia Cifuentes ocurrido en Armenia en la fecha citada, a la edad de 60 años".

Inmediatamente estudia la sentencia la declaración extrajuicio y no ratificada del médico cirujano doctor Pío Moreno Gómez, médico de cabecera de la enferma, fallecido también en Bogotá el 21 de noviembre de 1947, en relación con la intervención pericial de los doctores Tomás Uribe Bernal y Numa Pompilio Carvajal, quienes dictaminaron: que la enfermedad causa de la muerte de la señora María Antonia Cifuentes, "fue la llamada Diabetes", y que "hasta el momento en que el doctor Pío Moreno Gómez vio por última vez a la señora María Antonia Cifuentes, ésta conservaba completo estado de lucidez y estaba capacitada para testar"; que "murió de una acidosis" que el médico doctor Moreno pudo observar desde la primera visita —14 de noviembre de 1941—, acidosis que se presenta frecuentemente a los enfermos de diabetes, "sin que altere el funcionamiento de sus facultades mentales, pues en realidad el doctor Moreno no menciona que en sus visitas haya encontrado a la enferma en estado de coma o inconsciencia".

Cohonesta el sentenciador el dictamen médico pericial con la declaración del Notario señor Julio Rendón, quien autorizó el testamento, y con la del padre Fray José Arango, para agregar:

"Basados en la declaración del doctor Moreno y en la del Notario Rendón, los peritos médicos conceptuaron que la señora Cifuentes sí estaba en condiciones normales de otorgar testamento nuncupativo, alejando con esta afirmación toda idea de incapacidad en la misma señora para hacer pública y solemne declaración de su última voluntad, es decir, que los médicos dieron crédito a los dichos de los señores Moreno y Rendón y se fundamentaron para ello en su fama de hombres distinguidos de la sociedad de Armenia, y en la circunstancia de ser el uno médico titulado y el otro un funcionario llamado por la ley a dar fé de determinados actos solemnes.

"Tales fueron en síntesis las conclusiones tomadas por los doctores Uribe B. y Carvajal, y no se puede negar que a la luz del artículo 722 del C. J. sus conceptos hacen plena prueba, por tratarse de hechos sujetos a conocimientos especiales de la medicina, ciencia que permite a los versados en ella dictaminar con el examen personal sobre el enfermo o con datos que les sean suministrados por otros entendidos en la materia si una persona por razón de una enfermedad que padece o padecía se encontraba en posibilidad para exponer con libertad y conciencia sus cláusulas testamentarias.

"Si bien hay razón para alegar que el examen hecho en la paciente por el doctor Pío Moreno no era por sí solo suficiente para completar un exacto juicio respecto de la salud de la testadora a la hora de su testamento, es lo cierto que ese dictamen sí es verdadera prueba de que la señora en las horas de la mañana cuando el médico la exa-

minó por última vez, no había entrado en estado de coma o sea de muerte aparente 'en que no subsisten o persisten sino las funciones vegetativas, quedando de otro lado abolida la inteligencia y por consiguiente el estado de conciencia".

Discurre el Tribunal sobre la fé pública que, por ministerio de la ley, reposa en el Notario respecto a los actos y contratos que ante él deben otorgarse; que uno de esos actos es el testamento nuncupativo, y de ahí, el entero crédito que le merece el dicho del señor Rendón, no sólo por la calidad sobresaliente de su persona, sino porque en la escritura contentiva del testamento discutido se reunen todas las formalidades previstas en la ley, para la constitución de este acto, y a la cual la ley le asigna el valor de plena prueba. Valor probatorio de la escritura pública que en un momento dado no puede quedar supeditado a la declaración posterior que la contraríe y que haga la persona que la autorizó como Notario, según los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se cita.

"Esto, dice el Tribunal —porque los testigos instrumentales señores Luis María Godoy Mafin y Manuel Correa— la declaración de Nicolás Addad no fué ratificada hablan de que la Cifuentes se encontraba en total estado de postración, no pudiendo darse a entender, ni de palabra, ni por escrito, ni por señal ninguna de asentimiento, y agregan que por motivo de ese estado de inconsciencia y aletargamiento en que se encontraba la señora, ésta no rogó a ninguna persona que firmara el testamento por ella y que si alguien aparece firmándolo a ruego, no fué la Cifuentes la que rogó sino otra persona.

"Estas declaraciones de dos de los testigos instrumentales están en contradicción no solamente con el testimonio del Notario y de dos distinguidos sacerdotes en cuanto al estado de salud de la señora, sino también con la prueba pericial que existe en el juicio y que se practicó tanto en la primera como en la segunda instancia a petición de la parte demandante. Los peritos afirman de acuerdo, después de estudiar los elementos objetivos de que dispusieron, que la señora sí podía otorgar testamento porque cuando lo hizo no se encontraba en estado de coma o de pérdida absoluta de sus facultades mentales.

"De otro lado, si bien es cierto que hay testigos que dicen haber estado presentes cuando se otorgó el testamento y que difieren acerca del estado de salud de la señora Cifuentes, pues unos dicen que no habló ni se manifestó por señales, y otros aseveran que la señora sí entendía y se hacía comprender de palabra o por signos, es lo cierto que el artículo 702 del C. J. en casos como éste permite al Juez pesar o contar estos testimonios y apreciarlos según la calidad, fama e ilustración de los deponentes.

"De consiguiente, el Tribunal estima que merece más consideración el dicho del Notario señor Julio Rendón y el del padre franciscano Fray José Arango, quienes consideran que la señora sí podía testar por encontrarse en su sano juicio. Ellos explican por qué tomaron ese conocimiento, pues interrogaron a la señora, ya para informarse de si estaba en posibilidad de expresar su última voluntad, o ya para que contestara a las preces y ritos religiosos que con ella se cumplían".

Agrégase en la sentencia, que las declaraciones de los testigos que afirman la incapacidad de la testadora, no tienen otra virtud que la de generar la duda más o menos grande en el fallador, que excluye el estado de certeza, que es el único propicio para pronunciar un fallo de tanta trascendencia como es el de la anulación de un testamento.

En cuanto a los requisitos externos del testamento, el fallo recurrido, dice que la nulidad absoluta se puede presentar y producir por la omisión de alguna de las formalidades que las leyes prescriben para tal acto, pero ella debe ser alegada en la demanda, cosa que no ha sucedido en el presente litigio, pues en el libelo "apenas se dijo que la nulidad radicaba en la falta de las facultades volitivas y cognoscitivas en la persona de la testadora". Esto es, no se formuló "una acción encaminada a conseguir la declaratoria de nulidad absoluta del testamente por falta de solemnidades en su otorgamiento", y por consiguiente no se puede entrar en el estudio de algunas pruebas que incidentalmente hablan sobre el particular, porque la sentencia debe pronunciarse de acuerdo con las peticiones de la demanda, y no con lo que ocasionalmente resulte probado.

"Tampoco cabe pronunciarse —como lo hizo el señor Juez a quo— sobre la nulidad absoluta del testamento con fundamento en el artículo 15 de la ley 95 de 1890, porque para que esa nulidad pueda declararse de plano, es necesario que los hechos que la produzcan sean ostensibles en el mismo instrumento, es decir que no requieran una demostración fundada en pruebas extrañas o distintas de la propia escritura que contiene el testamento".

El recurso

Esta sentencia fué recurrida en casación por el demandante. El recurso está debidamente sustanciado y viene fundado en la primera causal del artículo 520 del C. J., y la acusación es por violación de la ley sustantiva, contenida en cuatro cargos.

"**Cargo Primero.**—La sentencia infringe directamente los artículos 1037 y sus concordantes y especialmente el 21 de la Ley 45 de 1936, 1060, 1061, —ords. 3º y 4º—: 1062 y sus concordantes del Código Civil, y también por aplicación indebida de los citados ordinales del artículo 1061, y a tal violación fué conducido el H. Tribunal, por mala aplicación de la prueba pericial y de las pruebas testimoniales, y por no haber considerado la sólida prueba de indicios y presunciones que obra en los autos".

El cargo puede resumirse en que el fallo acusado incurre en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas testimonial, pericial e indiciaria, que "condujeron al fallador de instancia a violar, en la sentencia recurrida, los textos legales citados al comienzo de este cargo, ya por violación directa dejando de aplicarlos cuando era el caso de hacerlo, o bien por aplicación indebida especialmente el artículo 1061, pues, habiendo dado por acreditada la capacidad actual de la testadora, contrariamente a la realidad procesal, contempló otra de las hipótesis o casos a que se refiere esa disposición, haciéndola producir en éste un efecto contrario al que corresponde."

Se considera:

Dos partes comprende la acusación: el ataque al examen que se hace en la sentencia de los requisitos internos del testamento, y el relativo a las exigencias de forma o externas del mismo acto. La primera está resumida en el cargo que se estudia, y se contrae a impugnar el fallo por las conclusiones a que en él se llega en el análisis de las pruebas que se relacionan con los requisitos del acto testamentario, en cuanto hace a la falta de capacidad de la testadora para manifestar su voluntad de palabra o por escrito en la fecha del otorgamiento, a causa de la grave enfermedad que padecía y que le ocasionó la muerte.

De las probanzas traídas a los autos, halla el Tribunal acreditado plenamente el estado de entero y cabal juicio de la testadora señora Cifuentes, en el momento de otorgar su testamento, que recoge la escritura 1094 de 15 de noviembre de 1941, autorizada por el Notario Primero del Circuito de Armenia, señor Julio Rendón, auncuando, si, encontrábase gravemente enferma, con las declaraciones de éste, del facultativo doctor Pío Moreno, médico de cabecera de la enferma, los dictámenes médico-periciales de primera y segunda instancia y el testimonio del padre Fray José Arango y otras de menos importancia. No así, el hecho opuesto, básico de la demanda, la incapacidad por el estado insano mental de la testadora, originado por la enfermedad que sufría, por deficiencia de las pruebas presentadas con tal fin. A esta conclusión llegó el sentenciador bajo la consideración y respaldo de la doctrina de esta Sala en la cual se expresa que, para destruír la presunción de capacidad del testador, "no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede tampoco basarse éste al respecto en pruebas deficientes, sino que por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable, no darle prevalencia a la voluntad de un testador, què no puede defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión, para que pueda anularse el efecto consignado en el testamento".

En previsión de las colisiones que puedan surgir entre la voluntad del testador y los posibles derechos de sus herederos, que éstos consideren vulnerados con las disposiciones testamentarias del causante, el legislador como garantía de la preeminencia que aquélla debe tener sobre éstos, ha instituído las presunciones específicas de la capacidad y estado sano mental del testador, las que, en los casos de testamentos abiertos, operan en concatenación con la general de veracidad o autenticidad de los actos o contratos autorizados por los Notarios, permitiendo, como es obvio, la contraprueba de los hechos que desvirtúan las situaciones de verosimilitud en que descansan aquellas presunciones.

El sentenciador, de su detallado estudio de las pruebas, dedujo la oportunidad de aplicar las presunciones de capacidad que acompañaba a la testadora Cifuentes y de sanidad mental, en coordinación con la de autenticidad que implica la declaración expresa hecha por el Notario, en el instrumento que dá constancia del acto atacado, de encontrarse en su entero y cabal juicio, reconociendo el imperio de esas presunciones por falta

de comprobación de las situaciones alegadas como contraprueba de las presuntivas de veracidad.

Este aspecto de la sentencia, y que puede afirmarse que constituye su resorte principal, no ha sido impugnado en casación, circunstancia suficiente de acuerdo con la técnica de este recurso extraordinario, para enervar toda posibilidad de eficacia del cargo estudiado, en sus distintos aspectos de violación directa e indirecta de la ley sustantiva, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas testimonial, pericial e indiciaria, que el recurrente presenta en su dilatada alegación de afirmaciones y razonamientos, tratando de revivir ante la Corte la cuestión debatida en el pleito, en forma que no se ajusta a las exigencias indispensables de la ley normativa de este recurso.

Es oportuno recordar, una vez más, para rechazar el cargo, la reiterada jurisprudencia de la Sala en la cual se expresa:

"Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones sustantivas, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los distintos motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella un fundamento que no ha sido atacado en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y él es suficiente para sustentar el fallo recurrido".

"Segundo Cargo.—La sentencia viola, por infracción directa, el artículo 1060 del Código Civil, que dice: "La facultad de testar es indelegable."

Con base en apartes de los testimonios de Nemesio Arango, quien firmó el testamento a ruego de la testadora, y de Julio Rendón, Notario que autorizó el respectivo instrumento, deduce el recurrente que: "En realidad el testamento fué otorgado por el Notario", y para ello razona así:

"El Notario y don Justiniano Valencia se delegaron ellos mismos la facultad de otorgar testamento de doña María Antonia Cifuentes, a favor de la esposa de este señor. A la enferma apenas había que informarla, para que ella aprobara, por señas o por signos, que el Notario entendía. Pues, todos los demás testigos que asistieron al acto — Luis María Godoy, y Manuel Correa— están de acuerdo en que: "la señora María Antonia Cifuentes no hizo saber al Notario de sus disposiciones testamenatrias, sino que quien se las dijo fue Justiniano Valencia; que el Notario fue quien, con arreglo a las instrucciones de éste redactó el testamento, que no fue María Antonia Cifuentes sino el mismo Notario el que rogó al testigo que firmara en el lugar de la testadora, y que dicho testigo acudió al lugar del acto, por haberlo llamado el señor Valencia.

Que el Tribunal no estimó aquellas pruebas y "ello lo indujo a violar la disposición citada, la cual es ley sustantiva, con manifiesto perjuicio de los derechos de mi mandante, pues si la misma de cujus no puede delegar la facultad de testar, menos pueden terceras personas arrogarse el derecho de testar por ella.

Se considera:

La infracción directa del artículo 1060 del Código Civil, no puede producirse en la forma como la plantea el recurrente, subordinada a la apreciación de los testimonios del Notario y del testigo a ruego. En este caso, la violación sería indirecta, por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. Pero, aún dándole entrada al cargo, por este último aspecto habría también que rechazarlo, por falta de señalamiento de la naturaleza del error. Si de hecho o de derecho.

Por otra parte, si en realidad, la facultad de testar es indelegable, en cuanto que, el testamento es un acto o manifestación personal de la voluntad del testador, esto no impide que en ocasiones, aquél pueda inquirir de terceros, especialmente de juristas, consejos en relación con la forma de ajustar sus disposiciones testamentarias a la ley, pues ésta autoriza para presentar por escrito el testamento abierto, al tiempo de otorgarse. (Artículo 1074 del C. C.). Entonces, no hay delegación de la facultad de testar, porque el testador hace sus disposiciones de última voluntad con autonomía, limitándose la labor del tercero a enmarcarlas dentro de la ley, y se despeja el peligro de que éste desvíe la auténtica voluntad de aquél, situación que es la que la ley busca al prohibir la delegación.

Los testimonios atacados, ni ninguna otra prueba del proceso, dan fundamento para pensar en la delegación, que se dice se arrogó el Notario en compañía del señor Valencia, ataque que por otra parte, y con cita del artículo 1060 del C. C., no figura entre los motivos básicos de invalidación propuestos en la demanda, ni ha sido cuestión debatida en la litis, lo que indica su improcedencia para ser considerada en el recurso.

"Cargo Tercero.—La sentencia, es violatoria, por infracción directa, de los artículos 20 de la ley 50

de 1936; 11 y 15 de la ley 95 de 1890, en relación a los artículos 1740, 1741, 1072 y 1074, especialmente el inciso 2º; 1075, 1081, inciso primero, y sus concordantes del Código Civil".

La violación anotada, se debió a la falta de apreciación de las declaraciones de los testigos instrumentales señores Godoy, Correa y Adad o Hadad, "sobre la realidad del acto, oculto bajo los términos de la escritura 1094, o bien por haber confundido, con manifiesto error de hecho, las nociones de ACTO e INSTRUMENTO".

Que lo manifiesto de la nulidad del acto, en este caso, está a la vista a través de los testimonios mencionados, como que son los de "los testigos que la ley designa para la validez del mismo y para dar fé de él" y el fallador estaba en la obligación de declarar de oficio esa nulidad, sin analizar más pruebas, y como no lo hizo, infringió directamente las disposiciones sustantivas citadas.

Se considera:

El cargo adolece de la misma falla técnica del anterior. Invoca a la vez, el motivo 1º de la causal primera del artículo 520 del C. J. y el segundo de la misma, cuando el uno excluye al otro. Así la violación directa de la ley sustantiva no se acusa como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, esta violación es la indirecta a que alude el inciso 2º de la disposición citada.

Pero, dejando a un lado la cuestión técnica, y abordando el estudio de fondo del cargo, hay también que rechazarlo:

1º—Porque, para que el juzgador de primera instancia, pueda declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato deben concurrir tres requisitos esenciales: a). Debe existir un juicio, que obligue al Juez a dictar sentencia, en la cual puede hacer dicha declaración. En otros términos: es necesaria una contradicción legítima. b). En el juicio debe hacerse valer el acto o contrato que esté viciado de nulidad absoluta. Esto porque, de otro modo, el Juez no podría comprobar si el negocio jurídico es nulo; y c). El vicio o defecto que origina la nulidad absoluta debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato.

2º—El requisito de mayor importancia entre los enumerados es el último, en orden a que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato. En el instrumento en que éste consta y que se hace valer en el juicio.

A este respecto la jurisprudencia universal y la nuestra aceptan que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, y que como el legislador no ha definido el vocablo "manifiesto", y como no corresponde a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, en el que, conforme al Diccionario de la Lengua, tiene el significado de "descubierto", "patente", "claro", "escrito", en que se justifica y manifiesta una cosa". Que a reforzar este concepto, viene la frase determinativa y restrictiva "en el acto o contrato", lo que no permite poner en duda que el legislador, al apartarse en esta situación excepcional del principio normativo general, según el cual en materia civil el Juez no puede adoptar un rol activo, sino que debe proceder a instancia de parte, ha querido evidentemente dar a comprender que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad debe hallarse de presente, constar, aparecer, estar patente, o saltar a la vista, en el instrumento mismo que dá constancia del acto o contrato anulable y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios.

3º—Porque, la doctrina anterior, tiene mayor relieve en los casos en que la nulidad absoluta proviene de la omisión de una formalidad. En estos eventos, puede formularse la regla general de que es "propio de esa nulidad por defecto de formalidad aparecer de manifiesto en el acto que de ella carece", porque las formalidades tienen por objeto, en la mayoría de los casos, dar testimonio fehaciente de la celebración de un acto jurídico, constituír una prueba que sirva para acreditar la existencia del acto o contrato, como en el otorgamiento de testamento abierto, solemne o público, donde debe aparecer de manifiesto la nulidad absoluta por omisión de un requisito de forma exigido para su validez, sin necesidad de recurrir a otros antecedentes para establecerlo.

4º—Este caso de nulidad absoluta del testamento abierto de María Antonia Cifuentes, otorgado ante Notario, aparece planteado y resuelto en la sentencia recurrida, en completa armonía con las normas y principios legales que se acaban de exponer. En efecto, el Tribunal rechazó la nulidad declarada de oficio por el Juez de primera instancia, porque ella no está patente y clara en el instrumento mismo que dá constancia del acto testamentario, pues había necesidad para establecer la posible existencia del vicio, de recurrir a otros antecedentes o elementos probatorios, como son las declaraciones de los testigos instrumentales,

que cita el recurrente, para poder considerar que "aparece de manifiesto en el acto testamentario dicha omisión de forma, pues, en el instrumento que lo contiene se expresa todo lo contrario.

"**Cuarto Cargo.**—La sentencia es violatoria de los mismos artículos citados en el cargo anterior, y ello por error evidente de hecho en la interpretación de la demanda."

Parte el recurrente de la base de que la petición subsidiaria —que transcribe— se dirige sin lugar a dudas contra la autencididad del acto en cuestión, y que, "el Tribunal no declaró la nulidad del testamento, a pesar de que consideró que existían pruebas acerca de la omisión de alguna o algunas formalidades porque no se invocó como causal de nulidad tal circunstancia, sino otra muy diversa que no se relaciona con los elementos objetivos del acto, sino con las condiciones síquicas de la persona del testador. "Esto, es, que el fallador de instancia no consideró la petición subsidiaria de la demanda, o la interpretó con manifiesto yerro ya que tal petición implica o conlleva la acción de nulidad por falta de los requisitos esenciales del testamento abierto, con arreglo a las disposiciones citadas, no es dudoso para quien sepa apreciar el verdadero sentido del concepto y ante el artículo 1072".

"Ya que no se hiciera de oficio, también con base en la petición subsidiaria debió haberse declarado en el fallo que es materia de este recurso la nulidad del acto cuestionado, por motivo de la omisión flagrante de sus requisitos objetivos esenciales".

"O bien: con una interpretación también exacta de dicha petición subsidiaria —y más benigna para la parte demandada— no es necesario considerar falsas, sino simplemente **inciertas,** las manifestaciones atribuídas a la de cujus en el pretendido acto o en la escritura del supuesto testamento, y ello basta para que se haya debido declarar la nulidad, de acuerdo con las disposiciones citadas en esta demanda".

Se considera:

Debe observarse en primer término que si el sentenciador no consideró la petición subsidiaria de la demanda, a pesar de no haber acogido la súplica principal, tal como lo asevera el recurrente, entonces, el camino escogido para formular el cargo es equivocado, en cuanto que se invocó la causal primera —inciso 2º del artículo 520 del C. J., debiéndose plantear por la segunda causal, ya que estima se dejó de fallar uno de los extremos de la demanda.

En segundo lugar, "sabido es que una demanda, cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo".

Ahora, bien, de los hechos y premisas de la petición del actor, se deduce que éste no invoca la nulidad del testamento por falta de requisitos externos o de forma, pues por este aspecto no fue atacada la memoria testamentaria, sino por el hecho de que la testadora no estaba en pleno usò de sus facultades físicas y mentales para hacer sabedor al Notario y a los testigos de sus disposiciones finales. Este punto y en el sentido que acaba de expresarse quedó resuelto durante el juicio, particularmente, en el fallo de primer grado, que aceptó el demandante, y que no fué motivo del recurso de apelación sino por parte de los demandados, quedando en firme en lo que a él se refiere. Y el de segundo grado, se limitó a acoger en esta materia, el apelado, y a revocarlo en cuanto declaró oficiosamente la nulidad absoluta del testamento de la señora Cifuentes, por considerar que aquélla no aparecía patente y clara en el instrumento mismo que da constancia de su otorgamiento, cuestión que quedó estudiada en el cargo anterior.

Por lo demás, es sabido que la sentencia que expresamente se niega a pronunciar de oficio una nulidad, aún en la hipótesis de que debieran producirse los hechos en que se funda, no apareciera de manifiesto en el acto o contrato, esta sentencia aplica correctamente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, en relación con los que instituyen las formalidades para el otorgamiento del testamento público, que cita el recurrente.

Si la súplica principal de la demanda tiene como fundamento de hecho, la no falta de capacidad de la testadora, originada en la falta de sanidad mental como consecuencia de la enfermedad que padecía en el momento de otorgar su memoria testamentaria, y si el mismo fundamento es el de la petición subsidiaria, para que se declare como inciertas o inexistentes las disposiciones del testamento, no se ve el error de hecho manifiesto en

que pudiera incurrir el Tribunal en la interpretación de la demanda, cuando éste se atuvo a su conjunto, constituído por los hechos, las peticiones y el derecho invocado. En tal virtud se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia,** Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, expedida el 19 de abril de 1950 en este juicio y que ha sido motivo del recurso de casación que se deja estudiado.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde R., Secretario.

LOS FALLOS PROFERIDOS EN JUICIOS SOBRE PRESCRIPCION ADQUISITIVA PRODUCEN UN EFECTO GENERAL

En las sentencias, como acontece en general con todos los actos jurídicos, debe siempre distinguirse, entre los efectos y consecuencias que están destinadas a producir, y el valor probatorio del instrumento con que debe acreditarse su existencia. Los primeros dicen relación exclusiva a las partes que en ellos intervinieron, y a sus causahabientes, y se traduce respecto de las sentencias, en lo que se denomina la autoridad de la cosa juzgada; el mérito probatorio en cambio, puede invocarse aun respecto de terceros, a fin de establecer dentro de la controversia que con ellos se promueve, la realidad o exactitud del hecho que se juzgó por la primera a que fueron extraños. Por esto, como lo observa el profesor Ricci: "Si no cabe oponer a los terceros la sentencia como cosa juzgada, no está prohibido al Juez apreciar el valor de la sentencia misma como documento, para obtener de él elementos de convicción, porque el valor de la sentencia como documento y la cosa juzgada, no son la misma cosa. Esto implica que se debe estar a lo decidido, sin examinar nuevamente la cuestión; mientras que el documento presupone el nuevo examen de la misma, y no es más que un medio de prueba y de convicción". (Tratado de las Pruebas, tomo 2º Nº 374.)

De esta suerte, y ante el simple contenido del artículo 2534 del C. C., según el cual, "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes o de derechos reales constituídos en ellos, pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción", no era posible entender que por el solo hecho del registro, el fallo sobre pertenencia tuviera los efectos de la cosa juzgada contra quienes no fueron parte en dicha controversia, en términos de serles factible invocar contra él otro título de igual o superior categoría, como exactamente acontece con los actos y contratos que se hacen constar en escritura pública, a los cuales se le asimila. Significaba apenas, dentro de la posibilidad procesal de personas ausentes del debate, que siendo uno de los fines primordiales de la inscripción, el de "dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble" (artículo 2637 del C. C.), los fallos no registrados, auncuando susceptibles de probar entre las partes, no podían serlo respecto de quienes por haber sido extraños al juicio dentro del cual se declaró la pertenencia, seguían ignorando la verdadera situación jurídica del objeto sobre el cual recayó.

No es ésta sin embargo la situación que hoy se contempla frente al llamado "procedimiento por edictos públicos", de que tratan los artículos 6º y s.s. de la ley 120 de 1928, para obtener la declaración de pertenencia por usucapión, "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se puede alegar la prescripción". Dentro de la naturaleza de dicho procedimiento, los edictos públicos a virtud de los cuales se cita al juicio a todo el que quiera intervenir en él, tienen la virtud jurídica de hacer parte a todo el mundo, para que el fallo que en él se pronuncie pueda asimismo producir ese efecto general erga omnes. Por donde se comprende claramente, que no es por obra de una excepción, que el legislador, por razones de orden público o de simple conveniencia general, hubiera podido establecer al principio sobre relatividad de la cosa juzgada, por lo que los fallos así pronunciados tienen ese efecto general, como sucede con los que se dictan en los juicios sobre legitimidad de los hijos (artículo 401 del C. C.), sino simplemente, porque dentro de tales procedimientos no hay ni puede jurídicamente haber personas extrañas al juicio.

Este el sentido exacto que en la exposi-

ción de motivos se le asignó a la que luego fué la ley 120 de 1928.

Es verdad que este alcance general en que se inspiraba el proyecto fue luego desechado del texto mismo de la ley, al disponer en su artículo 12: "La sentencia que se pronuncia en el juicio sobre prescripción adquisitiva del dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como parte en el juicio"; pero no lo es menos que, al derogarse posteriormente esta disposición, mediante el Parágrafo del artículo 7º de la ley 51 de 1943, el pensamiento original de la ley 120 de 1928, tenía que recobrar virtualmente su vigencia, ya que de otra suerte tal derogatoria carecería de toda significación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, mayo siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por medio de escritura pública número 567 de 28 de agosto de 1946 de la Notaría de Chaparral, don Cenón Peralta, transfirió a la Iglesia Parroquial de aquella ciudad, a título de donación entre vivos, dos lotes de terreno, parte de su hacienda de "Madroñal" en aquella jurisdicción, el primero de los cuales aparece alindado así: "Del mojón de cemento situado al terminar las tapias del cementerio parroquial levantadas al costado occidental del mismo inmueble y a lindes con el área de la población; se sigue línea recta hasta encontrar el mojón de cemento colocado en la margen derecha de la quebrada de la Tasajera; aguas abajo de la quebrada de la Tasajera hasta la boca del vallado que divide las tierras del Madroñal y el Castañal, y lindando con el mismo Castañal; de aquí línea recta hacia el norte, y lindando con tierras del donante; hasta encontrar otro mojón de cemento marcado con las letras I. P. colocado al terminar el cerco de alambre de púas que divide la manga del donante del predio anexado al cementerio Parroquial y a una distancia de 110 metros 30 centímetros; de la esquina de la construcción de bahareque y zinc que sirve actualmente de anfiteatro; de este mojón y en línea recta de oriente a occidente, colindando con el área del cementerio parroquial siguiendo las tapias del costado sur, del mismo cementerio, hasta encontrar el primer mojón de cemento citado en esta escritura y que fué punto de partida;..... reservándose el donante hasta el día de su muerte los derechos y acciones sobre el subsuelo de ambos lotes, y ocurrida su muerte subroga y traspasa a la Parroquia de Chaparral, los derechos y acciones que produce el contrato de exploración y explotación con la Texas Petroleum Company, correspondientes a los dos lotes, quedando así la Parroquia de Chaparral en el goce de todos los derechos y con la carga de todas las obligaciones que dicho contrato impone".

Del inmueble así deslindado, hace parte un pequeño lote que el señor Benjamín Criollo M. ha estado poseyendo con mayor extensión, y respecto del cual obtuvo en controversia adelantada con audiencia del Personero de Chaparral, que se le declarara dueño por usucapión, conforme a sentencias de 29 de mayo y 20 de noviembre de 1947 dictadas por el Juzgado Civil del Circuito de aquella ciudad y por el Tribunal Superior de Ibagué, respectivamente, y registradas el 13 de mayo de 1948 en la correspondiente oficina.

Así las cosas decidió la Iglesia Parroquial de Chaparral mediante libelo de fecha 16 de noviembre de 1948 demandar ante el Juzgado Civil del Circuito del mismo lugar a Benjamín Criollo M., para que previos los trámites del juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Pertenece a la Iglesia Parroquial de Chaparral, un lote de terreno, situado dentro de la finca de Madroñal, jurisdicción de este Municipio y alinderado de la manera siguiente: "Por el occidente, con el área de la población; por el sur, con terrenos de la Parroquia de Chaparral; por el norte, con las paredes del cementerio y terrenos de Madroñal; y por el oriente, con la finca del Madroñal.

"Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, el señor Benjamín Criollo, tres días después de ejecutoriada la sentencia que tal disponga, se halla obligado a restituir a la Iglesia Parroquial de Chaparral, el lote de terreno alinderado en la declaración anterior.

"Tercera.—Que el señor Benjamín Criollo, se halla obligado a pagar a la Iglesia Parroquial de Chaparral, la totalidad de los frutos naturales y civiles del lote alinderado en la primera declaración de esta demanda, no sólo los que haya producido, sino los que haya podido producir administrándolo con mediana inteligencia y actividad, desde que el señor Criollo está en posesión del lo-

te hasta cuando se verifique la entrega del mismo.

"Cuarta.—Que si el demandado se opone, se halla obligado a pagar las costas y costos del presente juicio".

Esta demanda, a la que se opuso por el demandado varias excepciones, fué resuelta de conformidad, por el Juzgado del conocimiento en sentencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, salvo en lo correspondiente al pago de frutos, que limitó a los percibidos o que hubiere podido percibir la parte actora desde la iniciación del juicio.

Apelada luego, fué virtualmente confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué en sentencia de once de agosto de 1950, con determinación exacta de los linderos que describe la demanda, y fijación de la suma de diez pesos mensuales por concepto de frutos, a partir del día nueve de febrero de 1949 en que fué contestado el libelo por el demandado. Como fundamentos de esta decisión y en lo que al recurso se refiere, dice el Tribunal:

"Las excepciones perentorias propuestas de ilegitimidad sustantiva de la parte actora, petición de modo indebido, carencia de acción y petición antes de tiempo, se fundan en que la escritura pública número 567, de 28 de agosto de 1946, otorgada en la Notaría del Circuito de Chaparral, debidamente registrada, por medio de la cual Cenón Peralta S. hizo donación a la Parroquia de Chaparral de dos lotes de terreno, uno de los cuales comprende el que es motivo de la presente demanda, contiene una cláusula —la tercera— en donde el donante se reserva hasta el día de su muerte los derechos y acciones sobre el subsuelo de dichos lotes y que ocurrida su muerte subgroga y traspasa a la Parroquia de Chaparral los derechos y acciones que produce el contrato de exploración y explotación con la Texas Petroleum Company correspondientes a los dos lotes, quedando así la Parroquia de Chaparral en el goce de todos los derechos y con la carga de todas las obligaciones que dicho contrato impone.

"Y en virtud de esta clásula sostiene el demandado que entre la Parroquia de Chaparral y el señor Cenón Peralta S. se constituyó una comunidad.

"La comunidad es una figura jurídica en virtud de la cual en una cosa singular o universal, ejercen simultáneamente varias personas el derecho de dominio o propiedad. Según la escritura pública que acaba de citarse, don Cenón Peralta S. sólo donó a la Parroquia de Chaparral el suelo de los lotes de terreno que allí se delimitan. Luego, sobre este suelo no conserva el donante derecho de dominio alguno. Y como es el suelo de uno de los lotes el bien sobre el cual versa la presente acción reivindicatoria es claro que sobre éste no existe comunidad alguna. Podría sostenerse más bien que sobre tales lotes existe una propiedad desmembrada, y bien sabido es que esta clase de propiedad no constituye comunidad. Si se aceptara la tesis del demandado de que mientras no conste el dominio del subsuelo no puede prosperar acción reivindicatoria alguna, se llegaría al absurdo de que los terrenos adjudicados con posterioridad a la vigencia del Código Fiscal de 1873, no pueden reivindicarse porque este código reservó el derecho del subsuelo para la Nación.

"No estando, pues, demostrado que entre la Parroquia de Chaparral y el señor Cenón Peralta S., existe comunidad en lo relativo al terreno que trata de reivindicarse, las citadas excepciones deben declararse improcedentes.

"La otra excepción perentoria propuesta es la de prescripción extraordinaria, dizque por haber ejercido el demandado posesión material quieta y no interrumpida por más de treinta años, sobre el lote que se le demanda. Y para demostrar esta prescripción acompañó copias auténticas de las sentencias de primera instancia, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Chaparral el 29 de mayo de 1947, y la de segundo grado, confirmatoria de la anterior, dictada por este Tribunal el 20 de noviembre del mismo año.

"De dichas copias se desprende: Que el señor Benjamín Criollo, mediante acción de pertenencia dirigida contra el Municipio de Chaparral, y siguiendo el trámite de la ley 120 de 1928, logró que se decretara a su favor y en contra de la persona demandada, una prescripción adquisitiva de dominio sobre dos lotes distintos, uno de los cuales es, precisamente, el que ahora es motivo de la presente controversia.

"Como se vé, en este juicio no figuró para nada la Parroquia de Chaparral.

"Prescribe el artículo 17 del C. Civil: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

"Y el artículo 474 del C. Judicial es de este tenor: "Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda ten-

ga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

"Se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta si de muebles.

"Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o individuales".

"Según esto la sentencia dada en un juicio no obliga sino a las personas que litigaron como partes. Y esto se funda en el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en el correspondiente juicio.

"La sentencia proferida en juicio sobre pertenencia no produce efectos erga omnes, efectos que sólo se producen excepcionalmente, como en los casos de los artículos 401 del C. Civil y 476 del C. Judicial.

"No habiendo sido la Parroquia de Chaparral parte en el juicio cuyas copias se han acompañado, es claro que estas sentencias en nada le perjudican.

"Con razón dice la sentencia apelada: "Si se quería demostrar, como lo alega el demandado, posesión material de más de treinta años, para fundamentar la excepción de prescripción han debido traerse las pruebas, pues no basta con afirmar que en un juicio determinado se probó tal cosa, para que el funcionario tenga que aceptarla como cierta. En cada controversia debe probarse lo que se pretende hacer valer, apelando a cualquiera de los medios señalados en las leyes de procedimiento."

"No está, de acuerdo con lo anterior, demostrada la excepción perentoria de prescripción extraordinaria.

"Versa esta demanda sobre una acción reivindicatoria, que el artículo 946 del C. Civil define así: "La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla".

"De acuerdo con esta disposición, quien establece una acción de tal clase, debe probar los siguientes hechos:

"1º Que es dueño de una cosa; 2º Que esa cosa es singular o cuota determinada de una cosa singular —artículo 949 ibídem; 3º Que el demandante es poseedor material de esa cosa; y 4° que la cosa que se reivindica es la misma poseída por el demandado.

"Para demostrar el demandante el derecho de dominio que tiene sobre el lote de terreno que reclama, acompañó el instrumento público número 567, de fecha 28 de agosto de 1946, de que ya se habló, y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Chaparral, ampliado por el del Guamo, en donde consta que el lote de terreno que don Cenón Peralta S. donó a la Parroquia de Chaparral, y que es el mismo especificado en el hecho segundo de la demanda, lo hubo el donante de uno de mayor extensión que compró à don Benjamín Rocha C., por escritura pública número 109 de 20 de febrero de 1925, otorgada en la Notaría de Girardot y debidamente registrada. Y que don Benjamín Rocha C., adquirió el terreno que luego vendió al señor Cenón Peralta S. por adjudicación que se le hizo en la liquidación de la sociedad "Rocha Hermanos", conforme al instrumento público número 1288, del 9 de julio de 1919, otorgado en la Notaría 2ª del Circuito de Bogotá, y registrada en forma legal. Consta del mismo certificado que la Parroquia de Chaparral es actualmente poseedora inscrita del lote relacionado, el cual se halla libre de gravámenes.

"Que se trata de una cosa singular, lo dice de manera clara la especificación del lote correspondiente por sus linderos especiales.

"Que el mencionado lote se halla poseído por el demandado, es cosa establecida de manera perentoria con su propia confesión contenida en la contestación al hecho sexto de la demanda.

"Y que el lote que se demanda es el mismo poseído por el demandado es cuestión que quedó plenamente establecida en el dictamen pericial que se practicó dentro de la inspección ocular llevada a cabo en la primera instancia.

"De lo anterior se concluye que el título presentado por la parte demandante es muy superior al presentado por la demandada, y por consiguiente de preferente aceptación".

No conforme el actor con esta providencia, recurrió en casación ante la Corte, y con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. le opuso los siguientes cargos:

Primero. Por ser la sentencia violatoria de los artículos 946, 947, 950 y 2322 del C. C. y 329 del C. J. por interpretación errónea y aplicación indebida, provenientes de la equivocada apreciación de la escritura número 567 de 28 de agosto

de 1946 de la Notaría de Chaparral, cuando sostiene que los elementos del dominio del inmueble que adquirió la entidad demandante no se hallan divididos a pesar de que su tradente señor Peralta, expresamente se reservó hasta el día de su muerte los derechos y acciones sobre el subsuelo de los lotes que donó, desconocieron así el estado de comunidad que entre ellos se formó. De esta suerte, agrega, el Tribunal "ha violado los artículos 1758, 1759 y 1765 del C. C. que le asignan un determinado valor probatorio a dicho instrumento público. Ha desconocido el certificado del Registrador que transcribe lo mismo, y también el artículo 632 del C. J. que le fija pleno valor probatorio. Y como de esos instrumentos se desprende que el demandante no es titular exclusivo del bien objeto de la reivindicación, o mejor dicho que no tenga copropiedad la parte demandante con Cenón Peralta quien no ha invocado el dominio en el presente juicio, síguese entonces que a la demanda le faltó uno de los requisitos que exige el artículo 946 del C. C.: 'que el demandante sea dueño de una cosa singular... Por consiguiente, surge claramente la excepción perentoria de petición indebida que fué desestimada por el sentenciador".

Segundo. De acuerdo con lo sostenido por el Tribunal, la declarción judicial de pertenencia hecha en favor de Criollo, sólo produce efectos contra el Municipio de Chaparral con quien se surtió el juicio; con ello se desconoció erróneamente la calidad de título constitutivo de dominio que tenía tal declaración, y como consecuencia de ese error, se violaron los artículos 756 del C. C. que así lo declara, y el 2534 siguiente, que dice: "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos; pero no valdrá contra terceros, sino la competente inscripción".

Con la desestimación de esta prueba y del certificado del Registrador que acredita su inscripción, el sentenciador ha dejado sin contenido legal los artículos 2º, 4º y 6º de la ley 120 de 1928, 2531 y s.s. del C. C. sobre prescripción y 329 del C. J. que impone el reconocimiento de toda excepción que aparezca acreditada en el juicio; y ha violado, por aplicación indebida los artículos 401, 474 y 476 del C. C., "por cuanto no se trataba de verificar si perjudicaba o no la sentencia de pertenencia a la Parroquia de Chaparral, sino si esa sentencia era o no un legítimo título de dominio frente a cualquiera otra persona que se creyera con titularidad como propietario."

Tercero. Por haber dejado de reconocer el sentenciador la superioridad del fallo de pertenencia sobre el título traslaticio de dominio exhibido por el demandante, el Tribunal violó, por errónea interpretación y aplicación indebida, los artículos 946 y s.s. del C. C. sobre reivindicación, así: "Porque no aparece realmente que el demandante sea el único titular del dominio de lo que se reclama en reivindicación, y porque el demandado ha acreditado un mejor título que el que ha exhibido el demandante."

Se considera:

De los cargos anteriores la Sala opta por considerar el segundo que encuentra fundado, y suficiente por lo mismo para determinar la infirmación de la sentencia de conformidad con lo prevenido por el artículo 538 del C. J. En efecto:

En las sentencias, como acontece en general con todos los actos jurídicos, debe siempre distinguirse, entre los efectos y consecuencias que están destinadas a producir, y el valor probatorio del instrumento con que debe acreditarse su existencia. Los primeros dicen relación exclusiva a las partes que en ellos intervinieron, y a sus causahabientes, y se traduce respecto de las sentencias, en lo que se denomina la autoridad de la cosa juzgada; el mérito probatorio en cambio, puede invocarse aun respecto de terceros, a fin de establecer dentro de la controversia que con ellos se promueve, la realidad o exactitud del hecho que se juzgó por la primera a que fueron extraños. Por esto, como lo observa el profesor Ricci: "Si no cabe oponer a los terceros la sentencia como cosa juzgada, no está prohibido al Juez apreciar el valor de la sentencia misma como documento, para obtener de él elementos de convicción, porque el valor de la sentencia como documento, y la cosa juzgada, no son la misma cosa. Esto implica que se debe estar a lo decidido, sin examinar nuevamente la cuestión; mientras que el documento presupone el nuevo examen de la misma, y no es más que un medio de prueba y de convicción". (Tratado de las Pruebas, tomo 2º Nº 374.)

De esta suerte, y ante el simple contenido del artículo 2534 del C. C., según el cual, "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes o de derechos reales constituídos en ellos, pero no valdrá contra terceros sin la competente

inscripción", no era posible entender que por el solo hecho del registro, el fallo sobre pertenencia tuviera los efectos de la cosa juzgada contra quienes no fueron parte en dicha controversia, en términos de no serles factible invocar contra él otro título de igual o superior categoría, como exactamente acontece con los actos y contratos que se hacen constar en escritura pública, a los cuales se le asimila. Significaba apenas, dentro de la posibilidad procesal de personas ausentes del debate, que siendo uno de los fines primordiales de la inscripción, el de "dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones de dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble" (artículo 2637 del C. C.), los fallos no registrados, auncuando susceptibles de **probar** entre las partes, no podían serlo respecto de quienes, por haber sido extraños al juicio dentro del cual se declaró la pertenencia, seguían ignorando la verdadera situación jurídica del objeto sobre el cual recayó.

No es ésta sin embargo la situación que hoy se contempla frente al llamado "procedimiento por edictos públicos", de que tratan los artículos 6º y s.s. de la ley 120 de 1928, para obtener la declaración de pertenencia por usucapión, "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se puede alegar la prescripción". Dentro de la naturaleza de dicho procedimiento, los edictos públicos a virtud de los cuales se cita al juicio a todo el que quiera intervenir en él, tienen la virtud jurídica de hacer parte a todo el mundo, para que el fallo que en él se pronuncie pueda asimismo producir ese efecto general **erga omnes.** Por donde se comprende claramente, que no es por obra de una excepción, que el legislador, por razones de orden público o de simple conveniencia general, hubiera podido establecer al principio sobre relatividad de la cosa juzgada, por lo que los fallos así pronunciados tienen ese efecto general, como sucede con los que se dictan en los juicios sobre legitimidad de los hijos (artículo 401 del C. C.), sino simplemente, porque dentro de tales procedimientos no hay ni puede haber jurídicamente personas extrañas al juicio.

Este el sentido exacto que en la exposición de motivos se le asignó a la que luego fué la ley 120 de 1928, cuando al acoger las ideas de su autor expuestas en anterior publicación, dice:

"Todos los Bancos exigen, para aceptar en garantía de los préstamos hipotecarios el inmueble ofrecido, una titulación corriente en treinta años, y ese requisito se justifica de sobra al considerar que la ley ha establecido ese término para la prescripción de muchas acciones que pueden afectar el dominio del actual poseedor; la de petición de herencia, que se puede ejercitar por herederos desconocidos en el momento de efectuar la operación de crédito: la de los censos; las de nulidades absolutas apoyadas casi siempre en motivos ocultos y que, sin embargo, perjudican a terceros de buena o mala fe; las de muchas nulidades relativas, que no obstante ser su duración nada más que de cuatro años, éstos se convierten casi siempre en quince, veinte o treinta, porque no empiezan a correr, cuando el vicio nace de la incapacidad de una persona sino al cesar esa incapacidad. La misma acción reivindicatoria puede prosperar contra título inscrito de más de diez años, porque la prescripción ordinaria alegable por el poseedor regular puede haberse suspendido y esa posesión también es susceptible de interrupciones naturales o civiles.

"Muchas personas con titulación perfecta, pero de menos de veinte o de diez años, y otras que no pueden aducir título alguno, sí están capacitadas para demostrar una posesión continua y tranquila de más de treinta años; pero como lo único admisible sería en tal caso la sentencia registrada declarativa de la prescripción (cuyo efecto se retrotraería a la época inicial de los actos de dominio), fallo que por falta de litigio nunca se ha pronunciado, por clara que sea la situación de hecho el poseedor carece de título en derecho, los bancos no pueden erigirse en jueces para calificar, sin audiencia de nadie y sin fórmula de juicio, las pruebas de la posesión, y estimar que la finca ofrecida pertenece al poseedor solicitante del préstamo, por haberla prescrito.

"Por otra parte, la prescripción no declarada de nada sirve al acreedor hipotecario, aunque la comprobación de ella sea fácil, si en pleito sobre el dominio el poseedor no la alega y bien podría no alegarla por descuido o por colusión con el demandante para perjudicar al acreedor que no tiene facultad legal para invocar la prescripción en beneficio de un tercero adquirente del dominio, aunque indirectamente resultara favorecido.

"El vacío se llenaría introduciendo la reforma que el Código Civil suizo trae en su artículo 662".

Es verdad que este alcance general en que se inspiraba el proyecto fué luego desechado del texto mismo de la ley, al disponer en su artículo 12: "La sentencia que se pronuncia en el juicio sobre

prescripción adquisitiva del dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como partes en el juicio"; pero no lo es menos que, al derogarse posteriormente esta disposición, mediante el Parágrafo del artículo 7º de la ley 51 de 1943, el pensamiento original de la ley 120 de 1928, tenía que recobrar virtualmente su vigencia, ya que de otra suerte tal derogatoria carecería de toda significación. Razonablemente dice el doctor Luis Felipe Latorre sobre este particular lo siguiente:

"La derogación del inciso 1º del artículo 12 de la ley 120 de 1928 viene implícita pero claramente a atribuírle al fallo en el juicio sobre declaración de pertenencia, cuando fue enderezado con emplazamiento para todo el mundo, un mérito y efectos **erga omnes.** Si no fuera así la reforma carecería de sentido y de objeto. Abrogar una regla que decía: esta sentencia no perjudica sino a quienes concurrieron al juicio, vale tanto como declarar expresamente lo contrario; esta sentencia se puede oponer a cualquiera que con posterioridad a ella pretenda dominio sobre la cosa por causa anterior al juicio, aunque no hubiera comparecido a él.

"Con este atributo de oponibilidad a todo el mundo, el fallo sobre pertenencia es el mejor título de propiedad, la cual queda saneada de todo vicio o defecto anterior. Entonces, para toda operación o negocio posterior, el examen de títulos se contrae a los de formación o creación posterior a dicho fallo.

"Pero es igualmente claro que la obligatoriedad general o carácter absoluto de la sentencia aludida se refiere de modo exclusivo al caso del juicio especial con emplazamiento y concurrencia del Ministerio Público, de que tratan los artículos 6º y siguientes de la ley 120, pero no al juicio singular ordinario contemplado en el artículo 4º que se surte únicamente entre el poseedor actual demandante y el demandado como dueño primitivo conocido. En este caso es obvio que la sentencia no aprovecha sino a las personas ciertas y determinadas que comparecieron.

"En resumen, la reforma que se acaba de lograr, cuya plena juridicidad ha quedado patentizada, es de una conveniencia evidente y de una gran trascendencia, particularmente para el ensanche y más amplios beneficios del crédito hipotecario".

En el caso de que aquí se trata, como antes se dijo, el demandado señor Criollo opuso al título exhibido por la entidad demandante, las sentencias ejecutoriadas y debidamente registradas, proferidas por el Juzgado del Circuito de Chaparral y el Tribunal de Ibagué, dentro del juicio ordinario que sobre pertenencia adelantó el primero, con la previa citación no exactamente del Municipio, como lo dice el fallo recurrido, sino del Agente del Ministerio Público, que para el caso resultó ser el propio Personero Municipal, y con el debido emplazamiento de todos aquellos que se creyeran con derecho a intervenir en la controversia; lo que significa de acuerdo con lo antes expuesto, que al declararse a Criollo dueño del inmueble que ahora se demanda, aquella declaratoria tiene también efecto general contra todos, y funda por lo tanto, un derecho superior al que podría derivar la Iglesia de Chaparral, de la enajenación que le hiciera don Cenón Peralta.

Al no reconocerlo así el sentenciador de instancia, erró de derecho en la apreciación probatoria de aquellos fallos, y como consecuencia de ese error, violó, entre otras disposiciones, los artículos 2º, 6º a 10 de la ley 120 de 1928 y 946 del C. C.

Son por lo tanto procedentes la infirmación y consiguiente revocatoria de los fallos de segundo y de primer grado, para reemplazarlos en instancia y con base en las mismas consideraciones, por el de absolución del demandado.

Por las consideraciones que se dejan hechas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha once (11) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, REVOCA la de primera instancia proferida por el Juzgado del Circuito del Chaparral el día veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), y en su lugar,

FALLA:

No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones propuestas en la demanda materia de este juicio; por lo cual se absuelve al demandado Benjamín Criollo, de los cargos que le fueron propuestos.

No hay costas en el juicio.

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

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ERROR DE HECHO EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE CASACION POR ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS, ESTE ERROR DEBE SER MANIFIESTO

1.—La causal segunda de casación sólo es procedente cuando se deduce por el juzgador una acción distinta de la ejercitada en la demanda, o sea deja de fallar sobre excepciones oportunamente alegadas; mas no lo es, cuando, como en el caso de autos, la sentencia concluye por "negar todas las peticiones de la demanda".

Tampoco fundan esta causal la falta de aplicación o la aplicación indebida de la ley, lo mismo que la equivocada apreciación de los hechos y de las pruebas y a través de la cual se la quebranta.

2.—El objeto de la casación, no es como en las instancias, la cosa, la cantidad o el hecho demandado, sino la sentencia misma, a fin de determinar si ella es o no conforme con la norma a través de la cual se juzgó el pleito. Por esto los cargos con que se la impugna, no pueden rebasar el límite de los fundamentos expuestos en el fallo, ni en el caso contrario, le es dable a la Corte, enjuiciar la controversia a través de consideraciones distintas a las que en él se propusieron por el Tribunal.

3.—No es el error simplemente probable, sino el manifiesto o evidente, el que conduce a la violación de la ley y consiguiente infirmación del fallo que lo acoge.

Como lo ha dicho la Corte: "Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Mediante documento privado suscrito el día cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, los señores Alejo Nicolás Moreno y Pablo Emilio Escobar R. acordaron una promesa de venta, en los siguientes términos:

"a) Moreno promete dar en venta real y enajenación perpetua a Escobar, dos casas de ladrillo y teja, junto con el terreno que las sustenta, ubicadas en el 'Barrio de La Paz' que hace parte de los llamados Barrios Unidos de Chapinero en el Municipio de Bogotá, calle 66 número 31-03 y 31-09 y carrera 31 número 65-79 y 65-97, con una cabida superficial de 312 varas..." y deslindada como allí mismo se expresa.

"...c) El precio pactado es la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda corriente, que el promitente comprador pagará así: quinientos pesos ($ 500,00) moneda corriente, en esta fecha, que Moreno confiesa recibidos a satisfacción y el resto tan pronto se obtenga la correspondiente licencia judicial para la subasta pública, cuya copia leglaizda, será el título de propiedad;

"d) La entrega de la finca vendida se hará el primero de noviembre del año en curso en lo relacionado a la casa números 31-03 y 31-09 de la calle 66; y en cuanto a la casa de la carrera 31 números 65-79 y 65-97, el primero de septiembre del año en curso; y

"e) Se señala como plazo máximo para obtener el título correspondiente el 31 de diciembre del presente año; ...el trabajo para obtener la licencia de que antes se habló lo hará el comprador en un todo de acuerdo con el vendedor y a expensas de éste".

En desarrollo de esta estipulación, Escobar pagó posteriormente a Moreno, 22 de octubre de 1945 y 30 de marzo de 1946, las sumas de $ 3.000.00 y $ 2.000.00, respectivamente, declarándose en el comprobante que acredita el primero de estos pagos, la entrega que en esa fecha le hacía este último al primero de las fincas materia de la promesa.

El tiempo señalado para la solemnización de la venta prometida transcurrió sin que ésta, se llevara a cabo, por lo cual, casi dos años después

de ese vencimiento, o sea el 9 de diciembre de 1947, promovió el señor Escobar demanda contra Moreno, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declare lo siguiente:

"1º Que el demandado Moreno debe cumplir el negocio celebrado con el suscrito con fecha cuatro (4) de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) consistente en la venta de dos casas de ladrillo y teja junto con el terreno que las sustenta, distinguidas con los números 31-09 y 31-03 por la calle 66 y 65-79 y 65-97 por la carrera 31 de esta ciudad, en extensión de trescientas doce varas, por la calle diez metros y por la carrera veinte metros, demarcada así: norte, con la calle 66; sur, con propiedad de herederos de Luis Polero Cetina; oriente, con carrera 31; y occidente, con de los mismos herederos de Polero Cetina y en la forma y términos del documento suscrito por ambos en la fecha antedicha en donde consta el contrato.

"2º Que si no lo cumple por cualesquiera circunstancia, en subsidio debe devolverme la cantidad de diez mil quinientos pesos moneda corriente ($ 10.500.00) que recibió Moreno como arras y parte del precio convenido así: quinientos el día del contrato; tres mil pesos el día veintidós (22) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) y dos mil pesos el día treinta (30) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, total cinco mil pesos recibidos como arras y parte del precio, suma que debe devolver doblada de acuerdo con la ley, en caso de incumplimiento; y

"3º A pagar las costas y costos del presente juicio".

Esta demanda fue decidida en primera instancia por el Juzgado Sexto Civil de este Circuito, mediante providencia de fecha 26 de abril de mil novecientos cincuenta en sentido adverso a las pretensiones del actor. Apelada por éste, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de quince de noviembre del mismo año la revocó y en su lugar dispuso:

"1º Declarar nulo, de nulidad absoluta, el contrato celebrado entre las partes el cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta sentencia.

"2º En consecuencia, condénase a Pablo Emilio Escobar a restituir a Alejo Nicolás Moreno el inmueble prometido en venta, o sea el ubicado en este Municipio, marcado con los números 31-03 y 31-09 de la calle 66 y 65-79 y 65-97 de la carrera 31, alinderado así: 'Por el norte, con la calle 66, por el sur, con propiedad de herederos de Luis Polero Cetina; por el oriente, con la carrera 31; y por el occidente, con los mismos herederos de Polero Cetina y encierra'; junto con los frutos producidos por tal inmueble, o que hubiera podido producir desde el cuatro (4) de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) hasta el día de la restitución, frutos que debe regularse por el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

"3º Condénase a Alejo Nicolás Moreno a restituir a Pablo Emilio Escobar la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) junto con sus intereses legales desde las fechas en que recibió los distintos contados que integran tal suma, según se expresó en la parte motiva.

"4º Negar todas las peticiones de la demanda" (sic).

"Sin costas en ninguna de las instancias".

Como fundamento de esta decisión, por lo que al recurso se refiere, trae en primer lugar la sentencia algunas consideraciones sobre el contenido del artículo 89 de la ley 153 de 1887 que señala los requisitos que deben cumplir las promesas de celebrar un contrato, haciendo resaltar en cuanto al objeto, el que éste "no debe hallarse prohibido por la ley, ni ser ineficaz o nulo porque conduzca a la omisión de algunos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor del contrato prometido (artículo 1741 del C. C.)". Trae luégo como antecedentes doctrinarios sobre la materia, algunos conceptos de la Corte contenidos en sentencias proferidas por esta Corporación, y al aplicar tales ideas al caso presente, se expresa así:

"Sentadas estas bases, se procede a interpretar el pacto suscrito por los litigantes.

"Las cláusulas que inciden en el caso sublite, son las marcadas con las letras c) y e). De ellas se inserta lo pertinente.

"e) 'El precio pactado es... que el promitente comprador pagará así:... y el resto, tan pronto se obtenga la correspondiente licencia judicial para la subasta pública, cuya copia legalizada será el título de propiedad'.

"e) 'Se señala como plazo máximo para obtener el título correspondiente el 31 de diciembre del presente año (1945)... el trabajo para obtener la licencia de que antes se habló lo hará el comprador en un todo de acuerdo con el vendedor y a expensas de éste'.

"La promesa debe contener un plazo o condi-

ción que fije la época de la celebración del contrato prometido. Este requisito es alternativo. Se puede optar por el plazo o por la condición.

"De la lectura de los apartes transcritos y del tenor completo del pacto, se deduce que no se estipuló un plazo que fije la época de la celebración del contrato.

"¿Se estipuló una condición?

"¿Se pactó que el contrato prometido debía perfeccionarse tan pronto como se concediera la licencia judicial, señalando como plazo máximo el 31 de diciembre de 1945?

"Los términos empleados por los contratantes no dan base para deducir con certeza una respuesta afirmativa.

"¿Qué efectos produce la duda? La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias enumeradas en el artículo 89. Este texto legal es de carácter general y prohibitivo. Conlleva toda promesa la presunción de nulidad. De ahí que en la duda sobre su validez o nulidad, el Juez debe inclinarse por la segunda. Luego, la de autos es ineficaz.

"Al mismo resultado se llega en vista de otras consideraciones.

"La respuesta afirmativa al interrogante planteado, implica que se insertó una condición de derecho: si el Juez otorga la licencia judicial para enajenar los bienes raíces del hijo de familia antes del 31 de diciembre de 1945. Mas tal estipulación no constituye condición propiamente dicha, sino impropia y aparente, y por ello también es nulo el contrato prometido, conforme a la doctrina de la Corte.

"A la misma conclusión se llega, apoyado en la autoridad precitada, en atención a que el contrato prometido ha de hacerse sin licitación, ora porque se prescindiría de ella en absoluto, bien porque sería ilusoria, o aparente. Se burlaría lo dispuesto en los artículos 303 del C. C. y 810 del C. J., disposiciones que son de orden público porque tutelan a los incapaces".

Por último y en relación con el monto de lo que el promitente vendedor debe restituir a la otra parte por concepto de precio recibido, deduce la suma de $ 5.000 en vez de la de $ 5.500 que contabilizan la promesa y los recibos que luégo se expidieron, porque en la nota con que termina el último de ellos, "redactado en forma anfibológica, se expuso: "Faltan por recibir mil pesos para el completo del valor del negocio". Luego lo recibido fue la cantidad total de cinco mil pesos ($ 5.000)", por cuanto ese valor total del negocio era de seis mil pesos ($ 6.000.00).

Contra esta providencia recurrió en casación el señor apoderado de la parte actora y en escrito presentado dentro de la oportunidad debida formalizó la correspondiente demanda, cuyo contenido, como justamente lo observa el señor abogado opositor, más se revela un alegato de instancia, que un recurso técnico de casación.

En primer lugar, y como relación de antecedentes, apenas si se alude a la formalización de la promesa que dio origen al juicio, a las prestaciones que en ejecución del pacto alcanzaron las partes a satisfacer, y al sentido en que luégo fue desatado el litigio en las instancias. No concreta en forma alguna las condiciones como cada parte se obligó por medio de aquel contrato, ni la índole de las diferencias que dieron origen a la controversia, ni siquiera determina el sentido de las peticiones propuestas en la demanda, que son precisamente los fines a que se dirige la exigencia de dicha relación.

Luégo en el Capítulo Primero, que denomina "Pruebas", estudia el recurrente el texto mismo de la promesa, el contenido de los recibos, en que consta la entrega de varias sumas por el promitente comprador al vendedor, como buena cuenta del precio, para concluir que la sentencia violó los artículos 645, 637 del C. J. y 1761 del C. C., "por error en la interpretación de esas pruebas". Que el demandante Escobar "tenía el derecho de exigir el cumplimiento del contrato, o que se declarara la retractación" mediante la devolución doblada de las sumas que Moreno recibió, y que "al disponerse otra cosa, en relación al dinero entregado, por el demandante, la sentencia que hoy acuso violó los artículos 1859 a 1861 del código civil". Se refiere en seguida a las pruebas con que en el juicio se establece, que las fincas materia de la promesa pertenecían originalmente al demandado Moreno y a su señora, quienes por escritura número 327 de 12 de agosto de 1941 se los enajenaron a la señora Josefa Viana, madre de esta última y suegra por consiguiente del primero, para que la compradora se los transmita después por escritura número 1181 de 7 de abril de 1942 a su nieta menor Ligia Moreno, todo mediante precios muy inferiores a los señalados en el catastro. Deduce de estos hechos, que tales ventas eran simuladas, y nulas por tratarse de contratos entre el padre y el hijo de familia, por lo cual la venta prometida no requería licencia judicial, y así debía reconocerlo la sentencia; por no haber procedido de esta manera, dice, el Tribunal violó los artículos 1852, 1526, 1195, 1196, y

1458 del C. C., por el error de hecho y de derecho que comporta la falta de estimación de tales pruebas.

En el Capítulo Segundo, que de acuerdo con su título corresponde al "Estudio de la sentencia demandada", se sostiene, que el contrato de promesa celebrado entre los señores Escobar y Moreno, reúne los requisitos que previene el artículo 89 de la ley 153 de 1887, en cuanto aparece consignado por escrito, con eficacia para producir efectos jurídicos en conformidad con las prevenciones consignadas por el artículo 1542 del C. C., sometido en su ejecución a un plazo cierto, y de tal manera determinado, que sólo le falta a su perfeccionamiento, que se otorgue la correspondiente escritura. Y luégo agrega:

El artículo 34 de la Constitución establece, que en Colombia no hay bienes que no sean de libre enajenación; y el 1871 del C. C. reconoce la validez de la venta de cosa ajena, y por lo tanto, la promesa de hacerla. Luego debiendo la promesa preceder a la venta, la exigencia del art. 303 del C. C. para que la enajenación de bienes raíces del menor se haga con previa licencia judicial, no puede hacer inválida la promesa, sino que subordina el cumplimiento a esa formalidad, que de no producirse, deja a las partes el derecho de retractarse en conformidad con lo establecido por el artículo 1859 del mismo Código. Por lo tanto al declararse la nulidad del pacto, el Tribunal violó por infracción directa el artículo 34 de la Constitución Nacional; por aplicación indebida e interpretación errónea, los artículos 1502 del C. C. y 89 de la ley 153 de 1887; y por concepto que no se determina, los artículos 1860 y 1861 del Código citado.

Por último, en el Capítulo Tercero, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes", dice el recurrente. El demandante pidió el cumplimiento del contrato o la devolución doblada de las arras, conforme a los artículos 1859 a 1861 del C. C., y el sentenciador declaró que existía una nulidad absoluta. Pero como ya se demostró que tal nulidad no existe, porque se trata de personas capaces, la sentencia violó los artículos 1743 y 1859 y siguientes del C. C.

Como se ve, no cumple la demanda con las formalidades que establece el artículo 531 del C. J., para las de su clase; pues que a más de la deficiente relación de los hechos observada anteriormente, no se expresa en ella la causal o causales aducidas para fundar la infirmación del fallo, en términos de que la propuesta en último lugar por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes" y que por su denominación podría corresponder a la causal segunda, ofrece en su contenido los contornos de la primera, por violación, no se expresa el concepto en que haya podido producirse, de determinadas disposiciones sustantivas; ni se indican en forma clara y precisa los fundamentos de la acusación, de suerte que muchos de los expuestos corresponden a conceptos que para nada menciona el fallo, como se ve por los cargos a que alude el Capítulo Primero arriba expuesto. Por este solo aspecto, la demanda resultaría condenada al insuceso, como indebidamente fundada.

Con todo, no es solamente este defecto, que pudiérase decir puramente formal, la razón definitiva de la conclusión anotada. Es que aún considerado con criterio de benévola amplitud el fondo mismo de las acusaciones que a juicio de la Sala podrían deducirse contra la motivación de la sentencia, su contenido resulta absolutamente ineficaz para determinar su infirmación, tal como pasa a comprobarse:

Primero. El último de los cargos propuestos, "por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de las partes" (causal 2ª) y que en el orden lógico debe analizarse en primer lugar, sólo es procedente cuando se deduce por el juzgador una acción distinta de la ejercitada en la demanda, o se deja fallar sobre excepciones oportunamente alegadas; mas no lo es, cuando, como en el caso de autos, la sentencia concluye por "negar todas las peticiones de la demanda", tal como expresamente lo declara el ordinal 4º resolutivo de la sentencia del Tribunal. La falta de aplicación o aplicación indebida de la ley, lo mismo que la equivocada apreciación de los hechos y de las pruebas y a través de la cual se la quebranta, no fundan la causal segunda que resulta invocada.

Segundo. El objeto de la casación, como tantas veces se ha dicho, no es como en las instancias, la cosa, la cantidad o el hecho demandado, sino la sentencia misma, a fin de determinar si ella es o no conforme con la norma a través de la cual se juzgó el pleito. Por esto los cargos con que se la impugna, no pueden rebasar el límite de los fundamentos expuestos en el fallo, ni en el caso contrario, le es dable a la Corte, enjuiciar la controversia a través de consideraciones distintas a las que en él se propusieron por el Tribunal.

Ahora bien. Según los apartes de la sentencia arriba transcritos, tres son los considerandos

fundamentales que llevaron al Tribunal a declarar la nulidad de la promesa: a) Porque del contexto de sus estipulaciones "se deduce que no se estipuló un plazo que fije la época de la celebración del contrato"; b) porque "los términos empleados por los contratantes no dan base para deducir con certeza", que el perfeccionamiento de la venta prometida está subordinado a la condición de la licencia judicial previa, dentro del plazo máximo que expiraba el 31 de diciembre de 1945, pues que, a lo sumo, trataríase de una condición de derecho, que hace inválido el pacto; y c) Porque dada la forma de la estipulación "el contrato prometido ha de hacerse sin licitación, ora porque se prescindiría de ella, en absoluto, bien porque sería ilusoria o aparente. Se burlaría lo dispuesto en los artículos 303 del C. C. y 810 del C. J., disposiciones que son de orden público porque tutelan incapaces". Y en cuanto a la suma de $ 5.000.00 que, como consecuencia de la declaración de nulidad, debe restituir el demandado, porque en el último recibo se expresó que sólo faltaban $ 1.000.00 para completar el precio de $ 6.000.00 que se acordó para la venta prometida.

Es decir que, en definitiva, el juicio del Tribunal que lo condujo a la invalidación de la promesa descansa en la apreciación, de que el documento que la contiene no estipula plazo alguno para la solemnización de la venta prometida, ni una condición válida de que dependa la obligación de efectuarla. Lo que —dicho en otras palabras— significa: que de haber quebrantado el sentenciador de instancia la ley sustantiva, dicha violación no se habría producido directamente, o porque la hubiera aplicado de modo indebido o a través de errónea interpretación, que son los conceptos precisos por los cuales se le acusa, sino indirectamente, por errónea apreciación del instrumento en que consta la promesa; y en este caso, como en forma expresa lo previene el artículo 520 del C. J. (inciso segundo del ordinal 1º), "es necesario que se alegue por el recurrente sobre esta parte, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", lo que no se hizo.

Tercero. Dentro del Capítulo de "Pruebas" se ataca la sentencia según se dijo, por error en la interpretación de la cláusula de la promesa en que consta el primer abono del precio, por $ 500, y que fue desestimado en la sentencia del Tribunal.

De acuerdo con el documento de promesa, dice el recurrente, el demandado, recibió en dicho acto y a buena cuenta del precio convenido, la cantidad de $ 500.00; y según los recibos de 22 de octubre de 1945 y 30 de marzo de 1946, recibió en tales fechas las sumas de $ 3.000 y $ 2.000, respectivamente; o sea un total de $ 5.500. Sólo que en el último de estos comprobantes se declara que tal pago se hace "para completar la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal colombiana"; y que "Faltan por recibir mil pesos para el completo del valor del negocio". Lo que demuestra, dice el recurrente, que existe un error de cuenta en los comprobantes, que debía haberse aclarado en el curso del juicio. Como así no se hizo, el Tribunal inclinó su criterio interpretativo por la última relación, y en conformidad con ella, dedujo una suma de sólo $ 5.000, en vez de la de $ 5.500.00 que arroja el conjunto de las partidas. La Sala observa:

Si con el procedimiento que se deja relacionado, el sentenciador cometió un error, no es cosa que pueda sostenerse como evidente o manifiesta, ya que el examen estricto de la prueba, lo mismo puede inclinar a ésta que a la otra solución. Y bien sabido es, como lo ha dicho la Corte que "Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa".

Luego si no es el error simplemente probable, sino el manifiesto o evidente, el que conduce a la violación de la ley y consiguiente infirmación del fallo que lo acoge, el que aquí se invoca como determinante de este cargo, resulta infundado y debe rechazarse.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince (15) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

SANCION POR NO DEVOLVER OPORTUNAMENTE EL EXPEDIENTE

1.—La pérdida del pleito, como pena o sanción, la impone, pues, la ley al demandante o demandado que en las ocasiones previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 381, no hayan devuelto el proceso cuando el Juez dicta su providencia.

Apelada la sentencia, si la no entrega de los autos tuvo lugar en la primera instancia, devuelto o no el expediente, la segunda instancia se surtirá en la forma ordinaria, según los mandatos de los artículos 755 a 763 del C. J. En el antiguo procedimiento, la segunda instancia se sustanciaba como un auto interlocutorio y se limitaba a determinar si la sanción había sido bien o mal impuesta. Habiendo guardado silencio el nuevo Código sobre el particular, la apelación de la providencia ante el superior se surte como la de toda sentencia ordinaria.

¿Cuál sería, pues, el objeto de la segunda instancia? Indudablemente, determinar si la sanción o pena ha sido debidamente impuesta, ya porque hubo error en el cómputo de los términos, o ya porque la parte condenada a perder el pleito, demuestra que no fue por su culpa la omisión, sino que ésta se originó por fuerza mayor o caso fortuito. Deja la ley al sancionado amplitud para defenderse, con el goce de los trámites ordinarios del segundo grado: término de prueba, traslado para alegar, etc., y además concede el recurso de casación, cuando la naturaleza del proceso lo permita.

La sanción que produce la desobediencia del segundo requerimiento, no es simplemente la de la pérdida de la instancia, sino la del pleito, y esa pena resultaría ilusoria o ineficaz, si por la simple razón del recurso procede la consideración del fondo del negocio.

La pérdida del derecho de sacar el expediente y la multa, no son consecuencias del segundo requerimiento, sino del primero: en aquéllas incurre, aun cuando devuelva el expediente antes de pronunciarse la sentencia.

2.—La Corte había considerado en providencias del treinta de septiembre y nueve de octubre de 1935 (GACETA JUDICIAL, Tomo 43, págs. 156 y 367), que devuelto el expediente después de la sentencia de primera instancia y apelada ésta para ante el Tribunal, se reabre allí el proceso para dilucidar la cuestión de fondo, y no simplemente para resolver si la sanción fue bien o mal impuesta.

La actual Sala Civil de la Corte, en sus dos secciones, se ha reunido en pleno, como lo dispone el Decreto de carácter legislativo número 1857 de 4 de septiembre de 1951 para reconsiderar la jurisprudencia allí sentada, llegando a una solución distinta.

Cree la Sala Plena de Casación Civil, que impuesta la sanción por la rebeldía de la parte a cumplir la orden del Juez, tal decisión, si no logra demostrarse una causa exculpativa, o que para llegar a ella no se llenaron las formalidades legales, o que no era el caso de su imposición, quedaría sin ningún efecto, algo menos que inútil, porque el juzgador de segundo grado, aún convencido de su legalidad, la echaría a un lado para entrar al fondo de la cuestión, como si ya no se hubiese condenado a la pérdida del pleito, por la contumacia de la parte a devolver los autos en el tiempo requerido.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Ibagué, el señor Luis Enrique Alvarez o Alvis, mayor de edad, demandó la declaración de filiación natural con respecto al señor Tobías Alvis Bonilla, ya fallecido, y ejercitó también la acción de petición de herencia, señalando como demandada a la sucesión del referido señor, representada por la menor impúber Graciela Mesa.

Fundó su solicitud en hechos encaminados a demostrar la posesión notoria del estado de hijo natural y a establecer la posesión inscrita de los bienes dejados por el causante en manos de su demandada.

El juicio siguió la tramitación debida y al llegar la oportunidad procesal, los autos fueron entregados bajo recibo al señor apoderado del demandante para alegar de conclusión, mas éste no los devolvió en el tiempo debido, por lo cual, a petición de su contraparte y previo requerimiento que se surtió en forma legal, el Juez de la causa pronunció fallo con fecha dos de febrero de mil novecientos cincuenta, absolviendo a la demandada de todos los cargos propuestos.

La sentencia recurrida

El demandante presentó luégo el expediente, sin alegar causa especial para la retención y apeló en oportunidad del fallo pronunciado en su contra, por lo cual los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Ante el Tribunal, las partes presentaron nuevas pruebas y sus alegatos en los términos correspondientes, y la segunda instancia feneció con la revocación de la providencia apelada, y en su lugar se mandó tener como hijo natural del señor Tobías Alvis Bonilla al demandante y se declaró además, que no era el caso de acceder a las demás peticiones de la demanda.

En la parte motiva de esta providencia, se considera que la prueba testimonial aducida, acredita plenamente la posesión notoria del estado de hijo natural de Tobías, por parte del actor, por todo el tiempo y en las condiciones establecidas por el numeral 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

El recurso

De la aludida sentencia, interpuso la demandada recurso de casación. Surtida la tramitación, se pasa a fallar.

Se aducen varios cargos, de los cuales la Sala escoge, al tenor del artículo 538 del C. J., el que a continuación se expresa, por encontrarlo fundado.

"Acuso la sentencia —dice la demanda— por violación directa del artículo 381, inciso primero del C. J., e invoco la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J."

Que al tenor de tal precepto, si el demandante que tenga la libre disposición de bienes, o su apoderado, retienen el expediente en cualquier estado del juicio, se dicta sentencia y se absuelve al demandado, con costas a cargo de aquél.

Que tal precepto es sustantivo y entraña una cuestión de orden público, o sea el derecho del Estado para imponer una sanción a la parte que desobedece su mandato.

Que una vez que la sentencia se ha producido, no en razón de las pretensiones de las partes, deducidas en la demanda y la contestación, de las pruebas aportadas para demostrar los hechos controvertidos, sino con motivo de una falta, delito o infracción cometidos por una de las partes, y como pena o sanción legal por el ilícito civil, el recurso de apelación queda circunscrito al estudio de si la sanción fue impuesta o no legalmente. Que no está facultado el Juez **ad quem** para levantar la sanción impuesta, con arreglo al mandato expreso de la ley, por el Juez **a quo.** Por eso dice el artículo 381 citado: "en cualquier estado del juicio". Que el Tribunal desconoció este aspecto del problema y como si tuviera la jurisdicción plena sobre las peticiones de la demanda, sin considerar que su jurisdicción estaba limitada, entró a conocer ampliamente del negocio, reviviendo un proceso legalmente concluído.

Se considera:

Las disposiciones del Título X del nuevo Código, sobre "entrega y devolución de expedientes", vinieron a sustituir con variaciones sustanciales los artículos 516 a 531 del C. J. anterior, y por lo tanto, la jurisprudencia establecida sobre ellos.

Los juicios se adelantan, por lo general, en el despacho judicial respectivo; pero, en ocasiones, se permite a las partes retirar el expediente para determinados traslados, y también a los partidores para la práctica de su trabajo.

De las varias penas impuestas por la ley de procedimiento civil a los litigantes por la falta de devolución, o por la entrega tardía de un expediente, dentro de una graduación progresiva, que empieza con el artículo 379 del C. J., hasta la que fija el 383, es la de mayor trascendencia para la suerte del litigio, la que contempla el artículo 381 del Código citado, a cuyo estudio se concreta la Corte.

La demora en la devolución, mayor de un día después de vencido el término respectivo (artícu-

lo 379), trae consigo la sanción de que la parte morosa pierde el derecho de volver a sacar los autos de la Secretaría, aún sin necesidad de solicitud de la contraparte o de los colitigantes, ni de orden del Juez; el solo Secretario debe aplicar en adelante esa sanción. Esa pena concurre con las que señalan los artículos posteriores al 379 del C. J.

Después de un día de demora y según el artículo 380, a solicitud escrita de parte interesada, el Juez conmina al pago de una multa hasta de cincuenta pesos ($ 50.00) a la parte morosa, mediante requerimiento, para que devuelva los autos dentro del tercero día, caso en el cual la multa se impone, si la orden no se cumple en el tiempo indicado.

Si en el término de tres días de hecho el requerimiento, no se devuelve el expediente, el artículo 381 sanciona la contumacia, con la pérdida del pleito, así se trate del demandante o del demandado con libre disposición de bienes, aunque con restricciones respecto del último, ya por razón de la inadmisibilidad de la prueba de confesión para ciertos hechos, ya porque la retención se verifique en la segunda instancia, por parte del demandado, y haya sido el actor quien apeló del fallo.

Se trata en el presente proceso del evento contemplado en el inciso 1º del artículo 381 del Código Judicial, que regula el caso de que sea el demandante quien retiene el expediente, en cualquier estado del juicio, y que como consecuencia, se falla el litigio y se absuelve al demandado, con costas a cargo de aquél.

El inciso 2º ordena que, si es el demandado con libre disposición de bienes, o su apoderado es quien no devuelve el proceso, se dicta sentencia y se tienen como ciertos los hechos fundamentales de la demanda, si es admisible la prueba de confesión y tomando como base la copia de aquélla, que debe existir en la oficina.

La pérdida del pleito, como pena o sanción, la impone, pues, la ley al demandante o demandado que en las ocasiones previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 381, no hayan devuelto el proceso cuando el Juez dicta su providencia.

Apelada la sentencia, si la no entrega de los autos tuvo lugar en la primera instancia, devuelto o no el expediente, la segunda instancia se surtirá en la forma ordinaria, según los mandatos de los artículos 755 a 763 del C. J. En el antiguo procedimiento, la segunda instancia se sustanciaba como un auto interlocutorio y se limitaba a determinar si la sanción había sido bien o mal impuesta. Habiendo guardado silencio el nuevo Código sobre el particular, la apelación de la providencia ante el superior se surte como la de toda sentencia ordinaria.

¿Cuál sería, pues, el objeto de la segunda instancia? Indudablemente, determinar si la sanción o pena ha sido debidamente impuesta, ya porque hubo error en el cómputo de los términos, o ya porque la parte condenada a perder el pleito, demuestre que no fué por su culpa la omisión, sino que ésta se originó por fuerza mayor o caso fortuito. Deja la ley al sancionado amplitud para defenderse, con el goce de los trámites ordinarios del segundo grado: término de prueba, traslado para alegar, etc., y además concede el recurso de casación, cuando la naturaleza del proceso lo permita.

La sanción que produce la desobediencia del segundo requerimiento, no es simplemente la de la pérdida de la instancia, sino la del pleito, y esa pena resultaría ilusoria o ineficaz, si por la simple razón del recurso procede la consideración del fondo del negocio.

La pérdida del derecho de sacar el expediente y la multa, no son consecuencia del segundo requerimiento, sino del primero; en aquéllas incurre, auncuando devuelva el expediente antes de pronunciarse la sentencia.

Los trámites de la segunda instancia: pruebas, alegatos, audiencias, etc., tienen dentro de esta interpretación, un claro sentido que los justifica: para que quien perdió el pleito pueda probar y alegar contra la ilegalidad de la sanción, porque se trate de un incapaz, o porque los hechos no son susceptibles de demostrarse por confesión, o porque los términos hayan estado suspendidos, o no hayan corrido, o en fin, porque haya mediado, como ya se dijo, una fuerza mayor o caso fortuito que la haga injusta; y luego, para que, al acreditarse cualquiera de estas situaciones, se pueda también probar y alegar sobre el fondo de que deba conocerse cuando las consideraciones del fallo de primera instancia no puedan subsistir.

No hay pretermisión de instancia, lo que sucede es que la primera se desata con base en una situación a que ha dado lugar la propia culpa del interesado, y que debe subsistir en la segunda, si esa culpa no se desvirtúa. Los términos judiciales son fatales en el procedimiento y quien no usa de ellos, tiene que correr sus consecuencias.

La segunda instancia, con la plenitud de sus formalidades en el nuevo procedimiento, se justifica, porque es contrario a la técnica jurídica el

permitir, como en el antiguo Código, que por medio de una simple articulación, que habría de fallarse con un auto interlocutorio, pudiera revisarse una sentencia. Además, tal circunstancia hacía imposible el recurso de casación del fallo del Tribunal, que el nuevo Código autoriza.

La Corte había considerado para tal asunto, en providencias del treinta de septiembre y nueve de octubre de 1935 (GACETA JUDICIAL, Tomo 43, págs. 156 y 367), que devuelto el expediente después de la sentencia de primera instancia y apelada ésta para ante el Tribunal, se reabre allí el proceso para dilucidar la cuestión de fondo, y no simplemente para resolver si la sanción fue bien o mal impuesta.

La actual Sala Civil de la Corte, en sus dos secciones, se ha reunido en pleno, como lo dispone el Decreto de carácter legislativo número 1.857 de cuatro de septiembre de 1951, para reconsiderar la jurisprudencia allí sentada, llegando a una solución distinta como se acaba de expresar.

Cree la Sala Plena de la Casación Civil, que impuesta la sanción por la rebeldía de la parte a cumplir la orden del Juez, tal decisión, si no logra demostrarse una causa exculpativa, o que para llegar a ella no se llenaron las formalidades legales, o que no era el caso de su imposición, quedaría sin ningún efecto, algo menos que inútil, porque el juzgador de segundo grado, aún convencido de su legalidad, la echaría a un lado para entrar al fondo de la cuestión, como si ya no se hubiese condenado a la pérdida del pleito, por la contumacia de la parte a devolver los autos en el tiempo requerido.

Las consideraciones expuestas, llevan a la Sala a conceptuar que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 381 del Código Judicial, por lo cual la sentencia ha de casarse.

Lo dicho, también es el fundamento de la sentencia de instancia, ya que ante el Tribunal no se probó causal o motivo alguno que justificara la retención de los autos, hasta después que se hubo condenado al demandante, por la no devolución del expediente en el tiempo debido, a la pérdida del pleito.

Ya en instancia, la Sala repite que en forma alguna se trató de justificar ante el Tribunal la actuación del demandante y por lo mismo, subsisten los motivos que se tuvieron presentes para condenarlo a la pérdida del proceso.

Sentencia:

Por lo ya expresado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha diez y seis de agosto de mil novecientos cincuenta, y en su lugar, CONFIRMA la del Juzgado Civil del Circuito de allí mismo, de fecha dos de febrero del mismo año, por la cual se absuelve a la sucesión de Tobías Alvis Bonilla, representada por la menor impúber Graciela Mesa Alvis, de las peticiones formuladas por Luis Enrique Alvarez o Alvis.

Sin costas.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION REIVINDICATORIA

No es posible presumir ánimo de señor y dueño en quien adquiere una casa reconociendo al propio tiempo que el terreno sobre el cual fue edificada pertenece a otra persona.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Se falla el recurso de casación interpuesto por el demandante en el juicio ordinario de Luis A. Rozo contra Venancio Durán.

Luis A. Rozo demandó por medio de apoderado a Venancio Durán ante el Juzgado Civil del Circuito de Girardot, para que se le condenara a "devolverle o entregarle" un lote de terreno situado en esa ciudad y "al pago de las prestaciones correspondientes".

"Este lote (dice el libelo) es de propiedad del demandado (sic) pór haberlo adquirido por medio de la escritura Nº 953 de fecha seis (6) de julio de mil novecientos treinta y cinco (1935), otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, cuya copia debidamente legalizada se acompaña, donde consta la compra de dicho lote por parte del actor en el punto primero de dicha escritura numeral e)".

El actor demandó para sí en forma expresa una declaración de dominio sobre el lote de terreno "y sus accesorios"; y, en consecuencia, que el demandado fuese condenado a restituírselo, con sus frutos civiles, por el tiempo que lo ha tenido en su poder.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado le puso término con su sentencia de fecha veintitrés (23) de junio de mil novecientos cincuenta (1950), en la cual decretó la reivindicación pedida, y condenó al demandado a pagarle al reivindicador los frutos civiles y naturales del inmueble. Dispuso, además, qeu el actor le pagara al demandado el valor de unas mejoras, puestas sobre el lote de tierra por un tercero, a quien él se las compró.

El fallo así dictado subió en apelación al Tribunal Superior de Bogotá que lo revocó, y en su lugar absolvió al demandado, fundándose en los siguientes motivos, que se sintetizan así:

De acuerdo con los principios generales de pruebas, el reivindicador, para demostrar su calidad de dueño, debería probar que su título proviene del verdadero dueño, el cual lo adquirió, a su turno, del legítimo propietario, y así, de uno en otro, remontarse en toda la cadena de propietarios. Pero esta exigencia sería excesiva. Le basta, en la práctica, establecer que su derecho es superior al del demandado; según las distinciones que se deducen de los artículos 950, 951, y 740 del C. Civil, a saber:

1º—¿El demandante produce un título de propiedad y el demandado no?: Entonces aquél debe triunfar, si la posesión del demandado resulta posterior al título.

2º—Si ambas partes producen títulos, hay que distinguir:

a) ¿Procéden del mismo autor o causante?: Se prefiere al primeramente registrado;

b) ¿Proceden de autores distintos?: En principio debe triunfar el demandado, porque **in pari causa melior est conditio possidentis;**

c) No obstante, puede triunfar el actor, si los títulos de su causante, enfrentados a los del demandado, hubieran prevalecido, porque **nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.**

"Hay una fórmula (agrega el Tribunal) que condensa toda la jurisprudencia francesa, la que al respecto ha sido seguida por nuestro país, y que se debe a Aubry Rau (tomo II pág. 219). Es la de que el reivindicante, para probar su propiedad contra un poseedor, no necesita remontarse en su demostración a toda la cadena de sus predecesores sucesivos (sic), causantes unos de otros; le basta probar un derecho mejor".

Expresa, además, el sentenciador, que según múltiples declaraciones, la posesión del demandado se remonta a fecha anterior al 2 de septiembre de 1925 en que, "según un certificado del R. de I. P. de Girardot traído a los autos, el demandado compró la casa existente en el terreno materia de la reivindicación". Y complementa su exposición de motivos diciendo que el único título "esgrimido" por el demandante es la escritura otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, el 6 de ju-

lio de 1935, registrada el 8 del mismo mes, la cual —agrega— no desvirtúa la presunción de dominio que en favor del demandado, consagra el artículo 762 del C. Civil.

El apoderado demandante recurrió en casación contra este fallo. Recurso que procede decidir.

Demanda de casación

La presenta su autor en tres capítulos, y la funda en la causal primera de las del artículo 520 del C. Judicial, acusando el fallo por violación directa e indirecta de la ley.

En el capítulo primero considera violados los artículos 669, 673, 756 y 1.759 del C. Civil; pero en otros pasajes su escrito cita algunas otras disposiciones que, en su sentir fueron también objeto de infracciones por parte del Tribunal.

En verdad, toda la demanda se encamina a demostrar que el sentenciador cometió errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas; y que tales errores lo llevaron a las infracciones indirectas de los preceptos sustantivos que cita.

Por esta consideración y por lo dispuesto en el artículo 538 del C. J. la Corte pasa a considerar el cargo de error de hecho, que el recurrente formula en los siguientes pasajes de su libelo.

"Error de hecho O "....

"Prueba documentada.—En el presente caso se ha dado por cierto, con la prueba testimonial, la posesión del demandado con anterioridad al 2 de septiembre de 1925 'en que, dice la sentencia, según un certificado expedido por el R. de I. P. y P. de Girardot traído a los autos por el demandante, compró el demandado la casa existente en el terreno que se trata de reivindicar'.

"Consultado ese certificado aparece: que el citado demandado, Venancio Durán, adquirió a título de venta de la señorita Rosa Elena Caicedo el derecho de dominio sobre una casa de bahareque y palma, ubicada en terreno de propiedad de la señora Dolores Perdomo de Albarracín (fol. 4 del C. de P. del demandante). Y consultado el otro certificado del registrador sobre tradición del mencionado terreno, aparece que dicha señora era la dueña, desde la adjudicación que se le hizo en el año de 1908 y en la época de la compra de la casa".

"....

"..... si el Tribunal hubiera tenido en cuenta el certificado del Registrador que habla de que el demandado, al comprar la casa construída sobre el lote, lo hizo sobre la base de que era en terreno ajeno, o sea de propiedad de la señora Dolores Perdomo de Albarracín, la misma que figura en la tradición comprobada en el certificado anterior (se refiere al certificado del mismo Registrador que acompañó a la demanda), no hubiera dicho que con anterioridad a esa compra, había posesión por parte de dicho comprador, o sea el demandado, según la prueba testimonial. Con ello, tampoco había concluído o resuelto que la posesión de ese demandado no había sido desvirtuada por prueba alguna y que había que reconocer la presunción establecida en el inciso del artículo 762 del C. C."

"Como el Tribunal, apartándose de lo que prueba esa parte de la certificación del Registrador, hizo caso omiso de esa prueba y del mérito probatorio que le atribuye el artículo 1758 del C. C. y del mandato contenido en el artículo 66 del mismo Código Civil sobre presunción legal y la prueba en contrario, violó en la sentencia esas normas sustantivas, para negar la acción reivindicatoria, fundada en el título de propiedad acompañado del respectivo certificado, causando con ello la violación de los preceptos sustantivos de que se ha hecho mérito en la presente acusación y especialmente de los artículos 946, 950 y 740 del C. C."

Se observa:

Aunque en los apartes que se dejan transcritos se advierte falta de precisión en los conceptos sobre error de hecho y error de derecho en la apreciación de las pruebas, de que se acusa la sentencia, es lo cierto que el error de hecho, consistente en no haber el fallo tenido en cuenta la totalidad del certificado del folio 4 del cuaderno de pruebas del actor, sino sólo una parte del mismo, aparece de modo manifiesto. Basta su simple lectura para encontrar, sin esfuerzo mental ninguno, sino con la simple percepción visual, que en el mismo instrumento en que el demandado, Venancio Durán, dijo comprar la casa de bahareque y palma a doña Rosa Elena Caicedo **reconoció** que el terreno sobre el cual se construyó tal casa era de propiedad de Dolores Perdomo de Albarracín y con otra lectura semejante al certificado que el actor acompañó con su demanda (folios 1, 2 y 3 del cuaderno Nº 1), se descubre que esta doña Dolores es la penúltima tradente del actor, Rozo, en el dominio del terreno.

Por lo demás, la identidad del inmueble materia de la acción de dominio, en este litigio, quedó establecida con la inspección ocular practicada por el Juez de Girardot.

Muy claro aparece entonces que si el Tribunal

—como lo observa el recurrente— no hubiera incurrido en los evidentes errores de hecho anotados, no habría aplicado, como lo aplicó indebidamente, el precepto del inciso segundo del artículo 792 del C. Civil, que reputa dueño a quien tiene la cosa con ánimo de tál; porque no es posible suponer ni presumir ese ánimo en quien compra la casa, reconociendo al propio tiempo que el terreno sobre el cual fué edificada pertenecía a otra persona.

También resulta evidente que los mencionados errores condujeron al Tribunal a desconocerle al demandante su mejor derecho al terreno, frente a las pretensiones del demandado, o sea la eficacia de su título inscrito (escritura de compra a Alejandro Rodríguez), porque tal desconocimiento, se fundó en el error de hecho consistente en atribuírle al demandado un ánimo de dueño que él mismo rechazó, cuando al comprar la casa hizo el reconocimiento expreso de un dominio ajeno sobre el terreno.

Entonces, como resultado de los comentados errores, el sentenciador dejó de aplicarle al caso las disposiciones de los artículos 946 y 950 del C. C. cuya infracción de manera indirecta alega el recurrente.

Obsérvese que la sentencia no le desconoce, en principio, a la escritura del demandante (número 953 de 6 de julio de 1935, de la Notaría Tercera de Bogotá, adjunta a la demanda), la calidad de título suficiente para la adquisición del dominio sobre el terreno por parte del actor Rozo; sino que, según el fallo, dicho instrumento no le desvirtúa al demandado su condición de poseedor, anterior a la fecha de tal escritura.

Pero ya se vió cómo el error en que incurrió el Tribunal, al no tomar en cuenta la totalidad del contenido del certificado del folio 4, lo llevó a desestimar el título escriturario, base de la reivindicación, y a la consiguiente infracción de los preceptos legales ya citados.

De lo expuesto se concluye que es fundado el cargo de error de hecho manifiesto, formulado al fallo del Tribunal y, en consecuencia, debe infirmarse.

Para proferir en instancia el que debe reemplazarlo, la Sala agrega a las anteriores consideraciones, las siguientes:

El demandado señor Durán, según se ha visto, reconoció el dominio de los causantes del actor en el terreno materia de la acción reivindicatoria, dentro del mismo acto notarial de que dá cuenta el certificado del folio 4 del cuaderno de pruebas del actor; por lo tanto, no le es posible al juzgador darle a la posesión que dicho señor ha venido ejercitando sobre ese inmueble, la significación y alcance que sirven de fundamento a la presunción de dominio consignada en el inciso segundo del artículo 762 del C. C. Por lo mismo, el dicho de los testigos que declararon en las instancias, por solicitud de la parte demandada, para acreditar en Venancio Durán la condición de verdadero poseedor, antes, en y después de la fecha referida en el certificado (2 de septiembre de 1925) no sirven para comprobar otra cosa que la posesión simplemente material o tenencia del inmueble, por el demandado.

De otra parte, ese estado de tenencia o posesión puramente material en que se inició el demandado, y que acredita su propia confesión, no podía luego, por obra exclusiva de su voluntad, convertir en verdadera posesión (tenencia con ánimo de señor y dueño), pues que como lo previene el artículo 777 del C. C., y lo confirma después el 791 de la misma obra, "El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión." Y como de autos no aparece hecho jurídico ninguno que con posterioridad a aquel reconocimiento hubiera podido cambiarle su estado de tenencia del suelo por el de posesión, lógicamente debe concluírse la superioridad del título exhibido por el autor, sobre el pretendido estado de posesión opuesto por el demandado como acertadamente lo estimó el Juez de primera instancia, cuya decisión debe por lo mismo mantenerse.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia sujeta al recurso, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en este pleito, con fecha catorce (14) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951) y en su lugar, en Sala de Instancia, CONFIRMA en todas sus partes la que dictó el Juzgado Civil del Circuito de Girardot, de fecha veintitrés (23) de junio del mil novecientos cincuenta (1950).

No hay costas.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

LA PARTE RESOLUTIVA DE UNA SENTENCIA PUEDE UTILIZARSE COMO PRUEBA EN JUICIO DISTINTO DE AQUEL EN EL CUAL SE PROFIRIO, PERO NO TIENE EN ESTE, SI ES CONTRA TERCEROS, VALOR DE COSA JUZGADA.

1.—El juicio de perturbación de minas es breve y sumario, y el juez correspondiente lo decide, sin previa citación ni audiencia del demandado, teniendo en cuenta la prueba sumaria de la perturbación que se acompañe a la demanda, y si a ésta la encuentra fundada, previene a aquél, dentro de veinticuatro horas, que se abstenga en lo sucesivo de violar el derecho del demandante, y que preste una fianza, a satisfacción del juez, de no repetir los hechos que constituyen la perturbación (artículos 413, 427 y 429 del Código de Minas). El objeto o finalidad de este juicio es, pues, el de mantener al demandante en la posesión tranquila y pacífica de la mina que le corresponde.

2.—Para que se configure la cosa juzgada, es necesaria la concurrencia de una triple identidad de causa, objeto y persona en el pleito definido y el que está por definirse.

3.—Una sentencia, más propiamente, su parte resolutiva, puede utilizarse en otro juicio aún contra terceros en calidad de prueba y no como cosa juzgada, para demostrar el derecho que reconoce a la parte favorecida, mientras no se le contraponga prueba en contrario que la desvirtúe. Mas lo que sí resulta equivocado es admitir que los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia, y mucho más cuando ella es pronunciada en juicio en que se utiliza la prueba sumaria, puedan darse como plenamente establecidos en otro juicio ordinario, aunque los litigantes sean los mismos. Eso determinaría, en muchas ocasiones, situaciones incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería al juez de la causa a quien correspondería valorar y analizar las pruebas, para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego que estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción.

4.—Una inspección ocular practicada extrajuicio y sin intervención de la parte a quien se opone, a lo sumo tiene el valor de "una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados", como lo dispone el artículo 732 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo doce de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

La sociedad "WHELPLEY LOPEZ & CO", domiciliada en Barranquilla, propuso por medio de apoderado ante el Juez Civil del Circuto de Magangué, juicio ordinario contra Miguel Bustamante H. y Rafael Bustamante H., para que en sentencia definitiva se les condene a pagarle a dicha sociedad los perjuicios que le han ocasionado "con los actos perturbatorios de la posesión pacífica de que venía gozando como usufructuaria de la mina **Quebrada Rica.**

De los hechos de la demanda se copian los siguientes:

"1º—El señor Alberto Whelpley López cedió el usufructo de la mina "Quebrada Rica" a la sociedad Whelpley López & Cº", por cinco años a contar de la fecha de la escritura pública número 773 de 7 de mayo de 1942, de la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla.

"3º—Los actos de perturbación y embarazo cometidos por los señores Miguel Bustamante H. y Rafael Bustamante H. en la extensión superficiaria de la mina "Quebrada Rica", de propiedad del señor Alberto Whelpley López y de la cual es usufructuaria la sociedad "Whelpley López & Cº", consistieron y consiste, porque no han cesado en ellos, en talar los bosques, quemarlos, extraerse el mineral de socavones abiertos por los pertur-

badores en la mina "Quebrada Rica", y llevárselo para triturarlo en un molino, lavarlo y extraerle el oro que dicho mineral contiene, que es de propiedad de la sociedad usufructuaria.

"4º—El propietario de la mina "Quebrada Rica", señor Alberto Whelpley López, y la sociedad "Whelpley López & Co", demandaron como perturbadores a los señores Miguel Bustamante H. y Rafael Bustamante H., ante este Juzgado y tramitado el juicio fué decidido con fecha 20 de junio de 1944, en el sentido de prevenir a los demandados, señores Bustamante H., dentro de las veinticuatro horas, que se abstengan en lo sucesivo de violar el derecho de los demandantes y obligarlos a que constituyan fianza a satisfacción del Juzgado.

"5º—La sentencia fue notificada y reclamada por uno de los demandados, pero fué negada la reposición de dicha sentencia".

"6º—A petición del apoderado de los actores, Doctor Francisco Roenes Sampayo, la sentencia que declara perturbadores a los señores Miguel y Rafael Bustamante H., fué declarada ejecutoriada por providencia de fecha 14 de septiembre del mismo año (1944).

"7º—La sentencia ejecutoriada prueba los hechos de la perturbación y el derecho para exigir la indemnización a los vencidos en el juicio correspondiente.

"8º—Los demandados han continuado ocasionando perjuicios con los actos de perturbación denunciados y tenidos en cuenta en la sentencia del 20 de junio de 1944 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Magangué".

Tramitado el juicio con oposición de los demandados, quienes a la vez propusieron sendas demandas de reconvención contra la sociedad demandante, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 2 de mayo de 1947, por la que declaró no probadas las excepciones alegadas por los demandados; absolvió a la firma "Whelpley López & C°" de los cargos que se le formularon en la demanda de reconvención, y condenó a aquéllos a pagar a dicha sociedad la suma de $ 25.460 en concepto de perjuicios.

Por apelación concedida a los demandados, conoció del negocio el Tribunal Superior de Cartagena, el que en sentencia de 19 de octubre de 1950, resolvió:

"Revócase la sentencia recurrida y en su lugar se dispone: 1º Absuélvese a los demandados, señores Miguel y Rafael Bustamante H., de los cargos que se les hace en la demanda principal. 2º No es el caso de entrar a estudiar en el fondo la demanda de reconvención, por haber sido presentada cuando había precluído la oportunidad procesal para hacerlo".

De ese fallo son las siguientes consideraciones:

"1º—El actor, como hecho 7º de la demanda, estampó este concepto: "La sentencia ejecutoriada prueba los hechos de la perturbación y el derecho para exigir la indemnización a los vencidos en el juicio correspondiente". Se refiere al fallo de veinte de junio que viene transcrito. De la misma opinión fué el señor Juez de primera instancia, quien consideró que ese fallo servía para acreditar el hecho del perjuicio. Pero el Tribunal estima que dicho fallo no sirve para tal fin dentro de este juicio ordinario, porque los hechos que sirven de base a una decisión no pueden invocarse en otro juicio sin la correspondiente prueba".

"2º—Para subsanar la deficiencia probatoria anotada, el apoderado del actor en segunda instancia hizo traer a los autos copia de la inspección ocular practicada por el señor alcalde de San Martín de Loba, y que sirvió de base para proferir la susodicha decisión de veinte de junio. Mas esta inspección ocular carece también de valor probatorio en este proceso porque fué practicada extrajuicio, sin conocimiento de la contraparte y no por el Juez competente o por comisionado, tendría apenas el valor de una presunción más o menos grave, conforme a lo prescrito por el artículo 732 del C. J. Practicada como lo fue, carece, se repite, de valor probatorio aquí".

Analizando la prueba testimonial traída a los autos, estimó que con ella tampoco se demuestra el perjuicio alegado, ni que éste le sea imputable a los demandados.

Finalmente, en cuanto a las demandas de re convención afirmó no ser el caso examinarlas, por haber sido presentadas cuando ya había precluído la facultad para hacerlo.

A la sociedad demandante se le concedió recurso de casación, el que sustentado y tramitado se procede a decidir.

El recurrente aduce contra el fallo la causal primera del artículo 520 del C. J. y propone los cargos que en seguida se resumen y estudian:

CARGO 1º—Sostiene el recurrente que la sentencia de 20 de junio de 1944 que decidió el juicio posesorio por perturbación propuesto contra los demandados "demuestra que el derecho de los señores Whelpley fué lesionado por los señores Bustamantes, puesto que éstos fueron condenados

a no incidir en la lesión de ese derecho, y pone de manifiesto que la lesión consistió en que los Bustamantes explotaban la mina "Quebrada Rica", puesto que la prueba que tuvo el Juez del interdicto para condenar fué la inspección ocular del alcalde de San Martín de Loba, practicada el 8 de mayo de 1944, en la cual aparece que dentro de los socavones había obreros de los Bustamantes sacando el mineral, que se transportaba en camionetas al molino de los Bustamantes, donde fué encontrado por el alcalde.

"Esta inspección y la sentencia que sobre ella recayó en el interdicto demuestran que el juez que falló el proceso vió que Whelpley era usufructuaria de la mina, que los Bustamantes se la estaban explotando sin derecho y que, por ello, era preciso amparar al querellante en su derecho.

"Es imposible medir el alcance de un fallo sin conocer las razones en que se funda, porque es de la conexión de las razones con la conclusión (el fallo) de donde resulta la cuestión **sub-judice**, los presupuestos procesales enjuiciados, la órbita del fallo, la ejecutoria, la cosa juzgada y, en fin, el conjunto de elementos sobre que la razón ha de descansar para saber qué significa en derecho el fallo de que se trata". Agrega que "no leer en el fallo que acogió el interdicto posesorio instaurado por Whelpley contra los Bustamantes la parte motiva, que consiste simplemente en que se ampara al actor porque los reos le han lesionado en derecho extrayendo material de su mina, es apreciar indebidamente el fallo, por error de derecho, consistente en subestimar y violar el artículo 473 del C. J."; que "en el **asunto** de la perturbación determinante de aquel interdicto, o sea el haber extraído los señores Bustamantes el material aurífero de la mina de mis mandantes, tiene fuerza definitiva el fallo posesorio; no se puede decir que apenas prueba que los Bustamantes fueron condenados a no perturbar a la sociedad demandante; prueba eso y esto más: que los Bustamantes extraían material aurífero de la mina, que lo conducían en una camioneta cuya capacidad ignoraban los testigos, que llegaba a los molinos de los Bustamantes y allí lo beneficiaban. Esos hechos eran el **asunto** sobre que versó el interdicto; en ese **asunto** el fallo tiene también fuerza definitiva y como el Tribunal de Cartagena le negó el mérito a esa parte del fallo apreció erróneamente la prueba consistente en la sentencia del juicio posesorio; violó el artículo que he transcrito y, como consecuencia, violó indirectamente el artículo 2341 del Código Civil, en que se apoya la acción de mi poderdante y que dispone que el que ha cometido un delito o culpa está obligado a indemnizar.

"Indirectamente ha descalificado el Tribunal de Cartagena el fallo del interdicto porque estima que nadie ha probado que los Bustamantes hayan lesionado el derecho de mi cliente, a pesar de que ese fallo estableció todo lo contrario, sin que los condenados en él hubieran desvirtuado nunca con apelaciones o recursos de otra índole la fuerza de esa sentencia. Le ha restado la fuerza de cosa juzgada al fallo del interdicto sin que la justicia misma haya revisado el fallo y roto el vínculo que creó entre los Bustamantes y la parte que represento. Por desconocer esa virtud al fallo viola nuevamente la sentencia acusada el artículo 473 del C. J., hecho expresamente para establecer que los fallos tienen fuerza de cosa juzgada".

Se considera:

El juicio de perturbación de minas es breve y sumario y el juez correspondiente lo decide, sin previa citación ni audiencia del demandado, teniendo en cuenta la prueba sumaria de la perturbación que se acompaña a la demanda, y si a ésta la encuentra fundada, previene a aquél dentro de veinte y cuatro horas, que se abstenga en lo sucesivo de violar el derecho del demandante, y que preste una fianza a satisfacción del juez de no repetir los hechos que constituyen la perturbación (artículos 413, 427 y 429 del Código de Minas). El objeto o finalidad de este juicio es, pues, el de mantener al demandante en la posesión tranquila y pacífica de la mina que le corresponde.

La providencia a que alude el recurrente se dictó en un proceso de esa índole y en su parte resolutiva se decretó la prevención ya dicha.

En el presente juicio se solicita se condene al demandado a indemnizar perjuicios a la empresa demandante, y los hechos en que se apoya esa pretensión consisten principalmente en los que se narraron en los apartes 3º, 7º y 8º del libelo de demanda, copiados arriba.

Ahora, sabido es que para que se configure la cosa juzgada es necesaria la concurrencia de una triple identidad de causa, objeto y persona en el pleito definido y el que está por definirse, y en el caso de autos no se da esa coincidencia, pues cuando menos falta la identidad de objeto, ya que el del primer juicio fué el de hacer cesar los actos de perturbación que los demandados consumaban en la misma "Quebrada Rica" y el actual

es el de lograr una condena a indemnizar perjuicios.

De allí que al no otorgarle el Tribunal a dicho fallo el mérito de cosa juzgada en este asunto, no incurrió en el error que le atribuye el recurrente ni en el quebranto de las disposiciones sustantivas que en el cargo se citan.

Es claro que una sentencia, más propiamente, su parte resolutiva, puede utilizarse en otro juicio aún contra terceros en calidad de prueba y no como cosa juzgada, para demostrar el derecho que reconoce a la parte favorecida, mientras no se le contraponga prueba en contrario que la desvirtúe. Así lo ha aceptado la Corte, como puede verse en la decisión de 3 de mayo de 1952, Tº LXXII, pág. 22. Mas lo que sí resulta equivocado es admitir que los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia, y mucho más cuando ella es pronunciada en juicio en que se utiliza la prueba sumaria, puedan darse como plenamente establecidos en otro juicio ordinario, aunque los litigantes sean los mismos. Eso determinaría en muchas ocasiones, como ocurre en la presente, situaciones incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción. El caso de autos es muy diciente al respecto: el Juez en el interdicto posesorio formó su criterio y dió como plenamente probados esos hechos con base en una inspección ocular extrajuicio practicada por funcionario distinto y sin intervención de la parte contraria, y una prueba de esa naturaleza llevada a un juicio ordinario apenas podría alcanzar a constituír una presunción más o menos grave, a juicio del Juez que la estima (artículo 732 del C. J.), y se verá cómo ella no tiene el valor de plena prueba en este proceso.

Se rechaza el cargo.

2º—Sobre la prueba testimonial analizada en la sentencia, el recurrente formula otra acusación, en la que, resumida, dice:

Que el sentenciador al desechar el cargo que cita porque los testigos no dan los linderos de la mina "Quebrada Rica" y no se sabe por ello si los trabajos de que ellos hablan se efectuaban en ésta o en otra distinta, incurrió en error de hecho manifiesto, porque la identidad de la mina se comprobó con la inspección ocular practicada por el Alcalde de San Martín de Loba el ocho de mayo de 1944; que en ésta consta que Ceferino Machado se encontró en los socavones trabajando para los Bustamantes; que dichos socavones están dentro de los linderos de la mina "Quebrada Rica"; que el fallo del interdicto vincula a las partes y el Tribunal al negarle fuerza a los testimonios aludidos, incurrió en el referido error, quebrantó el artículo 697 del C. J., y violó indirectamente el artículo 2341 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que al decir el Tribunal que no pueden estimarse las mismas declaraciones porque a los testigos no se les recibió juramento, incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba, porque el hecho de haber encontrado a los trabajadores trabajando en la mina, se comprueba con la inspección ocular, relacionando lo que en ella consta con las declaraciones de los testigos Machado y Urrutia; que el darle valor a la inspección ocular no es, en este pleito, mandato de ningún texto distinto del que ordena tener por verdad lo decidido en la sentencia del interdicto; que negarla, es violar el artículo 473 del C. J., como lo violó el Tribunal, según lo expuesto, y quebrantar, como quebrantó, el artículo 2341 del C. C.

Añade el recurrente que "cuando el Tribunal dice que la declaración de los testigos sobre que eran dependientes de los Bustamantes nada vale porque así podría condenarse a cualquier persona inocente que se viera inculpada por el autor del hecho, a quien le bastaría decir que lo está consumando por cuenta de otro, incide en error de hecho manifiesto y en error de derecho, así:

"Los trabajadores estaban entre los socavones; los socavones estaban comunicados con una carretera que conducía al molino de los Bustamantes; en la carretera funcionaba una camioneta conduciendo el material aurífero; la camioneta llegaba al molino y éste era de los Bustamantes; luego la explotación la estaban haciendo para los Bustamantes, porque lo relatado en la diligencia de inspección ocular del Alcalde de San Martín de Loba es una fotografía de la que se necesitaba probar; esa fotografía fué estimada como prueba del hecho dañino imputado a los señores Bustamantes; ese hecho dañino está calificado en el fallo posesorio; el fallo posesorio es vínculo indestructible entre las mismas partes; negarle es incurrir en error de derecho en la apreciación de

la prueba de la sentencia dictada en el interdicto posesorio; es contrariar el artículo 473 que ya he citado y es incidir en violación indirecta del artículo 2341 del Código Civil, en que se finca la demanda de este pleito".

Se considera:

a). La acusación precedente en cuanto se encamina a sostener que el fallo del interdicto posesorio tiene fuerza de cosa juzgada en este pleito y prueba, de consiguiente, los hechos que a aquél le sirvieron de motivación, quedó ya considerada y descartada, por ese aspecto, al estudiar el cargo anterior;

b). La inspección ocular es, como ya se anotó, prueba practicada extrajuicio y sin intervención de la parte a quien ahora se opone, por lo cual a lo sumo tendría —como lo dispone el artículo 732 del Código Judicial, el valor de "una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados." Analizada con este criterio, y aunque el recurrente no plantea su acusación por este aspecto, ella probaría plenamente la identidad o alinderación y ubicación de la mina "Quebrada Rica"; el hecho de haberse encontrado "trabajos de explotación en un socavón"; que allí estaban trabajando los obreros Meza, Tafur, Machado y Toloza y que éstos dijeron que trabajaban por cuenta de Miguel y Rafael Bustamante. La inspección ocular acredita que los trabajadores dijeron lo que acaba de expresarse, mas no la verdad del dicho de aquéllos, pues no declararon bajo juramento. Tampoco podría conferírsele el valor de grave presunción a la observación que en el acta se consigna sobre que al haber llegado al molino que tienen los señores Bustamantes en la mina "Riqueza" se encontró que estaban triturando material minero "del extraído del socavón que están explotando en la actualidad en la mina "Quebrada Rica", porque no se expresó razón ni observación ninguna conducente en que pudiera fundamentarse el concepto emitido. No se dice si se vió o presenció que el material de la mina era conducido al molino, ni se examinó mediante algún procedimiento el material de la mina y el que estaba en el molino y se constató la identidad del uno con el otro, ni por qué medios pudo llegar a establecerse dicha identidad. Ninguna explicación concreta existe sobre el particular y ella era necesaria (artículo 727 del C. J.).

En el evento de que no adoleciera de tan graves fallas, la inspección ocular a lo sumo, acreditaría que en la hora o el día en que se llevó a cabo se extraía material de la mina; pero no que ello ocurrió antes ni después.

c). Sólo dos declaraciones se trajeron al proceso y son las de Ceferino Machado y Julián Urrutia, las cuales estudia el Tribunal en su sentencia. El primero habla de que en el mes de mayo de 1944 fué trabajador de Miguel Bustamante; que la ocupación que éste le dió fué la de extraer material de la mina "Quebrada Rica"; que saliendo del trabajo lo encontró el Alcalde de San Martín de Loba; que es cierto que el material que sacaban de la mina era conducido en una camioneta al molino de Bustamante denominado "Quebrada Arena" y que no puede precisar la capacidad de la camioneta. Urrutia expresa que hizo parte de la inspección ocular a la mina "Quebrada Rica" y que encontraron trabajando en los socavones a Machado, Meza, Toloza y otro muchacho, quienes dijeron al ser interrogados por el Alcalde que estaban trabajando por cuenta de Miguel Bustamante.

Ninguna utilidad en orden a establecer que los demandados son autores y responsables del daño que se les imputa, tiene la sintetizada declaración de Urrutia, aún coneccionándola con lo que al respecto resulta de la inspección ocular, porque con ellas lo que se podría dar por establecido son las palabras pronunciadas por tales personas pero no la verdad del hecho por éstas afirmado, por no habérseles recibido declaración bajo de juramento y demás formalidades legales. Las declaraciones sobre palabras —enseña el artículo 699 del C. J.— no forman jamás prueba sobre los hechos.

Y el testimonio de Machado es único, por lo cual no forma plena prueba sobre el hecho afirmado de que trabajaba la mina por cuenta de Bustamante (artículos 696 y 697 del C. J.).

Siendo tan deficiente la prueba testimonial analizada en la sentencia, no es posible imputarle al Tribunal error de hecho en su apreciación, porque éste requiere para existir una manifiesta contraevidencia.

No prospera el cargo.

3º—Por último, afirma el recurrente que aún prescindiendo de las pruebas a que se refieren los cargos anteriores, la sola prueba pericial (folios 40 y 41, c. principal, 1ª instancia), demuestra plenamente la existencia del perjuicio cuya indemnización se demanda, y que al no haberla apreciado el Tribunal, incurrió en error de hecho ma-

nifiesto, que lo indujo a quebrantar el artículo 2341 del C. C., y que si el no haberlo tomado en cuenta significó en la mente del sentenciador que el dictamen no sirve en cuanto constate el hecho mismo del perjuicio, incidió en error de derecho en su apreciación, porque el artículo 715 obliga a los peritos a jurar que cumplirán su misión "según su propio conocimiento", y por esa tácita mala apreciación violó el artículo 721 del C. J. e indirectamente el artículo 2341 del C. C.

Se considera:

El dictamen pericial que menciona el recurrente se pidió y decretó, (folios 1º a 3º c. de p. de 1ª instancia), "para avaluar el monto de las indemnizaciones" que se reclaman en este pleito. Esa fué la cuestión sometida a los expertos, y sobre ella debió versar su deliberación, estudio y dictamen (artículo 716 del C. J.).

En el caso de autos, los peritos Carlos A. Larios y José María Ortiz, fuera de haber calculado y avaluado la cantidad de mineral extraído de la mina "Quebrada Rica" aseveraron, el primero, que es del dominio público que los demandados estuvieron explotando esos minerales y el segundo, que el mismo hecho le consta por conocimiento directo, con lo cual no sólo se apartaron del objetivo para que el experticio fué decretado sino de la propia finalidad o esencia de la prueba pericial que está legalmente encaminada a "la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales" y no a declarar pura y simplemente sobre la existencia de los hechos, pues ésta es la función de la prueba testifical.

En la presente controversia el dictamen referido no es elemento idóneo de convicción para comprobar la imputabilidad del daño, sino la cuantía o valor de éste, por lo cual no habiendo encontrado el Tribunal que con las demás pruebas aportadas al debate y examinadas por él, se estableciera que los demandados eran autores del perjuicio que reclama el recurrente, no tenía para qué detenerse a examinar el experticio citado. Y al no hacerlo no incurrió en los errores que apunta el recurrente ni en el quebranto de las disposiciones que en el cargo se citan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Cartagena.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente oportunamente a la oficina de su procedencia.

Pedro Castillo Pineda — Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Rafael Ruiz Manrique.—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

LA CARENCIA DE ACCION NO ES UNA EXCEPCION

1.—La Corte en repetidos fallos ha sostenido que la carencia de acción no es propiamente una excepción.

El Código Judicial en su artículo 329 define lo que es excepción perentoria diciendo que es "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió"; mejor dicho, la excepción supone la existencia de la acción, sólo que el hecho exceptivo enerva o acaba con la acción. Siendo esto así, no puede sostenerse que exista la "excepción de carencia de acción". Este fenómeno jurídico ocurre cuando el demandante no puede apoyar su acción en preceptos legales como lo sería quien demande cánones de arrendamientos de un terreno sin probar que sea arrendador, o sucesor de éste, o quien demande la nulidad de un contrato de venta de un bien raíz alegando ser acreedor del vendedor, sin que se haya declarado en quiebra o hecho cesión de bienes, o finalmente, quien demande la nulidad de una partición de bienes sucesorales sin que pruebe ser heredero o acreedor de la sucesión o sucesor de éstos.

2.—El artículo 1873 del C. C., fija las reglas que deben tenerse en cuenta cuando alguien vende a dos personas una misma cosa. Tratándose de un bien raíz, en armonía con lo dispuesto por el artículo 756 del C. C., la tradición o entrega se efectúa por el registro del título correspondiente. Si esto es así, de los dos compradores, el que primero obtuvo la entrega por medio del registro, debe preferirse al que lo hizo con posterioridad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Por demanda de fecha trece de febrero de 1946 y dirigida al Juez del Circuito en lo Civil de Tuluá, los señores Eduardo A. Cardona Granada y Sofonías Gómez Muñoz, demandaron por medio de apoderado, en juicio ordinario, a la señora María C. Castaño de Gallego, para que por sentencia definitiva se hicieran las declaraciones siguientes:

"a). Que los señores Eduardo A. Cardona G. y Sofonías Gómez Muñoz, son dueños de la finca rural agrícola y de pastos, denominada El Edén, ubicada en el indiviso de Guavinero, Municipio de Bugalagrande, por las determinaciones y linderos dados en el hecho 1º de esta demanda, en virtud de haberla adquirido con justo título y ser sucesores en el dominio de quienes plantaron esas mejoras, y ser comuneros en el indiviso de Guavinero en donde está plantada esa finca, para tener derecho a ganarla, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

"b). Que la demandada señora María C. Castaño de Gallego, debe restituír la finca rural agrícola y de pastos denominada "El Edén", por sus alinderaciones dadas en el hecho 1° de esta demanda, a los demandantes, después de la ejecutoria, del fallo que ponga término al juicio, o dentro del término que en el mismo fallo se le señale al efecto, para hacer dicha restitución.

"c). Que la señora María C. Castaño de Gallego está obligada a restituír a los demandantes, como poseedora de mala fé, los frutos naturales y civiles de la cosa reivindicada, no solamente los percibidos sino los que el dueño o dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la misma cosa en su poder.

"d). Que la demandada queda condenada a pagar los perjuicios ocasionados a los demandantes, por haberse prestado para usurpar el dominio y posesión de la finca "El Edén", y haber privado del goce, explotación y usufructo de ese predio a los demandantes.

"e). Que la señora María C. Castaño de Gallego, queda condenada al pago de las costas del juicio, si llega en su temeridad hasta afrontarlo".

Once hechos se enumeraron en la demanda como básicos de la misma, de los cuales se hablará adelante, según las pruebas traídas al debate.

La demanda se admitió pero la demandada no la contestó, sino que por medio de apoderado propuso dos excepciones dilatorias que le fueron falladas adversamente. En el término de pruebas las

partes trajeron copias de escrituras públicas, declaraciones de testigos y se practicaron dos inspecciones oculares, en las que se reconoció la finca y se estableció que la señora Castaño de Gallego es la poseedora.

El Juez del conocimiento le puso fin al juicio en sentencia de 17 de septiembre de 1948, declarando probada la excepción perentoria de carencia de acción de la parte demandante y absolviendo a la demandada de los cargos de la demanda. Contra esa sentencia, se alzaron los demandantes y el Tribunal Superior de Buga, el 12 de julio de 1949, desató la alzada confirmando en todas sus partes el fallo de primera instancia.

Los actores interpusieron el recurso de casación que es el que procede a estudiarse mediante consideraciones que se harán en seguida.

El recurrente funda el recurso así:

"Invocando la causal primera de casación (artículo 520 del C. J.), esto es, por violación o infracción de disposiciones legales, el fallo del Tribunal Superior de Buga, de fecha 12 de julio de 1949, es violatorio de las siguientes disposiciones:

"a). De los artículos 756, 759, 785 y 789 del C. C., que se refieren a la tradición del dominio de bienes raíces y que regulan la manera como ésta se opera lo mismo que los derechos derivados del registro de instrumentos públicos, sus efectos, etc. "..... Que considero han sido infringidos por el Tribunal sentenciador, desde el momento que el registro del título de mis mandantes, o sea la escritura pública ya citada, Nº 218 de mayo de 1945, no tiene eficacia jurídica o valor legal alguno y en cambio se le dá prelación a un título posterior, dejando de esta manera sin efecto la inscripción y el título de mis mandantes. En tratándose de bienes inmuebles conforme al Código Civil, la tradición o entrega de éstos se verifica en la Oficina de Registro correspondiente".

Tanto la sentencia de primer grado como la de segundo dieron por probada "**La excepción perentoria de carencia de acción por parte de los demandantes**" y consecuencialmente decretaron la absolución de la demandada.

La Sala estima que es necesario establecer o definir, por vía de doctrina si en realidad puede considerarse **excepción** lo que tanto el Juez como el Tribunal han llamado de "carencia de acción".

La Corte en repetidos fallos ha sostenido que la carencia de acción no es propiamente una excepción.

El Código Judicial en su artículo 329 define lo que es excepción perentoria diciendo que es "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió"; mejor dicho, la excepción supone la existencia de la acción, sólo que el hecho exceptivo enerva o acaba con la acción. Siendo esto así, no puede sostenerse que exista la "execpción de carencia de acción".

Este fenómeno jurídico ocurre cuando el demandante no puede apoyar su acción en preceptos legales como lo sería quien demande cánones de arrendamiento de un terreno sin probar que sea arrendador, o sucesor de éste, o quien demande la nulidad de un contrato de venta de un bien raíz alegando ser acreedor del vendedor, sin que se haya declarado en quiebra o hecho cesión de bienes, o finalmente, quien demande la nulidad de una partición de bienes sucesorales sin que pruebe ser heredero o acreedor de la sucesión o sucesor de éstos.

La Corte en sentencia de 11 de julio de 1945, Sala de Casación, dijo lo siguiente:

"Las llamadas excepciones de carencia de derecho en la acción e inexistencia de las obligaciones que se demandan, no pueden reputarse como hechos exceptivos, ya que éstos son todos aquellos por cuya virtud las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió y, por otro lado, el fin de todo juicio se encamina precisamente a esclarecer si al demandante le asiste el derecho que invoca o si tienen o no existencia las obligaciones que se demandan; aparte de que si como tales excepciones fue dable considerarlas, debe en ese caso estimarse que el sentenciador falló sobre ellas implícitamente cuando ha decretado favorablemente las peticiones demandadas por el actor".

Sentado lo anterior, o sea que tanto el Juez como el Tribunal en el fallo acusado para apoyar la absolución de la parte demandada, dieron por probada una excepción que no puede tener el carácter de tal, la Sala entra a estudiar la demanda de casación a la luz de las pruebas traídas al debate y de los preceptos legales que el recurrente señala como violados por la sentencia recurrida.

La situación de hecho de las partes, según las pruebas traídas al juicio, es la siguiente: Los demandantes derivan su derecho, según escritura Nº 218 de 29 de mayo de 1945, otorgada a su favor por el señor Eliseo Cardona Marín. Este señor adquirió el dominio de la finca objeto de la reivindicación, por compra hecha a Pedro Anto-

nio Quiceno, Emilio y Rafael Hoyos, al tenor de la escritura Nº 134 de 23 de septiembre de 1925. Desde entonces, Cardona Marín ejerció actos de dominio y posesión sobre la misma.

El recurrente acusa la sentencia, como ya se dijo, de ser violatoria de los preceptos contenidos en los artículos 756, 759, 785 y 789 del C. C., así como los artículos 1873, 946, 947, 950 y 951 de la misma obra.

Sostiene que se violó el artículo 759 del C. C. por cuanto que el Tribunal fallador, a pesar de que la escritura Nº 218 en que apoya su derecho, fue registrada en oportunidad, no le reconoce valor probatorio; también sostiene, que consecuencialmente, viola el artículo 756 de la misma obra, que fija la manera como se efectúa la tradición de los bienes raíces, porque no acepta que se haya operado la tradición en favor de los actores.

Acusa la sentencia de ser violatoria de lo dispuesto por el artículo 789 del mismo Código, que establece cómo se cancela la posesión inscrita de un inmueble y dice que el Tribunal, al negar el derecho de los demandantes que apoyan en la escritura 218, violó tal precepto porque, con el registro de esa escritura, se canceló la posesión de su antecesor señor Cardona. Registrada esta última escritura y cancelada la inscripción a favor de su antecesor, el registro de los remates, hecho con posterioridad, no tiene efecto legal alguno, y al dárselo se viola el artículo 789 del C. C.

Finalmente acusa el recurrente de violado el artículo 1873 del C. C. que fija las reglas que deben tenerse en cuenta cuando alguien vende a dos personas una misma cosa. Tratándose de un bien raíz, en armonía con lo dispuesto por el artículo 756 del C. C., la tradición o entrega se efectúa por el registro del título correspondiente. Si esto es así, de los dos compradores, el que primero obtuvo la entrega por medio del registro, debe preferirse al que lo hizo con posterioridad.

En el caso de autos, el señor Juez del Circuito de Sevilla, en el juicio ejecutivo que en su despacho adelantó la señora Elena Correa v. de Londoño contra Eliseo Cardona Marín, vendió en remate, a nombre de éste, la finca de "El Edén". El remate tuvo lugar en los días 30 de noviembre de 1937 y 25 de septiembre de 1941, pero no se registró, como ya se anotó, sino en los días 22 y 23 de marzo de 1946. Posteriormente, el mismo Cardona Marín antes de que se cancelara su título, por medio de la escritura Nº 218 de 29 de mayo de 1945, registrada el 7 de junio de 1945, vendió a Sofonías Gómez Muñoz y Eduardo Cardona Granada, la misma finca.

Según el señor Cardona Marín, Gallego obtuvo la tenencia del inmueble en el año de 1939 que lo recibió de éste en virtud de un contrato de aparcería; en el año de 1941, Gallego y Cardona quisieron liquidar ese contrato y firmaron un documento que lleva fecha 29 de julio de ese año, en el que se fijaron bases para la liquidación de sus diferencias, pero según parece, no tuvo cumplido efecto. Los demandantes trajeron un sinnúmero de declaraciones de testigos y copia del documento citado para demostrar que Justo Germán Gallego ha tenido la posesión del inmueble. A su vez, Gallego para justificar esa posesión trajo copia de la escritura Nº 338 de 3 de abril de 1946, otorgada después de iniciada y registrada la demanda base de este juicio, por la que Pedro Pablo Quiceno le vende la tercera parte del predio que junto con la señora Elena Correa de Londoño adquirió por remate en el Juzgado del Circuito de Sevilla, según diligencias de 30 de noviembre de 1937 y 25 de septiembre de 1941. Igualmente trajo copia de las escrituras números 428 de 27 de abril y 347 de 10 de agosto de 1945, por las que Gallego compra a los herederos de Elena Correa de Londoño los derechos que ésta pudiera tener en el ejecutivo que en el Juzgado del Circuito de Sevilla adelantó contra Eliseo Cardona Marín.

Es un hecho evidente que los remates acabados de citar no fueron registrados sino con posterioridad a la escritura 218 de 29 de mayo de 1945. El recurrente apoya sus acusaciones contra la sentencia del Tribunal en la prelación que debe dársele al título de sus poderdantes sobre los remates practicados en el juicio de Correa de Londoño contra Cardona en el Juzgado del Circuito de Sevilla. Estas argumentaciones serían eficaces si no apareciera en forma diáfana que la demandada no es la actual poseedora del terreno; mejor dicho, los demandantes iniciaron la acción contra persona distinta de la obligada a responder según el artículo 952 del C. C. Es cierto que con las dos inspecciones oculares se quiso demostrar que la demandada es poseedora, pero no lo es menos, que la misma parte demandante se encargó de probar lo contrario; basta leer las pruebas que trajo a los autos, v.gr., copia del documento firmado entre Justo Germán Gallego y Cardona Marín el 29 de julio de 1941 y las declaraciones, entre otras, de David Varona, Sebastián Urueña, José Baena, Alfonso Marín, etc. En el memorial de pruebas del apoderado de la parte demandante, de fecha 14

de febrero de 1947, punto f) del interrogatorio de los testigos, se lee lo siguiente:

"Si es verdad y les consta, como presenciales que el señor Justo Germán Vallejo, una vez terminada la administración del señor Juan Bautista Pérez entró con su esposa María C. Castaño de Gallego, a posesionarse del predio de 'El Edén', en virtud de un contrato verbal de aparcería celebrado con el señor Eliseo Cardona...". Los hechos 4º, 5º, 6º y 7º corroboran lo anterior.

Esta declaración del apoderado de los demandantes corrobora plenamente el dicho de los testigos y el concepto del Juez y del Tribunal, que consignaron en sus respectivos fallos sosteniendo que la demandada no es poseedora del inmueble.

Las acusaciones formuladas en la demanda de casación, según se anotó, serían procedentes si la demanda se hubiera dirigido contra el poseedor según lo dispone el artículo 952 del C. C.; puede que haya una posesión conjunta de los dos esposos Gallego, pero quien principalmente ha ejercido dominio y posesión sobre el inmueble ha sido el señor Justo Germán Gallego, según las probanzas de la parte demandante.

Es inútil, pues, entrar a estudiar los cargos formulados si, como se ha dicho, la demanda fue mal intentada.

No hay lugar a considerar los otros cargos formulados contra la sentencia porque la no posesión de la demandada que es la razón en que se funda el fallo hay que mantenerla por no aparecer el error manifiesto del Tribunal.

La Sala estima, en vista de lo anotado hasta aquí, que la sentencia no puede casarse porque la acción se dirigió contra distinta persona de la obligada a responder.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha doce de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario en ppdad.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO

En el estudio e interpretación jurídica de escrituras privadas de contraestipulación, el principio contenido en el artículo 1766 del C. Civil, debe precisamente relacionarse con el que consagra el 1761 anterior, para fijar su verdadero alcance

Dispone el primero, que las escrituras privadas hechas por "los contratantes" para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Expresiones empleadas por el legislador para significar el valor que las reconoce "entre los contratantes"; pero en manera alguna para sujetar la validez de esas escrituras privadas a la condición de que sean suscritas por todos los contratantes. Porque si, como lo dispone el artículo 1761, el documento privado, una vez reconocido expresa o tácitamente, tiene el valor de escritura pública respecto de la parte A QUIEN SE OPONE, lógica y forzosamente debe tenerlo también para acreditar en favor de quien lo exhibe, los derechos correlativos o que nacen de las declaraciones que en él se contienen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b.—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Por medio de la escritura número 82, otorgada ante el Notario de Sativanorte el 8 de marzo de 1943, Víctor Julio Aldana le vendió a Angel María Rojas "un globo de terreno identificado con los nombres de 'El Contento', 'Palo Quemado' y 'Chorrera', ubicados en las veredas de Socotacito y Chorrera, en jurisdicción del Municipio de Paz de Río", Departamento de Boyacá.

En la cláusula segunda se hizo constar que el precio de la venta fue la cantidad de $ 8.000.00, que el vendedor dijo tener recibidos "de manos del comprador como valor comercial actual".

El mismo día del otorgamiento, el comprador Rojas y José Parmenio del mismo apellido suscribieron el siguiente documento privado, que entrambos reconocieron ante el mismo Notario de Sativanorte:

"Por el presente documento hacemos constar nosotros Angel María Rojas y José Parmenio Rojas, varones, mayores de edad, vecinos de Betéitiva, cedulados en su orden bajo los números 822794, de Belén y 1748678 de Betéitiva, con capacidad legal para obligarnos, que nos constituímos deudores del señor Víctor Julio Aldana, vecino de Paz de Río, es a saber: por la cantidad de ocho mil quinientos ($ 8.500.00) moneda legal, procedentes del valor de un contrato de compraventa perfeccionado hoy por instrumento público y de otra acreencia, suma ésta que debemos consignar a nuestro acreedor Aldana en la ciudad de Santa Rosa de V. en la forma siguiente: tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) a fines del mes de abril próximo venidero o más bien el día 3 de mayo de este mismo año y cinco mil pesos ($ 5.000.00) el último lunes del próximo mes de octubre. La referida cantidad no devenga intereses en el término indicado, pero en caso de incumplimiento en estas obligaciones, el señor Aldana podrá exigir a los señores Rojas que le reconozcan un interés a razón del dos por ciento mensual y a que corran por cuenta de los mismos señores Rojas los gastos de viaje cuando concurra a cobrar las expresadas cantidades. Garantizan el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones estipuladas con sus personas y bienes en general y renuncian al beneficio de excusión.

"Para constancia firman con testigos hábiles en el punto de El Contento, jurisdicción de Paz de Río a ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y tres. (Firmados): Angel M. Rojas, José Parmenio Rojas. Testigos: Joaquín Díaz, Misael Díaz".

Siete meses y medio después (el 25 de octubre de 1943), el vendedor Aldana y su mujer, Emma Mejía Aldana, firmaron este otro documento que se presentó con el escrito de la contestación de la demanda, y que ha venido formando parte muy principal del proceso, sin impugnación ni tacha de la otra parte:

"Confesamos nosotros, Víctor Julio Aldana y Emma Mejía Aldana, cónyuges entre sí, mayores de edad y vecinos de Chipaque, en el Departamento de Cundinamarca, cedulado el señor Al-

dana con la número 220425, en Paz del Río, que tenemos recibidos de manos del señor Angel María Rojas Triana, varón, mayor de edad y vecino de Betéitiva, cedulado en Belén con la número 822794, es a saber: la cantidad de doce mil quinientos pesos ($ 12.500.00) moneda legal y corriente, valor total del valor de las fincas raíces denominadas la 'Hacienda del Contento', 'Palo Quemado' y 'La Chorrera', ubicadas en las veredas de Sototacito y La Chorrera, en jurisdicción del Municipio de Paz del Río, Departamento de Boyacá. En este estado aclaramos: Que para evadirnos del pago de los derechos fiscales en la escritura de compraventa ya otorgada, no se hicieron figurar las fincas sino en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente. En constancia se firma el presente por ante los testigos que suscriben, en Santa Rosa de Viterbo a veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres. (Firmados): Víctor Julio Aldana, Emma Mejía Aldana, Ricardo Fuentes, Honorio Fuentes".

El 25 de julio de 1945, Víctor Julio Aldana entabló juicio ordinario contra su comprador, Rojas, ante el Juzgado del Circuito de Socha, para que se decretase la rescisión por lesión enorme de aquella venta, alegando que el precio pagado por el comprador, fue inferior a la mitad del que en justicia le correspondía al terreno materia del contrato, el día en que éste se perfeccionó.

El Juzgado falló el litigio en sentencia fechada el 27 de marzo de 1947, en la cual accedió a las peticiones del demandante, reconociendo que hubo lesión y declarando la rescisión consiguiente del contrato. Condenó al demandado a restituir a su vendedor el predio materia de la venta, e hizo otras ordenaciones consecuentes.

Llevada esta sentencia en apelación al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, éste la revocó y, en su lugar, absolvió al demandado, Angel María Rojas de los cargos de la demanda, en fallo dictado el 6 de febrero de 1951, contra el cual interpuso recurso de casación la parte actora. Recurso éste que, debidamente sustanciado se decide en la presente sentencia.

Cargos contra la sentencia del Tribunal

Toda la acusación del recurrente se dirige a atacar la sentencia del Tribunal por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, los cuales lo llevaron a violar los artículos 1947, 1948 y 1953 del C. C., como en seguida se expresa:

a) Error de hecho en la apreciación del recibo suscrito por Aldana.—Lo funda así el recurrente:

"Para adoptar su decisión absolutoria el Tribunal estimó que el precio cubierto por el comprador no fue el de $ 8.000.00, según expresamente afirman los contratantes en la escritura pública 82, de fecha 8 de marzo de 1943, que en copia debidamente registrada figura en el expediente (c. 1, fls. 2 y 3), sino el de $ 12.500.00 que menciona el recibo o documento privado visible al folio 14 del mismo cuaderno, y en el cual se dice que por razones fiscales se hizo figurar en aquella escritura un valor de sólo $ 8.000.00.

"En respaldo de sus conclusiones expone el fallador que el mencionado recibo tiene el valor probatorio que le asigna el artículo 1761 del C. C. y que, por tanto, siendo el precio realmente cubierto el de $ 12.500.00 y no el expresado en el instrumento público en que la compraventa se consignó, el vendedor no ha sufrido lesión enorme, de acuerdo con las cifras que arroja el avalúo del inmueble.

"El Tribunal ha incurrido en los errores evidentes de hecho y de derecho que demuestro a continuación:

"Se equivocó al estimar que el recibo en cuestión, constante al folio 14, c. 1 es una contraestipulación a la cláusula 2ª de la escritura número 82, de 8 de marzo de 1943, puesto que sólo aparece firmado por Víctor Julio Aldana y su cónyuge Emma Mejía Aldana, quien no fue parte en el contrato de compraventa y, por consiguiente nada tenía que aclarar o contraestipular. Además no cayó en cuenta el Tribunal de que la otra parte contratante —el comprador Rojas— no firma el mencionado documento, y por tanto, no puede atribuírse a éste el carácter de contraestipulación al acto o contrato solemnizado en la escritura pública. Dio, pues, por acreditado el sentenciador un hecho inexistente en el proceso, o sea el de que los otorgantes del instrumento público modificaron o alteraron al tenor de sus estipulaciones escriturarias".

Se observa:

El cargo es manifiestamente infundado, aún dentro de los propios razonamientos del recurrente; pues comienza por afirmar que el error del Tribunal consiste en haberle concedido al recibo del folio 14 del cuaderno número 1 (que se dejó transcrito), el valor probatorio que le asigna el artículo 1761 del C. Civil. Es decir, en haber hecho del recibo una apreciación errada en derecho.

El recibo no es un hecho inexistente, sino todo

lo contrario. Definir qué valor probatorio tiene, para concluir judicialmente si siendo, como es, un documento privado, tiene el valor de escritura pública, conforme a las previsiones y preceptos del artículo 1761 del C. C., no es cuestión de hecho sino de derecho.

Por tanto, este primer cargo por error de hecho **evidente,** como dice el actor en el recurso, o **manifiesto,** como lo exige el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., es inválido.

b) Errores de derecho en la estimación del mismo documento. — Lo funda el actor del recurso, en los siguientes términos:

"Siendo esto así, igualmente ha incurrido en error de derecho, puesto que las escrituras privadas que tienen por objeto alterar lo pactado en un instrumento público deben emanar "de los contratantes", es decir de todas las partes que intervinieron en la estipulación que trata de modificarse o alterarse, y no de una de ellas solamente, por la sencilla razón de que la alteración unilateral no obliga al otro contratante, ni puede válidamente enfrentarse o contraponerse al contenido expreso de la escritura pública, que recoge la voluntad concordante de quienes la otorgaron. Es el texto y la doctrina del artículo 1766 del C. C. el cual ha sido desconocido en la sentencia impugnada. En el caso que aquí se ventila no hay ocasión de destruir, contrariar o modificar, por la sola declaración de Aldana la estipulación sobre el precio del inmueble vendido, lo que ambas partes habían afirmado en la escritura número 82; luego al asignarle el Tribunal carácter de prueba suficiente, para los referidos efectos, al recibo tantas veces mencionado, incurrió en lamentable error, tanto porque dio a ese documento un valor que no tiene, cuanto porque desconoció el que la ley atribuye a las escrituras públicas (artículos 1759 y 1766 del C. C.".

Y luégo agrega: "Tampoco como confesión podía el fallador estimar el documento de que se habla, ya que en él se declara la comisión de un hecho ilícito —el de haberse eludido o infringido las disposiciones legales sobre impuestos— lo que destruye toda eficacia probatoria a la confesión, desde luego que el artículo 605 del C. J. establece perentoriamente que para su validez es indispensable que el hecho confesado sea lícito. Tal mandato, agrega, obligaba al Tribunal a desestimar este medio de prueba, so pena de incurrir en grave error y en violación de la ley, como en efecto sucedió".

La Sala observa:

En el estudio e interpretación jurídica de escrituras privadas de contraestipulación, el principio contenido en el artículo 1766 del C. Civil, debe precisamente relacionarse con el que consagra el 1761 anterior, para fijar su verdadero alcance.

Dispone el primero, que las escrituras privadas hechas por "los contratantes" para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Expresiones empleadas por el legislador para significar el valor que les reconoce "entre los contratantes"; pero en manera alguna para sujetar la validez de esas escrituras privadas a la condición de que sean suscritas por todos los contratantes. Porque si, como lo dispone el artículo 1761, el documento privado, una vez reconocido expresa o tácitamente, tiene el valor de escritura pública respecto de la parte a **quien se opone,** lógica y forzosamente debe tenerlo también para acreditar en favor de quien lo exhibe, los derechos correlativos o que nacen de las declaraciones que en él se contienen.

Tampoco es valedera la alegación del recurrente (formulada desde la instancia) cuando sostiene que entre lo estipulado por las partes en la escritura acerca del precio de la venta, y lo que el vendedor declara luégo haber realmente recibido por este mismo concepto, debe prevalecer lo dicho en la escritura; si así fuera, la previsión del artículo 1766 según la cual "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efecto contra terceros", tendría que entenderse en el sentido de que tampoco podrían producirlo contra las partes, ni en favor de terceros, lo que es a todas luces inaceptable.

Por lo demás, en parte alguna de su fallo, se pronuncia el Tribunal sobre la licitud o ilicitud de la confesión, a que alude el recurrente. Al presentarse este tema en casación, se propone un medio nuevo, insusceptible como tal, de ser considerado por la Corte.

c) Errores de hecho y de derecho, por falta de estimación e indebida apreciación del instrumento de deber suscrito por el comprador Rojas. — Lo funda así el recurrente:

"El Tribunal ignoró por completo el documento privado, reconocido ante el Notario Público

del Circuito de Sativanorte, por medio del cual Angel María Rojas y Parmenio Rojas se reconocen deudores de mi mandante, Víctor Julio Aldana, por la cantidad de $ 8.500.00 moneda legal "procedente del valor de un contrato de compraventa perfeccionado hoy por instrumento público" y de otra acreencia, y señala la forma como los deudores se comprometen a cubrir la obligación que contraen.

"El referido documento (f. 6, c. 6) fue extendido el mismo día en que se otorgó la escritura número 82 (8 de marzo de 1943), se presentó al juicio por la parte demandada (pliego de posiciones, preguntas 14 y 15, f. 4 del c. mencionado) y tuvo por objeto cumplir por parte del comprador con su obligación de pagar el precio estipulado en aquel instrumento.

"Ahora bien, este documento privado, coetáneo con el otorgamiento de la escritura pública cuyas estipulaciones se desconocen en la sentencia, confirma sin vacilaciones y sin ningún margen a posibles dudas, que la transacción se hizo en realidad por la suma de $ 8.000 y que los $ 500 restantes corresponden a 'otra acreencia', que no se especifica. Nótese que los deudores señores Rojas manifiestan textualmente que la obligación procede 'del valor de un contrato de compraventa perfeccionado hoy...' y no dice que fuera saldo o parte del precio acordado, sino el valor mismo del contrato. Luego al desconocer el sentenciador la existencia de esta pieza, incurrió en evidente error de hecho, pues de haberla apreciado como era su deber habría obtenido por medio de ella la demostración de que el precio recibido por el vendedor fue el que reza la escritura pública contentiva del contrato que transfirió el dominio de la cosa vendida, y no el enunciado posteriormente en el recibo que se dice suscrito por el vendedor.

"Mas, si no opta por esta solución, como tanto este documento por $ 8.500 (f. 6, c. 6) como el de $ 12.500 (c. 1, fl. 14) fueron presentados por la parte demandada, son de la misma naturaleza y contienen declaraciones contradictorias, debía el juzgador desestimarlos ambos por imperio del artículo 651 del C. J. No lo hizo así, y por este motivo igualmente quebrantó la ley".

Se observa:

Verdad es que la sentencia no toma en cuenta el documento del folio 6, a que alude el recurrente; y verdad también que en aquél, Angel María Rojas y Parmenio Rojas se constituyeron deudores del vendedor Aldana por cantidad de $ 8.500 **"procedentes"** (se subraya) del valor de un contrato de compraventa perfeccionado hoy por instrumento público y de otra acreencia (reza el documento). Pero del texto transcrito no aparece de modo **manifiesto** el hecho de que el precio de la venta hubiera sido el de $ 8.000.00, que reza la escritura, y no el de $ 12.500.00, como dice el recibo del folio 14. Tanto es así, que para sostener su tesis el actor del recurso ha tenido que hacer una serie de razonamientos e, inclusive, de suposiciones, encaminadas a establecer, contra el sentido natural y obvio de las palabras de que se vale el documento, que la procedencia de los $ 8.500 se refiere, no sólo a la venta por $ 8.000 que expresa la escritura, sino también a 'otra acreencia' por $ 500. Lo cual patentiza no sólo la falta de evidencia en el supuesto error que se imputa al sentenciador, sino el acierto con que procedió al armonizar su conclusión con el hecho confesado por el propio demandante, cuando al interrogársele en la pregunta décima cuarta del pliego de posiciones de la segunda instancia, cómo era cierto que en la fecha de la escritura había recibido a cuenta del precio la suma de $ 4.000.00, contestó: "El día que firmé la escritura a que se hace mención (la 82) recibí un primer contado pero no recuerdo la cuantía". (C. 6, fl. 10).

Los cargos propuestos son, por consiguiente infundados, y deben rechazarse.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en este juicio, con fecha seis (6) de febrero de mil novecientos cincuenta y uno (1951) en este juicio.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense en forma legal.

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

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL

Cuando se afirma en casación el quebranto de preceptos de índole meramente probatoria sin reflejar la infracción en otros de derecho sustantivo, el cargo queda a medio formular e inoperante para los efectos de la causal mencionada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr Rodríguez Peña)

Con fecha 5 de diciembre de 1944 la señora Carmen Emilia Chacón, en su condición de madre natural del menor Arnulfo Chacón, demandó por conducto de apoderado "a la sucesión del señor David Billig... representada por el Municipio de Cali..., representado a su vez por el señor Personero Muncipal de este Distrito..., para que, con citación y audiencia del expresado Municipio, en su calidad de heredero del causante..., se sirva hacer las siguientes declaraciones:

"Primera. El señor Arnulfo Chacón es hijo natural del señor David Billig, y de la señora Carmen Emilia Chacón; y

"Segunda. Dicho señor Arnulfo Chacón es heredero único y universal del causante señor David Billig, en su condición de hijo natural".

Como causal de la declaración de paternidad a que se refiere el punto primero petitorio de la demanda, se invocó la contenida en el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, y que concretan los siguientes hechos del libelo:

"4º En el transcurso de los años de 1939 y 40 el expresado señor Billig mantuvo relaciones sexuales en esta ciudad, con la señora Carmen Emilia Chacón, cuyo retrato me permito acompañar, y de esas relaciones nació un niño, que fue bautizado el 24 de enero de 1941 en la Parroquia de San Nicolás de Cali, y a quien se puso por nombre 'Arnulfo', cuyo retrato y la respectiva fe de bautismo también adjunto;

"5º Además de que éste fue concebido y nacido en el intervalo de esas relaciones, el señor Billig reconoció, mediante manifestaciones inequívocas, entonces y después, al pequeño 'Arnulfo', como su hijo natural".

Esta demanda fue decidida por el Juez del conocimiento, Quinto Civil del Circuito de Cali, mediante sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, en un todo de acuerdo con las peticiones de la demanda. Sin embargo, apelada para ante el Tribunal Superior de aquel mismo Distrito, dicha entidad, en fallo de veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y uno la revocó, para declarar en cambio, probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora". Como fundamento de esta decisión, expone el sentenciador las siguientes consideraciones:

"Veamos ahora los elementos fundamentales que se requieren para que en casos como el propuesto pueda llegar a ser declarada judicialmente la paternidad natural, elementos que se deducen de lo que establece la ley 45 de 1936, la que en el artículo 1º dice así: 'El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento'.

"Tenemos entonces que conforme a la anterior disposición, que por el solo hecho del nacimiento, la calidad legal de hijo natural, únicamente se adquiere respecto de la madre soltera o viuda; pero que en relación con el padre, para poder obtener esa calidad, la ley exige el cumplimiento de estas dos condiciones:

"1º Haber nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casado entre sí; y

"2º Haber sido reconocido por el padre o haber sido declarada su filiación por sentencia judicial.

"Ahora bien: Para el cumplimiento de estas condiciones, es claro que es necesario que aparezca comprobada la existencia del siguiente hecho: que el hijo tenga por madre a la mujer con quien el presunto padre mantuvo relaciones carnales, en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 4º de la citada ley. En otros tér-

minos, respecto de quien pretenda la declaración judicial de paternidad, ha de resultar establecida la calidad de hijo natural de dicha mujer, calidad que ha de ser acreditada con la correspondiente prueba sobre el estado civil.

"Esto es claro, porque es al hijo que se encuentra dentro de las circunstancias de que se acaba de hablar, a quien la ley le concede la facultad de adquirir, por medio de la declaración judicial de filiación natural, un estado civil de categoría superior a la que antes tenía, por haber nacido de padres que no estaban casados entre sí.

"Sentado lo anterior, se encuentra, como se ha anotado que para acreditar el estado civil del presunto menor Arnulfo Chacón, o sea, su filiación natural como hijo de la señora Carmen Emilia Chacón, se ha traído al presente debate judicial, la referida certificación de origen eclesiástico, expedida en el año de 1941, certificación con la cual no se acredita el estado civil que con los documentos se ha querido comprobar.

"Porque a partir de la ley 92 de 1938, sólo tienen el carácter de pruebas principales del estado civil, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los Notarios, quienes son, conforme a ese estatuto, los encargados de llevar el registro del estado civil de las personas, o el Alcalde Municipal en los Municipios donde no haya aquel funcionario.

"Al tenor del artículo 19 de esa ley, las actas o partidas relativas a actos concernientes al estado civil de las personas verificados dentro de la vigencia de tal ley, únicamente tienen el valor de prueba supletoria, o sea, cuando faltan los correspondientes documentos que actualmente sostenidos como principales, y no en toda circunstancia, sino en caso necesario; y es lógico, que para que la prueba supletoria pueda ser estimada, es indispensable qe se compruebe la falta de la respectiva acta de carácter principal que debió ser aducida al juicio, prueba aquélla que no fue presentada en este negocio.

"Con el propósito de subsanar esta omisión, el apoderado de la parte actora, trajo con el alegato de segunda instancia, sendas certificaciones de los Notarios Primero, Segundo y Tercero de este Circuito, en el sentido de que en los respectivos Libros de sus Oficinas, no aparece asentado el nacimiento del nombrado Arnulfo Chacón.

"Mas estas certificaciones no pueden ser estimadas puesto que vinieron al juicio de manera extemporánea, sin sujeción a las normas que regulan nuestros sistemas probatorios.

"De todo lo expuesto se concluye que no está acreditado en forma legal, que dicho señor tenga la calidad de hijo de la señora Carmen Emilia Chacón, y que por lo mismo sea él la persona a quien la ley le dá en este caso el derecho de ejercitar la acción instaurada.

"Por lo tanto, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, o sea, el de la capacidad sustantiva de la persona actora, lo que impide que recaiga decisión de fondo, o implica la existencia de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, por lo cual la sentencia recurrida ha de ser revocada para declarar la expresada excepción".

Contra esta providencia recurrió en casación el señor apoderado de la parte actora, y al formalizar su demanda, le hizo los siguientes cargos:

Primero. "El Tribunal sentenciador fundó su sentencia en una equivocada apreciación de las pruebas, producidas legal y oportunamente. Esta equivocación pugna en forma evidente y manifiesta con la realidad de los hechos; habiéndose cometido un error de hecho, error que condujo a la violación de la ley sustantiva, o sea de los artículos 207 y 225 del C. J.". Y luégo de transcribir el texto de estas disposiciones, agrega:

"Consta a fls. 11 del c. número 1º la partida eclesiástica de bautismo del señor Arnulfo Chacón, documento que se acompañó con la demanda, documento que aceptó el demandado, pues al abstenerse de contestar la demanda, no formuló observación alguna contra tal documento. Este documento no fue valorado por el Tribunal sentenciador en su justo valor, a pesar de tratarse de un documento acompañado con la demanda, y por ende, existente al trabarse la **litis contestatio**. Esta falta de apreciación de tal prueba, o el error en que por ello incurrió el Tribunal, como está dicho, lo condujo por este aspecto, a la violación de los artículos 207 y 225 del C. Judicial tal como se deduce, como lógica consecuencia, de la formulación del primer cargo" (sic).

Segundo. La sentencia violó, por no haberlo aplicado al caso del pleito, el numeral 1º del artículo 597 del C. J., en cuanto se abstuvo de estimar en su valor legal, la partida de origen eclesiástico mediante la cual se acreditó la calidad de madre natural de la demandante.

Tercero. Al no considerar el sentenciador al menor Arnulfo Chacón como hijo de Carmen Emilia Chacón, y desestimar por este concepto la demanda, se violaron los artículos 19 de la ley

92 de 1938, 22 de la ley 57 de 1887, 14 de la ley 45 de 1936 y 240 del C. J. En efecto:

Conforme al artículo 240 del C. J., "los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales"; y de acuerdo con el artículo 14 de la ley 45 de 1936, "Por regla general corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural...". Pero como la demanda fue propuesta por la señora, en su precisa condición de representante legal del menor Arnulfo Chacón, al desconocerle esa calidad, le negó asimismo la de madre natural de éste, quebrantando con ello las citadas disposiciones.

De otro lado, establece el artículo 19 de la ley 92 de 1938, que "La falta de los respectivos documentos del estado civil podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas eclesiásticas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos Curas Párrocos..."; pero como la partida eclesiástica con la cual se acreditó el nacimiento del menor Arnulfo Chacón fue acompañada con la demanda, sin que sobre su contenido mediara ninguna controversia, al desestimarla el sentenciador, violó esta disposición, así como el artículo 22 de la ley 57 de 1887, que les daba a dichos instrumentos la calidad de pruebas principales del estado civil.

Este, en síntesis, el contenido de las acusaciones que la Sala ha podido descubrir, a través del deficiente y confuso escrito con que se impugna la sentencia.

Se considera:

Ante todo cabe advertir, que omitidas en la demanda la causal o causales de casación a que debían referirse los cargos propuestos, como expresamente lo dispone el artículo 531 del C. J., es apenas con un criterio de benévola amplitud como se ocupa de examinarlos, sobre la base de la causal primera, por ser en su concepto, la que más exactamente armoniza con la naturaleza y términos de dichas cusaciones.

Cargos Primero y Segundo.—Respecto de estos dos primeros cargos hace el señor Procurador las siguientes consideraciones que la Sala acoge sin observación.

"Los cargos 1º y 2º íntimamente conexionados por el recurrente, pueden reducirse a uno solo para el efecto de su crítica.

"Aunque quien los formula no expresó que los enfoca a la luz del motivo 1º del artículo 520 del C. J., de su contexto aparece que a esa causal se remite, pues considera que la falta de apreciación de la partida eclesiástica de nacimiento acompañada a la demanda y no impugnada por el demandado, entraña violación de los artículos 207, 225 y 597, numeral 1º del C. J., considerados todos ellos como disposiciones de carácter sustantivo.

"La primera y la última de las disposiciones que se ven infringidas trazan normas al juzgador para la estimación de pruebas producidas en determinadas etapas procesales, y el artículo 225 del C. J. expresa la conducta que debe seguir el demandado cuando se le dá traslado de la demanda. Pero ninguna de esas normas puede considerarse como de derecho material o sustancial, o sea de aquellas que reconocen y amparan derechos propiamente civiles, que son las contempladas en el numeral 1º del artículo 520 de la misma obra. Cuando se afirma en casación el quebranto de preceptos de índole meramente probatoria sin reflejar la infracción en otros de derecho sustantivo, el cargo queda a medio formular e inoperante para los efectos de la causal mencionada.

"Esta ha sido la jurisprudencia invariablemente sostenida por esa Superioridad. Para corroborarlo basta transcribir la siguiente doctrina:

"Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales (o la falta de apreciación de ellas, me permito agregar) no es por sí causa de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. **Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales y reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance,** disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. **La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas —sustantivas de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no con el de acepción de fuentes del derecho— no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone**

la ley al recurrente de señalar la disposición jurídica sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva de error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio,** porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J. **ley sustantiva,** y que es el único motivo que dá acceso a la casación". (G. J. 1986, pág. 640).

"En el supuesto de que el desconocimiento de todo mérito probatorio a la partida eclesiástica de nacimiento hubiera infringido las tres disposiciones englobadas por el recurrente en sus dos primeros cargos, quedaría trunca la acusación pues no expresa en ellos el recurrente cuáles son las disposiciones sustantivas del estatuto sobre filiación natural que consecuencialmente quedaron quebrantados por modo indirecto.

"No prosperan, por tanto, dichos cargos".

Cargo Tercero.—Respecto de esta última acusación, observa asímismo el señor Procurador:

"De las disposiciones mencionadas en este cargo, que considera el recurrente violadas por la desestimación de la supracitada partida eclesiástica de nacimiento anexa a la demanda, sólo hay una, el artículo 14 de la ley 45 de 1936, que tiene el carácter de ley propiamente sustantiva. Las otras tres —el artículo 240 del C. J., el 22 de la ley 57 de 1887 y el 19 de la ley 92 de 1938, carecen de tal carácter por cuanto la primera apenas mira a la representación adjetiva de los incapaces en juicio, y las otras el valor principal y supletorio de las certificaciones eclesiásticas sobre nacimientos, matrimonios o defunciones de personas nacidas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, lo mismo que el valor supletorio específico de otras pruebas de estado civil distintas de las expresadas.

"Respecto de la pretendida violación de este grupo de preceptos procesales, cabe la crítica formulada a propósito de los cargos primero y segundo; con lo cual se está diciendo que este tercero no prospera porque no se predica el quebrantamiento de ellos como medio por el cual haya llegado a infringirse alguna disposición de derecho sustancial claramente determinada.

"Tampoco encuentra la Procuraduría que el artículo 14 de la ley 45 citado, haya sido violado por el sentenciador. Estatuye esa norma que la patria potestad, por regla general corresponde a la madre sobre el hijo natural y vinculado estrechamente a tal precepto encuéntrase el artículo 15 de la misma ley, en el que circunscribe el ámbito de esa potestad a las reglas del título 12, Libro 1º del Código Civil, en las salvedades relativas a los artículos 252 y 260, cuando de hijos naturales se trata.

"El litigio en referencia no versa sobre derechos anexos a la patria potestad; ni el caso de la representación legal de los hijos naturales está comprendido en el citado Título 12 como derecho inherente a la patria potestad; ni el Tribunal hizo consideración alguna sobre tal institución jurídica en forma que remotamente pudiera contradecir su auténtico significado de derechos particulares derivados de la paternidad o de la maternidad ejercitables por los padres para cumplir los deberes que tienen con sus hijos. La actuación del Tribunal fué más radical: negó la causa de toda patria potestad sobre el menor, al no reconocer la filiación del hijo respecto de su presunto padre natural por no haber hallado la prueba con relación a la madre.

"La acusación resultó así desviada, puesto que en el órden lógico lo procedente era demandar la casación por quebranto del precepto a cuyo amparo inició el juicio la parte actora —precepto que no es otro distinto del artículo 4º, numeral 4º de la ley 45 de 1936—, debiéndose indicar el concepto en que fuera vista la infracción legal".

Si pues, el fin de la controversia no era otro que el de definir judicialmente la condición de hijo natural del menor Arnulfo Chacón respecto de su pretenso padre don David Billig, la violación de ley sustantiva en que habría podido incurrir el sentenciador al negar esa declaración, no podía ser otra que la expresada norma, por ser exactamente ella la que le reconocía el derecho materia de la litis. La interpretación errada, la aplicación indebida o la falta de aplicación de los preceptos reguladores de la prueba, son apenas el medio a través del cual pudo, por vía indirecta, llegar al quebrantamiento de la primera, y sabido es, que cuando "la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demos-

trando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", como expresamente lo establece el ordinal 1º del artículo 520 del C. J.

En consecuencia el cargo, tal como se le propuso, es inaceptable y debe rechazarse.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio.

Las costas en el recurso a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO EL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA NO ES UN DERECHO EN UN INDIVISO, SINO UNA SUPERFICIE DETERMINADA DE UN FUNDO, LA ENTREGA SOLO PUEDE REALIZARSE MEDIANTE LA INDIVIDUALIZACION

1º—Al vendedor corresponde "entregar la cosa" (artículo 1882 del C. C.). Pero tratándose de venta por cabida, no hay cosa individualizada mientras no se mida, y no hay, por tanto, "cosa" para entregar.

2º—Como la venta no fué un derecho en un indiviso, sino la superficie de un fundo fijada en diez mil varas, es rigurosamente exacta la afirmación del sentenciador de que la entrega está pendiente. Si lo vendido hubieran sido derechos en una comunidad, podrían valer las declaraciones de los testigos respecto a la ocupación con animales que hizo el comprador de un pedazo de terreno, como entrega material; pero como se trata de una extensión determinada por cabida, es evidente que la entrega no puede verificarse sino mediante la individualización que no se hizo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Mora Hermanos & Cía. de Medellín celebraron un contrato de compraventa con la señora Paulina Uribe v. de Mejía sobre una zona de terreno situada en el área urbana de aquel Municipio, según escritura 909 de 12 de marzo de 1945, pasada ante el Notario Segundo de la ciudad citada.

La operación se hizo por varas cuadradas 19.877,46, que según la escritura, le quedaban a la vendedora de lo que le había correspondido en la sucesión de la señora Felicidad del Valle, y después de hacer algunas deducciones, entre ellas varas cuadradas 7.378.05 para unas vías públicas.

Sobre esa operación surgió una diferencia, consistente en que los compradores sostuvieron que era mayor la reserva que ha debido hacerse para vías públicas, porque en ella no se hizo figurar una ampliación de la carrera Palacé. Se formuló el reclamo correspondiente, y la vendedora sostuvo que esa ampliación no estaba decretada cuando el negocio se realizó, lo cual dió origen al presente pleito. Los compradores demandaron a la vendedora, sosteniendo en síntesis que no se les había hecho entrega de las varas cuadradas a que el contrato se refiere, y ésta se opuso a lo sostenido y pedido en la demanda.

El Juez Cuarto del Circuito de Medellín falló el negocio, así:

"1º—Declárase que la demandada señora Paulina Uribe v. de Mejía no ha cumplido con la obligación de entregar a "Mora Hermanos & Cía." la totalidad de la cabida asignada al inmueble que dijo venderle según contrato perfeccionado por medio de escritura pública Nº 909 de 12 de marzo de 1945, pasada en la Notaría 2ª de este Circuito;

"2º—En consecuencia, como indemnización debida al comprador por concepto de los perjuicios de toda índole sufridos a consecuencia del imperfecto cumplimiento del referido contrato, la nombrada señora Uribe v. de Mejía está en la obligación de pagar a "Mora Hermanos & Cía." la cantidad de trece mil seiscientos noventa pesos con cincuenta centavos ($ 13.690.50) m. l., y una vez ejecutoriada esta sentencia."

Apeló de este fallo la demandada, y el Tribunal Superior de Medellín clausuró la segunda instancia del pleito, confirmando lo resuelto por el Juzgado, según sentencia de seis de noviembre de mil novecientos cincuenta.

La parte demandada interpuso el recurso de casación, y la Sala entra en su estudio.

La sentencia del Tribunal

Es bien simple la argumentación del Tribunal sobre el caso a estudio, y se puede reducir a esta expresión: El inmueble fué vendido por cabida, con capacidad de diez y nueve mil ochocientos setenta y siete varas cuadradas con cuarenta y seis centésimos de vara, de ochenta centímentos cada una, y estas varas no fueron entregadas por la vendedora.

Efectivamente, estudiando el Tribunal la excepción presentada por la vendedora sobre inexisten-

cia de la obligación, sienta lo siguiente: "La señora Paulina Uribe v. de Mejía vendió a Mora Hermanos & Cía diez y nueve mil ochocientos setenta y siete varas cuadradas con cuarenta y seis centésimas de vara cuadrada de terreno, según lo acredita la escritura Nº 909 de 12 de marzo de 1945, de la Notaría Segunda de esta ciudad. El dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los expertos doctores Gabriel Vásquez y Juan de D. Cock (fs. 10 y 11 c. de pruebas del actor) demuestra que el área total de los cuatro lotes de terreno que entregó dicha señora a la sociedad expresada, es de diez y ocho mil cuatrocientos noventa y nueve varas cuadradas con cincuenta centésimas de vara cuadrada, luego ha dejado de entregar la totalidad de las varas que dijo vender, entrega a la cual está obligada en consonancia con el artículo 1.880 del C. C. y por consiguiente no procede la excepción de inexistencia de la obligción."

Y ya examinando el fondo del asunto, expresa esto la sentencia:

"Estos elementos demuestran plenamente que el motivo que determinó a la señora Uribe v. de Mejía y Mora Hermanos & Cía. a contratar fué el de que la compraventa se entendía efectuada con relación a la cabida de los terrenos vendidos, y que la declaración de la voluntad de la misma señora sobre esa modalidad del negocio fue básica. — .....Si los lotes que reconocieron y midieron los peritos son los mismos de que trata la escritura y sólo contienen las varas cuadradas que determinan en su dictamen, es evidente que la señora Uribe v. de Mejía que dijo vender diez y nueve mil ochocientos setenta y siete varas cuadradas, cuarenta y seis centésimos de vara lineal de ochenta centímetros que estaban radicadas en aquellos lotes, ha dejado de entregar la diferencia que asciende a mil trescientas setenta y nueve varas cuadradas noventa y seis centésimas de vara, y por consiguiente está demostrado perfectamente que dicha señora no ha cumplido con la obligación de entregar a la sociedad compradora la totalidad de las varas que dijo venderle y procede por lo mismo la declaración impetrada en el numeral primero de la demanda."

Más adelante, insistiendo en su punto de vista, dice el sentenciador: "Como la vendedora señora Uribe v. de Mejía vendió terrenos con relación a su cabida que debía ser de diez y nueve mil ochocientos setenta y siete varas cuadradas cuarenta y seis centésimas de vara cuadrada que estaban radicadas en dichos terrenos, y resulta que la cabida real es menor que la cabida declarada, la sociedad compradora de acuerdo con el inciso 2º del artículo 1882 del código citado, en el cual se hace por el legislador una aplicación del principio establecido en el artículo 1546 ibídem, puede en uso del arbitrio que le concede aquella misma disposición, perseverar en el contrato, con derecho a ser indemnizado de los perjuicios."

De esta suerte, el Tribunal sostiene estos dos postulados:

El contrato se celebró atendiendo a la cabida de lo vendido; y

La cabida no se entregó completa.

Resulta entonces que a la parte demandada le corresponde establecer, para alcanzar éxito en su recurso, que la venta no se hizo por cabida, o que las varas pactadas sí fueron entregadas.

Y de una vez se dice que el recurrente no niega que la venta se hubiera hecho por cabida; su empeño se endereza a establecer que el contrato fué cumplido porque la cantidad de varas a que éste se refiere fueron entregadas.

Casación

Invoca el recurrente el primero de los motivos de casación del artículo 520 del C. Judicial y dice que la sentencia violó la ley sustantiva unas veces por apreciación errónea y otras por falta de apreciación de determinadas pruebas. En desarrollo de esto presenta cuatro cargos, pero el primero y el cuarto se pueden reducir a uno, porque aquél tiene este enunciado: "El Tribunal desconoció el hecho de haber cumplido la vendedora con la obligación de entregar en la forma pactada", mientras que el cuarto cargo versa sobre ésto: "El Tribunal desconoció las estipulaciones contenidas en la escritura de venta." Todo lo cual se reduce a que el Tribunal no fué fiel a las cláusulas del contrato cumplido por la parte demandada, según se sostiene. También los cargos segundo y tercero guardan estrecha relación, por lo cual se les estudiará en un mismo capítulo.

Cargos Primero y Cuarto:

Sobre aquél dice el recurrente:

Formulo así el primer cargo: La sentencia acusada desconoce que la vendedora cumplió con la obligación de entregar al comprador la totalidad del terreno vendido, de acuerdo con el contrato, "por lo cual el Tribunal incurrió en errores de

hecho y de derecho, y violó los artículos 1759, 1888, 1546, 1603, 1605, 1613, 1614, 1882, 1889 y 1625 del C. C., y 606, 632, 696, 593 del C. J."

Sobre el cargo cuarto dice el recurrente:

Formulo así el cargo: "Al afirmar el Tribunal que la vendedora entregó a la sociedad compradora una cantidad de varas inferior a la pactada, erró manifiestamente de hecho y de derecho, y violó los siguientes artículos: 1759, 1888, 1546, 1603, 1605, 1613, 1614, 1882, 1889, 1625 del C. C., y 606, 630, 632, 696, 593 del C. J."

Lo primero que se observa es que en el uno y en el otro cargo son idénticas las violaciones legales que el recurrente apunta. Y se observa después que el cargo es el mismo, aunque expresado con distintas palabras en los dos casos.

Sobre el primer cargo dice el recurrente:

"La cláusula cuarta fija la cabida total del terreno en treinta mil doscientas treinta y siete varas cuadradas con cinco centésimas de vara cuadrada (30.237,05 V2), según el plano a que allí se hace referencia.

"Para probar que esa cabida era exacta, bastan las simples operaciones aritméticas que se hacen en seguida:

Cabida total del terreno	30.237,05 —V2
Area del terreno vendido a la Arquidiócesis de Medellín	2.981,50 —V2
Saldo del terreno después de esta venta	27.255,55 —V2
Según el dictamen de los peritos, visible al folio 11 del cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia, el 12 de marzo de 1945, antes de firmar la escritura de venta a "Mora Hermanos & Cía.", doña Paulina era dueña de	27.266,79 —V2
De acuerdo con la operación anterior, el saldo de terreno disponible era de	27.255,55 —V2
Diferencia a favor de la señora Paulina	11;24 —V2

"Esta comporación demuestra que los peritos le asignan a doña Paulina una cantidad de terreno ligeramente mayor que la que resulta de la cláusula en estudio. Por consiguiente, aparecen establecidos con los mismos elementos probatorios del demandante, aceptados por el Tribunal, tres hechos que quiero puntualizar así: 1º Que la totalidad del terreno no alinderado en la cláusula primera del contrato tenía una cabida de treinta mil doscientas treinta y siete varas cuadradas y cinco centésimas de vara cuadrada (30.237,05 - V2), tal como lo expresa la cláusula cuarta;

"Que deduciendo de esa cantidad dos mil novecientos ochenta y una varas cuadradas y cincuenta centésimas de vara cuadrada (2.981,50 - V2), vendidas a la Arquidiócesis de Medellín, le quedaron a la señora Paulina Uribe v. de Mejía veintisiete mil doscientas cincuenta y cinco varas cuadradas y cincuenta y cinco centésimas de vara cuadrada (27.255,55 - V2); y

"Que deduciendo de veintisiete mil doscientas cincuenta y cinco varas cuadradas y cincuenta y cinco centésimas de vara cuadrada (27.255,55 - V2) **"lo destinado para las vías públicas en proyecto"**, o sea siete mil trescientas setenta y ocho varas cuadradas y cinco centísimas de vara cuadrada (7.378,05 - V2), **como queda expresado en la cláusula precedente"**, quedan diez y nueve mil ochocientos setenta y siete varas cuadradas con cuarenta y seis centésimas de vara cuadrada (19.877,46 - V2).

"Esas **diez y nueve mil ochocientas setenta y siete varas cuadradas y cuarenta y seis centésimas de vara cuadrada** (19.877,46 - V2), cuya existencia es imposible desconocer, fueron las que le vendió la señora Paulina Uribe v. de Mejía a la Sociedad Regular Colectiva de Comercio denominada "Mora Hermanos & Cía", por medio de la escritura pública número 909, de 12 de marzo de 1945, de la Notaría Segunda de Medellín. Así lo dice con absoluta precisión la cláusula cuarta del instrumento mencionado. Y la veracidad de lo consignado en dicha cláusula está probada con el dictamen de los peritos, que el Tribunal acoge íntegramente como plena prueba."

En relación con el Cargo Cuarto expresa el recurrente:

"Después de la venta hecha a la Arquidiócesis de Medellín, le quedaron a doña Paulina 27.255,55 V2, que computadas a razón de $ 8.00 por vara cuadrada, valen $ 218.044,40. Deduciendo del terreno 7.378.05 V2, quedaba un área neta de 19.877,46 V2, que a razón de $ 10.00 vara cuadrada, valían únicamente la suma de $ 198.774,60. La Sociedad "Mora Hermanos & Cía.", resolvió comprar el área neta, porque con ello obtenía una utilidad de $ 19.269,80 Esto demuestra que el comprador estudió cuidadosamente la negociación, circunstancia que, además, está confirmada por las declaraciones del señor Carlos Ortiz y las confesiones del demandante. Consta expresamente en la cláusula Cuarta del contrato de compra-venta, la forma en

que los contratantes hicieron las deducciones para determinar el área neta del terreno, que resultó ser de 19.877,46 V2. Esta cabida fue fijada y aceptada de común acuerdo por las partes, y ya en repetidas ocasiones he demostrado que correspondía exactamente al predio donde estaba contenida. La obligación que adquirió la vendedora fué, pues, de entregar una cantidad de terreno **liquidada expresamente** y con absoluta claridad en el momento de la negociación, es decir, **excluyendo** meramente la carrera "Pedro de Castro" y las calles 34 y 35, de acuerdo con los antecedentes del negocio. Se ha visto en el curso de lo escrito, la comprobación plena allegada a los autos, de que la señora Paulina v. de Mejía, puso a los compradores en posesión del predio de 30.237,05 varas, donde estaban comprendidas todas las cantidades de terreno que se expresaron en las cláusulas Tercera y Cuarta de la escritura Nº 909 de 12 de marzo de 1945 de la Notaría 2ª de Medellín. Quedó así cumplida en su totalidad la obligación contraída por doña Paulina, no sólo en lo concerniente al contrato mismo, sino también en armonía con la intención de los compradores. El cumplimiento de esta obligación, consta expresamente en la cláusula duodécima de la escritura de venta en donde se dijo que la vendedora hacía entrega real y material del terreno vendido, declaración aceptada en toda su integridad por la sociedad compradora como consta en el ordinal a), inmediatamente subsiguiente a dicha cláusula en el cual el comprador declaró que acepta la escritura y todas las declaraciones contenidas en ella."

Lo que el recurrente anuncia hasta aquí como cargos contra la sentencia son voces de la escritura, que el Tribunal no ha desconocido.

Que en la cláusula Cuarta se fija la cabida total del terreno que originariamente poseía la vendedora en treinta mil doscientas treinta y siete varas cuadradas con cinco centésimos de vara, es verdad que el Tribunal no ha desconocido.

Que de esta área se dedujeron dos mil novecientos ochenta y una varas cuadradas con cincuenta centésimas vendidos a la Arquidiócesis de Medellín, es punto también expresado en la escritura y que el Tribunal no desconoce.

Que restando esto de aquello queda un total de veintisiete mil doscientos cincuenta y cinco varas con cincuenta y cinco centésimos, es resultado aritmético que el Tribunal no podía desconocer.

Que deduciendo de este resultado aritmético la cantidad de siete mil trescientos setenta y ocho varas con cinco centésimos "destinado para las vías públicas en proyecto" quedan diez y nueve mil ochocientas setenta y siete varas con cuarenta y seis centésimos, es también resultado aritmético, que está de acuerdo con las voces de la escritura que el Tribunal en ninguna parte desconoció.

Sintetizando, se tiene lo siguiente que el Tribunal no ha negado:

Tenía inicialmente la vendedora, varas cuadradas		30.237,05
Vendió a la Arquidiócesis, varas cuadradas	2.981,50	
Destinó a vías públicas en proyecto	7.378,05	
Resta		19.877,46

Estas son "las diez y nueve mil ochocientas setenta y siete varas cuadradas, cuarenta y seis centésimas de vara cuadrada, de la vara lineal de ochenta centímetros por lado, parte del globo de terreno de manga o potrero, con casa de tapias y tejas", que de acuerdo con la escritura 909 ya citada, le fueron vendidas a Mora Hermanos & Cía., según la cláusula Sexta.

Se está tratando sobre resultados aritméticos, que el Tribunal no pudo desconocer; no se le puede acusar por errores en estos resultados, que cometidos, sería el caso del artículo 483 del C. Judicial conforme al cual esos errores se pueden enmendar por el juzgador, de oficio o a solicitud de parte. Lo que precisa establecer aquí es si cada uno de esos guarismos corresponde a una realidad, ya que la venta se hizo por cabida y no como cuerpo cierto, según lo tiene aceptado el recurrente. Y ante esto, se presenta a estudio la presente cuestión: le fueron entregadas a los actores las varas cuadradas de terreno de que habla la escritura? El demandado dice que sí, y trata de establecerlo con las razones simplemente aritméticas que se han dejado estudiadas; mientras que el actor dice que no le fueron entregadas las 19.877,46 V2 a que se obligó la vendedora, porque las 7.378,05 V2 de que se hizo reserva en la escritura para vías públicas en proyecto no corresponden a una realidad porque dentro de esas vías públicas no se incluyó la ampliación de la carrera Palacé, que ya estaba decretada y proyectada cuando la venta se hizo.

En síntesis: con las simples razones aritméticas, tomadas de la escritura sobre la compraventa, no puede establecer el demandado que cumplió el contrato, y que el Tribunal violó los artículos legales que el recurrente cita; de donde resulta que

las acusaciones a que se contraen los motivos primero y cuarto no pueden prosperar. Sin que valga el argumento de que los compradores recibieron el inmueble y entraron a disfrutarlo, porque el recurrente ha aceptado que la venta se hizo por cabida, y es preciso entonces dejar establecido que la cabida fué cumplida por la vendedora; y sin que valga tampoco la razón que se invoca acerca de que el plano que para la operación se tuvo en cuenta dé razón de los mismos guarismos que se encuentran en la escritura.

En el cargo cuarto el recurrente hace esta afirmación, que subraya: "La obligación que adquirió la vendedora fué, pues, de entregar una cantidad de terreno líquido expresamente y con absoluta claridad en el momento de la negociación, es decir, ercluyendo meramente la carrera Pedro de Castro y las calles 34 y 35, de acuerdo con los antecedentes del negocio." Cubre esta afirmación el recurrente con la razón de que en la escritura se expresó que la vendedora hacía entrega real y material del terreno vendido, y que los compradores aceptaron esta declaración. Pero tratándose de una venta por cabida, esa razón no es valedera, y el contrato no se cumple sino cuando la cabida es exacta. Aquella afirmación subrayada del recurrente no aparece establecida en los cargos que se han dejado examinados; pero en los otros cargos que se estudiarán en seguida se presenta la oportunidad para estudiar el punto.

Mas antes de rematar el examen de este Capítulo, conviene estudiar a espacio la cuestión sobre entrega del terreno, de que se acaba de hablar en los párrafos anteriores, entrega a que especialmente se contrae el recurrente en una parte del cargo primero, y que aparece alegada en varios lugares de la demanda de casación. Dice el recurrente que el predio lo tenía destinado la actora para pastaje de animales, que por eso estaba encerrado con cercos, con una sola entrada, y que así lo recibieron y lo ocuparon los actores, hechos éstos que se encuentran establecidos no sólo por confesión de éstos, sino por voces de la misma escritura de compraventa. Y agrega: "La sentencia acusada desconoce que la vendedora cumplió con la obligación de entregar al comprador la totalidad del terreno vendido, de acuerdo con el contrato", por lo cual la acusa por errores de hecho y de derecho, y como consecuencia de ellos, por violación de varios textos legales que allí cita.

Lo primero que se observa es que el recurrente se está refiriendo al cerramiento del lote general, lote en manga que estaba destinado a pastaje de animales; no a cerramiento de la extensión vendida, pues ésta no se encerró por linderos.

Conviene entonces hacer estudio de lo que se dice en la cláusula **Duodécima** de la escritura de compraventa varias veces citada, cláusula en que se expresa que a Mora Hermanos & Cía. se le hizo entrega material de la cosa vendida, estipulación que el recurrente invoca como una defensa contra el hecho afirmado en la demanda acerca de que no está completa la cabida a que la escritura se refiere. Mas antes es preciso hacer una enunciación siquiera sintética de las cláusulas de la escritura, para mostrar sobre todo que lo vendido a Mora Hermanos & Cía. no fué en ningún caso medido, sino que se llegó a lo enajenado por medio de simples deducciones, es decir, por sustracción.

La cláusula **Primera,** que corresponde a una historia sobre adquisición de un inmueble mayor o lote general de que se acaba de hablar, en el cual se encuentra el vendido, dice que la vendedora adquirió por herencia "un lote de terreno en manga, situado en el paraje Guayaquil en la continuación Sur de la carrera Palacé." (Desde aquí se ve que el inmueble estaba situado en la continuación de Palacé, lo que quiere decir que la carrera Palacé tocaba al menos con el inmueble.) Esto se refiere a unos antecedentes sobre el inmueble mayor, que poca significación tiene en relación con lo vendido, pues ni siquiera dice esa cláusula cuánto medía ese terreno en manga.

La cláusula **Segunda** dice que la otorgante demandada vendió después a la Arquidiócesis de Medellín parte de la manga con cabida aproximada de 2.981,50 varas de ochenta centímetros. Y es otro dato de historia, de poca incidencia en la operación de compraventa.

La cláusula **Tercera** habla de que el lote en manga será atravesado por unas vías que requieren 7,378,05 varas cuadradas "que la otorgante destina a dicha carrera y para las calles indicadas en proyecto". Otros datos historiales que no influyen en el caso concreto de una venta por cabida.

La cláusula **Cuarta** dice que el inmueble en manga, según el plano que se protocoliza (no se protocolizó), mide 39.237,05, y que deduciendo las dos destinaciones anteriores, quedan 19.877,46 varas cuadradas.

La cláusula **Quinta** expresa que estas varas están radicadas en cuatro lotes y en uno de ellos está lo vendido a la Arquidiócesis. También esto es historia sin importancia.

La cláusula **Sexta** dice que se vende a los demandantes las 19.877,46 varas de que habla la

cláusula Cuarta, "parte del globo de terreno en manga o potrero, situado en el paraje Guayaquil, en la continuación Sur de la carrera o camellón Sur de Palacé, determinado por sus linderos generales en la cláusula primera". No se pierda de vista que se repite que el inmueble está situado en la carrera Palacé, y que al delimitarse en esta cláusula los lotes citados atrás, se hace figurar en tres la carrera Palacé como límite de ellos.

Aquí está lo vendido, por sustracción, como se dijo, y no porque se hubiera medido. Los linderos citados en la cláusula son los generales del lote mayor. A lo vendido no se le señaló linderos precisamente porque se vendía por cabida, y el inmueble no se individualizaba mientras no se midiera.

La **Séptima** habla de libertad de lo vendido.

La **Octava** habla de que la vendedora trasmite las varas de terreno mencionadas con sus anexidades, etc.

La **Novena** habla del precio.

La **Décima** se examinará adelante.

La **Undécima** habla del saneamiento.

La **Duodécima** habla de la entrega.

Esta cláusula de entrega, en la cual el recurrente busca apoyo, es intrascendente tratándose de venta por cabida que no se mide antes del contrato. Pudo no escribirse. Al vendedor corresponde "entregar la cosa (artículo 1882 del C. C.). Pero tratándose de venta por cabida, no hay cosa individualizada mientras no se mida, y no hay, por tanto, "cosa" para entregar.

Aquella cláusula no significa en modo alguno una renuncia del comprador sobre la garantía de la cabida. Puede ella estar escrita, y el comprador siempre tendrá derecho a que se le garantice la cabida.

Porque, ¿qué es entrega? Dijo la Corte: "La manera como debe entregarse materialmente un cuerpo cierto, un inmueble determinado por sus linderos, está indicándole la misma naturaleza del bien, susceptible de aprehensión material". (G. J. 1937, pág. 617.) Pero ocurre que aquí no hubo linderos de lo vendido, precisamente porque la venta se hizo por cabida, y entonces la entrega no pudo realizarse. Los linderos se refieren al lote general, a la manga. Esa entrega sólo se puede hacer midiendo el lote, porque midiéndolo, surge ya un cuerpo cierto, individualizado, susceptible sí de entrega. Planiol y Ripert dicen: "La entrega es una operación indispensable en todos los casos. Cuando el contrato ha trasmitido por sí solo la propiedad de la cosa, es preciso además que esa cosa sea puesta a la disposición del comprador. Cuando la propiedad no ha sido trasmitida por el contrato, la entrega es igualmente necesaria, porque de ese modo es como por regla general se efectúa la individualización que viene a consumar la trasmisión de la propiedad." Y dice además: "Cuando la venta se refiere a cosas no individualizadas, la trasmisión de la propiedad no puede producirse inmediatamente, quedando aplazada y realizándose solamente desde el momento en que la cosa vendida se individualiza." Y cita, entre otros casos, la trasmisión de las cosas que hay que contar, pesar o medir. (Código Civil. Tomo X, folios 10 y 67.)

En el presente caso, en que no hubo medida, no hubo tampoco individualización, y la cláusula sobre entrega carece entonces de sentido jurídico, porque esa cláusula no puede referirse sino a una entrega de cuerpo cierto. El señor Vélez dice: Si se vende cierta extensión, como 10 hectáreas que deben tomarse de cierto predio, por un precio fijo, como $ 1.000 la hectárea, el precio está determinado, pero no así la cosa, porque no se sabe cuáles son las 10 hectáreas vendidas, mientras no se midan, que es lo indispensable para demarcarlas. (Derecho Civil Colombiano. Tomo VII, pág. 220.)

El recurrente, alegando en favor de su tesis, hace el denuncio de que los actores entraron de inmediato a ocupar el terreno de la escritura; y acerca de esto conviene transcribir aquí lo que dijo la Corte:

Como la venta no fué un derecho en un indiviso, sino la superficie de un fundo fijada en diez mil varas, es rigurosamente exacta la afirmación del sentenciador de que la entrega está pendiente. Si lo vendido hubieran sido derechos en una comunidad, podrían valer las declaraciones de los testigos respecto a la ocupación con animales que hizo el comprador de un pedazo de terreno, como entrega material; pero como se trata de una extensión determinada por cabida, es evidente que la entrega no puede verificarse sino mediante la individualización que no se hizo. (G. J. T. XXXI, pág. 152.)

Cargos Segundo y Tercero

Se pueden considerar de una vez estos dos cargos, según se anunció atrás, no sólo porque en ellos se apuntan unas mismas violaciones legales, sino porque en el uno se trata de lo que los peritos decidieron de acuerdo con el plano, y el otro versa

sobre el error del Tribunal en la apreciación del dictamen pericial.

Expresa el recurrente que el Tribunal atribuyó al plano traído a los autos consecuencias de que carece. La escritura dice que con ella se protocoliza un plano sobre el inmueble que era de la vendedora, protocolización que no se realizó; pero en el expediente figura un plano que ambas partes aceptan como el que sirvió de base a la operación comercial entre ellas. Tal plano lo hizo levantar la vendedora por conducto de la entidad "Ingeniería y Construcciones S. A.", y fué aprobado por la Sección de Urbanización y Planeamiento de la Dirección de Obras Públicas Municipales, aprobación que lleva una fecha anterior a la escritura de compraventa: 4 de abril de 1944.

Con base en ese plano y teniendo en cuenta la escritura de la compraventa, los peritos que intervinieron en la identificación del inmueble y en la definición de las varas cuadradas entregadas a los compradores, expresaron: "Situados en el lugar ocupado por el inmueble o lotes a que se refiere la presente, constatamos que sí corresponden relativamente a lo expresado en la escritura 909 de 12 de marzo de 1945, y a los planos adjuntos al expediente. El área total de los cuatro lotes comprendidos entre los hilos actuales de calles y carreras y de las edificaciones que hay en algunos de ellos, es de diez y ocho mil cuatrocientos noventa y nueve varas con cincuenta décimas de vara cuadrada, de los de ochenta centímetros por vara."

Dice el Tribunal, y ello aparece de las pruebas sin que haya sido objetado por el recurrente, que tres de los lotes a que se refiere la cláusula sexta de la escritura lindan por sus costados con la carrera Palacé, prolongación de esta misma y calles en proyecto, y que el cuarto confina con la prolongación en proyecto de la carrera Pedro de Castro. Lo cual no deja duda de que la carrera Palacé y su prolongación o ampliación estaban comprendidos dentro del plano, y por lo tanto dentro de la operación de venta.

Mas acerca de esto el recurrente formula estas objeciones contra la sentencia:

1ª—Que "consideró con base en el plano traído a los autos, que en la fecha de celebración del contrato, la ampliación de la carrera Palacé estaba prevista, siendo así que la única constancia eficaz que tiene ese plano es la de que quedaba aprobada la prolongación de las calles 34 y 35";

2ª—Que se atuvo a lo que dijeron los peritos con referencia al plano, "sin caer en la cuenta de que los peritos midieron el predio, no por los linderos que tenían en el momento de la entrega al comprador, sino por los que hallaron en la fecha en que lo visitaron para rendir el dictamen, es decir, dos años después de consumada dicha entrega."

3ª—Que no tuvo en cuenta las cláusulas tercera y cuarta de la escritura, según las cuales la vendedora sólo se obligó a entregar lo que quedara después de deducir lo vendido a la Arquidiócesis y 7.378,05 varas cuadradas "destinadas a las calles 34 y 35 y a la carrera Pedro de Castro."

4ª—Que no tuvo en cuenta las pruebas sobre aprobación del plano "según las cuales en la época de la venta solamente existía el compromiso de ceder al Municipio el terreno necesario para la apertura de las calles 34 y 35, y no el de ceder terreno alguno para la ampliación de la carrera Palacé";

5ª—Que no se tuvo en cuenta la cláusula Décima del contrato conforme a la cual "la vendedora queda libre de la apertura de calles, carreras e impuesto de valorización que puedan derramarse sobre lo vendido por cualquier causa o razón, asumiendo la Sociedad todo lo relacionado al efecto con el Municipio y la Nación, si a ello hubiera lugar."

6ª—Y en relación con el cargo tercero relacionado con el dictamen pericial, dice el recurrente lo que sigue: "Al afirmar que la vendedora entregó a la Sociedad compradora una cantidad de varas inferior a la pactada, el Tribunal incurrió en un error manifiesto de hecho, porque hizo decir a los señores peritos algo que ellos no dijeron: que el terreno entregado por la vendedora tenía una cabida inferior a la pactada."

Como se dijo ya, el recurrente señala como violados los mismos textos legales del cargo anterior, que son también idénticos a los enunciados en los cargos primero y cuarto, que atrás quedaron citados.

Antes de continuar, es conveniente transcribir de la escritura comentada las cláusulas que guardan relación con la reserva que hizo la vendedora para atender a calles y carreras ya decretadas, y de lo cual la vendedora no podía disponer.

Cláusula Tercera: "Que siguiendo la dirección actual de la carrera Pedro de Castro, que tiene una latitud de diez y seis metros, el lote de terreno en referencia será atravesado con su prolongación Sur, y, además, serán abiertas dos calles de oriente a occidente, ambas de la misma latitud,

que pongan en comunicación la expresada carrera Pedro de Castro con la carrera o Camellón de Palacé, cuyas fajas de terreno necesarias al efecto alcanzan, en conjunto, a la totalidad de siete mil trescientos setenta y ocho varas cuadradas, cinco centésimas de vara cuadrada (7.378,05), de la vara lineal de ochenta centímetros, que la otorgante vendedora destina a dicha carrera o prolongación y para las calles indicadas, en proyecto.

Cláusula Décima: "Que en virtud de esto la vendedora queda libre de la apertura de calles, carreras e impuestos de valorización que puedan derramarse sobre lo vendido por cualquier causa o razón, asumiendo la Sociedad compradora todo lo relacionado al efecto con el Municipio y la Nación, si a ello hubiere lugar."

El recurrente invoca en su defensa estas dos cláusulas para sostener que la vendedora no estaba obligada a hacer reserva relacionada con la carrera Palacé; pero cabe observar de una vez que la destinación que se hizo en la escritura de 7.378,05 varas cuadradas, con destino a la prolongación de la carrera Pedro de Castro y para las calles que pongan en comunicación esta carrera con la de Palacé, no prueba que la vendedora no tuviera que hacer también reserva para esta última carrera; y cabe observar también que si es verdad que los compradores se obligaron a cargar con todo gasto ante el Municipio y aun ante la Nación por concepto de apertura de calles y carreras e impuesto de valorización "**que pueda derramarse sobre lo vendido** por cualquier causa o razón", ello hay que entenderlo en el sentido de que todo esto corresponde a los compradores, pero después de celebrado el contrato; lo cual indica que es preciso estudiar este punto: debió la vendedora hacer reserva de terreno, es decir, no venderlo, para la carrera Palacé, porque ésta ya estuviera definida en su ampliación o líneas fijas, cuando el contrato se celebró? Esto es lo que corresponde estudiar, y se hará adelante. Nótese que la Cláusula Décima, en la parte que la Sala subrayó atrás, habla de impuesto de valorización que pueda derramarse sobre lo vendido; lo cual muestra que no se trata en esta cláusula de los impuestos ya derramados, sino de los que se pudieran derramar con posterioridad a la escritura. Esto se examinará adelante más extensamente.

Y ahora sí se entran a estudiar las quejas u objeciones del recurrente contra la sentencia en debate.

a). Se queja el recurrente de que el Tribunal consideró, con base en el plano, que a la fecha del contrato la ampliación de Palacé estaba prevista. Y éste, que es el punto cardinal y definitivo en la controversia, se va a analizar.

Ya está dicho que la operación se hizo con base en un plano, que en la escritura se prometió protocolizar pero que no se hizo así; mas está dicho también que en el expediente figura el plano, aceptado por ambas partes. Tal plano es el mismo que la vendedora hizo levantar por mano de "Ingeniería y Construcción S. A.", y que fué aprobado oficialmente en abril de 1944. Y se expresó atrás que con base en ese plano intervinieron los peritos que aquí han dictaminado sobre el número de varas cuadradas que los compradores recibieron.

Los peritos tomaron medidas dentro de los **hilos actuales** de las calles y carreras, y entonces es preciso estudiar si esos hilos actuales a que se refieren los peritos, son los mismos que existían al momento del contrato, si después de éste se decretaron ampliaciones de la carrera Palacé; porque si fueron decretadas, la destinación de faja corre por cuenta de los compradores, según la cláusula Décima de la escritura, que se trascribió.

En el cuaderno de pruebas de la parte actora, folio 7, se lee esto que corresponde a un certificado oficial del Municipio de Medellín:

"Con fecha 4 de abril de 1944 se aprobó en la Oficina de Urbanismo y Planeamiento la prolongación de las calles 34 y 36 y las carreras 48 y 50 mediante plano elaborado por Ingeniería y Construcciones S. A. y a nombre de la señora Paulina Uribe v. de Mejía.

"El proyecto de urbanización fué aprobado tal como lo presentaron Ingeniería y Construcciones S. A. y en él quedaron definidas las zonas edificables y las zonas para las calles y carreras según los proyectos de ese entonces."

En el cuaderno de pruebas de la parte opositora, folio 7-v, se encuentra una nueva certificación del Municipio, en la cual se lee:

"En la carrera 50, en la parte que hoy corresponde a la Iglesia del Perpetuo Socorro, en construcción, como también en propiedad de los señores Mora Hermanos & Cía, no se ha proyectado ningún ensanche. Sólo se han conservado los hilos fijados por medio de mojones sobre el terreno y señalados en el plano de Urbanización aprobado a la señora Paulina Uribe v. de Mejía en abril 4 de 1944. Y se agrega: ....."el hilo fué fijado por el urbanizador y aceptado por esta oficina; por lo tanto, en el lugar considerado no hay ensanche."

De esto resulta probado plenamente, con documentos oficiales:

Que el 4 de abril de 1944, mucho antes del contrato celebrado entre las partes, fué aprobado el plano que hizo elaborar la vendedora y que sirvió de base a la negociación.

Que de acuerdo con ese plano quedaron definidas los calles y carreras en la zona a que él se refiere.

Que después del contrato no se ha proyectado ningún ensanche en la carrera 50, que es la de Palacé, en la parte de la Iglesia, y del inmueble de Mora Hermanos & Cía., lo que quiere decir que nada nuevo ha ocurrido distinto a lo que existía el día de ese contrato;

Que se han observado los hilos y mojones fijados en el plano de la señora Uribe v. de Mejía; lo que lleva a concluír que esos hilos y mojones existían cuando el contrato en examen se realizó; y

Que el hilo de la carrera Palacé fué fijado en el plano y aceptado por la Oficina Municipal.

Todo lo cual lleva a estas conclusiones: cuando el contrato fué firmado, existía la misma situación que contemplaron los peritos, y cuando éstos hablan de que tuvieran en cuenta los hilos actuales de la carrera Palacé, esos hilos eran los del plano que la vendedora mandó confeccionar, y que aprobado por el Municipio, sirvió de base a la operación entre demandantes y demandada.

Y lleva también al tribunal a esta otra conclusión contemplada en la sentencia, en la siguiente forma textual: "Sobra anotar que de acuerdo con las estipulaciones contenidas en la escritura N° 909 de 12 de marzo de 1945, de la Notaría Segunda de Medellín, la vendedora recibió el valor de las diez y nueve mil ochocientas setenta y siete varas cuadradas con cuarenta y seis centésimas de vara cuadrada y sólo entregó diez y ocho mil cuatrocientas noventa y nueve varas cuadradas con cincuenta centésimas de vara cuadrada. De suerte que dejó de entregar mil trescientas setenta y siete varas cuadradas con noventa y seis centésimas de vara cuadrada, a pesar de que la venta se hizo con relación a la cabida, razón por la cual es perfectamente procedente la acción ejercitada por la sociedad demandante, de conformidad con lo ordenado en el inciso 2º del artículo 1546 del C. C. Las anteriores afirmaciones están demostradas por los distintos elementos probatorios aportados al proceso. Tales asertos aparecen corroborados mediante el informe dado por la Sección de Urbanización y Planeamiento, por la manifestación hecha por el señor Carlos Ortiz, quien obró como comisionista en el negocio y por la propia confesión de doña Paulina Uribe v. de Mejía al absolver las posiciones formuladas por Mora Hermanos & Cía. (f. 7 del c. de pruebas de la parte actora y 17 del juicio o cuaderno principal)".

Ya se vio lo que fue expresado por la Sección de Urbanización y Planeamiento del Municipio.

La confesión a que el Tribunal se refiere, es la siguiente: Se le preguntó en posiciones a la demandada: "Es verdad, sí o nó, que usted jamás ha pretendido vender a Mora Hermanos & Cía. ni a nadie fajas de terreno destinadas en planos aprobados por el Municipio de Medellín a ampliaciones de calles y carreras, pues es claro que usted vendió las 19.877-46 varas de su propiedad y no las que tenía destinadas ya a vías públicas?" Y contestó la interrogada: "Es cierto".

Y en cuanto al citado Carlos Ortiz, se tiene: Fue éste el comisionista intermediario entre los contratantes para la realización del negocio, y después de afirmar lo mismo que dice la escritura en sus partes esenciales, manifestó bajo juramento: que actuó en la operación siguiendo instrucciones del doctor Rafael Mejía, hijo de la señora Uribe v. de Mejía, y que la intención de éste fue "la de vender a Mora Hermanos & Cía. la cantidad de terreno de 19.877.46 varas cuadradas del terreno comprendido dentro del plano y con excepción de las calles, pues no tratamos de fajas ni conocía como ya dije, la aprobación del plano en cuestión" g) "Es verdad que la intención de los compradores fue la de adquirir la cantidad de terreno ya indicada, con excepción de las calles, pues ésta fue la oferta que me hizo don Eliseo Mora para cerrar el negocio: le pago a diez pesos la vara de terreno, libre de calle y así lo efectuamos, por orden del doctor Mejía Uribe".

Como se ha visto, el Tribunal formó concepto sobre el negocio, especialmente en las tres pruebas que se han examinado. Esa apreciación del Tribunal no ha sido acusada por evidente error de hecho; y si lo hubiera sido, no aparece que en la sentencia se hubiera incurrido en un error de hecho evidente, y antes bien, la deducción sacada por el Tribunal es muy racional y jurídica.

b) Se queja el recurrente de que los peritos no midieron el inmueble de la compraventa, por las líneas que existían al momento de la operación, sino por las que hallaron al momento de la inspección. Pero ya está dicho que esas líneas eran las del plano, y que los peritos tuvieron en cuenta, no sólo ese plano, sino otros del Municipio so-

bre la zona que se ha contemplado, según ellos mismos declaran.

c) Dice el recurrente que el sentenciador no tuvo en cuenta las cláusulas tercera y cuarta de la escritura, conforme a las cuales la vendedora se obligó a entregar sólo lo que quedara después de deducir lo vendido a la arquidiócesis, y lo destinado a las calles 34 y 35 y carrera Pedro de Castro. Y atrás se estudió este punto, acerca del cual basta con decir: Como la demandada no vendió por linderos, sino por cabida, lo que se obligó a entregar no fue aquello sino un determinado número de varas cuadras, que no entregó completo.

d) Objeta el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta las pruebas sobre aprobación del plano, conforme a las cuales en la época de la venta sólo existía el compromiso de reservar el terreno para la apertura de las calles y carreras citadas, y no el de reservar cosa alguna para la carrera Palacé. A lo que se expresa que el Tribunal sí tuvo en cuenta la aprobación del plano y todas las consecuencias de esa aprobación, según ya se dejó estudiado.

e) Se queja el recurrente, de que el Tribunal no tuvo en consideración la cláusula décima del contrato conforme a la cual la vendedora quedaba libre de todo compromiso con el Municipio, y los compradores cargaban con todo gasto por concepto de nuevas calles, impuesto de valorización, etc. Pero ya se dijo que esto hay que entenderlo como compromiso de los actores para después del contrato; todo lo anterior a éste corresponde a la vendedora.

f) Se querella el recurrente de que el Tribunal hizo decir a los peritos que a la Sociedad se le había entregado una cantidad de varas cuadradas inferior al compromiso de la vendedora. Pero aquí es preciso expresar que esta conclusión la sacó el Tribunal de un conjunto de pruebas, y no del solo dictamen pericial.

Para rematar este fallo, conviene ampliar más el estudio sobre esta cuestión concreta, que es aquí cardinal: ¿Quién debe responder ante el Municipio sobre la carrera o ampliación de Palacé?

Está dicho y establecido en el expediente que cuando el contrato fue firmado ya había sido levantado por cuenta de la vendedora un plano que sirvió de base a ese contrato.

Está dicho y establecido con el plano, que en él figura la ampliación de Palacé, y que ese plano fue aprobado por el Municipio; lo que quiere decir que desde el mismo momento de la aprobación surgió un compromiso de la vendedora para con el Municipio, para soltar a éste, y al público, la faja destinada a tal ampliación.

Y está probado en el expediente que la extensión de tierra que debió entregarse a los compradores no está completa, porque dentro de esa extensión está comprendida la faja para la ampliación de Palacé. O en otros términos: que la cabida vendida sólo se completa con la faja destinada en el plano para Palacé.

En la cláusula tercera de la escritura de compraventa, que se dejó copiada atrás, se dice, de manera simplemente explicativa y no estipulatoria, que en lo vendido serán abiertas dos calles y la prolongación sur de la carrera Pedro de Castro. Y se dice de manera simplemente explicativa, porque la cláusula no entraña una obligación que se haya impuesto a los compradores. Podría sin embargo decirse que los compradores cargaron con la obligación de entenderse con el Municipio, para lo cual se hizo reserva de una extensión del terreno. Pero en la cláusula en mención no se hizo reserva para la ampliación de Palacé, sobre la cual existía de parte de la vendedora la misma obligación relacionada con aquellas calles y la otra ampliación, obligación a que daba razón y base la aprobación del plano. ¿Por qué se hizo la reserva parcial y no total? Sin duda que por olvido de la vendedora, quien está obligada por la ley al saneamiento de lo vendido.

Podría decirse también que el inmueble se vendió con base en un plano, y que como en éste se da razón de la ampliación de Palacé, los compradores hicieron la operación a sabiendas de que allí había un derecho a favor del Municipio. A lo cual se contesta que el plano da cuenta de la ampliación, pero no de que el asunto estuviera pendiente con la entidad municipal. Bien se podía suponer que excluída Palacé de la cláusula **Tercera**, era porque se había prescindido de la ampliación, o por otro motivo. A esta suposición daba pie la circunstancia de que se hiciera mención de unas calles y ampliación de una carrera, excluyendo la de Palacé, cuando ésta y aquéllas figuraron al mismo tiempo en el plano como un compromiso a favor del Municipio. Los compradores no podían suponer que deliberadamente y sin razón se prescindía de Palacé. Y si era que la vendedora quería hacer cargar sobre los compradores esa obligación relacionada con Palacé, necesitaba expresarlo en la escritura, pues de otra manera no podía lograr deshacerse de esa obligación para que los compradores la tomaran.

El hecho de que se hubiera nombrado en la cláusula Tercera unas calles y la ampliación de una carrera, está diciendo que se olvidó Palacé, que también figuraba en el plano. Pero no puede decirse que de este olvido deban responder los compradores, sólo porque esta carrera figuraba en el plano.

Pero se dirá que de acuerdo con la cláusula Décima, también copiada atrás, la vendedora entregaba a los compradores esa obligación para con el Municipio, y que no necesitaba entonces hacer reserva para Palacé, como sí la hizo para la otra ampliación y para las calles. Se examina esto:

La cláusula dice que la vendedora queda libre de la apertura de calles y carreras, y que los compradores "asumirán todo lo relacionado al efecto con el Municipio y la Nación".

Si esto se pudiera entender en relación con Palacé, se debería entender también en relación con la otra ampliación y con las calles de la cláusula Tercera, porque esta cláusula no ha dicho que los compradores quedaran con la obligación de atender a estos compromisos con el Municipio. Pero no: la cláusula Décima estipula para lo futuro, y en ningún caso para lo pasado. Esto es de lógica jurídica y la sola redacción de la cláusula, sobre todo cuando habla de impuestos **"que puedan derramarse"**, deja ver que se estaban considerando cargas posteriores al contrato. Para que esta cláusula pudiera referirse a Palacé, habría sido necesario que lo hubiera expresado, estipulando que los compradores debían hacerse cargo de la obligación que ya existía para con el Municipio. Una tácita obligación en este caso es inaceptable.

Pero esta consideración final es concluyente: si con la cláusula décima se quería responsabilizar a los compradores frente al Municipio, entonces carece de mérito lo que se dice en la escritura acerca de que se les vendían 19.877-46 varas cuadras, ya que dentro de esta cabida estaría comprendida la reserva de Palacé, que según el recurrente, corre por cuenta de los compradores. O se vendieron aquellas varas cuadradas, y entonces la cláusula Décima no dice que la obligación de Palacé es de los compradores. Mas como la cláusula sobre venta de 19.877.46 varas cuadradas es una obligación contractual, indudable y categórica, por esta cabida debe responder la vendedora.

Examinadas así todas las objeciones y observaciones del recurrente, se deja ver que no tiene razón en ninguno de los cargos contra la sentencia, y que, por tanto, ésta debe conservarse en pie.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha seis de noviembre de mil novecientos cincuenta.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA HACERSE LA DECLARACION DE PATERNIDAD NATURAL CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL DE EXISTENCIA DE RELACIONES SEXUALES ESTABLES ENTRE LOS PRESUNTOS PADRES.—NO ES MATERIA DE LA CAUSAL SEXTA DE CASACION LO RELACIONADO CON LA PERSONERIA SUSTANTIVA.

1.—Se ataca el fallo recurrido, porque el Tribunal consideró al demandado con la personería sustantiva necesaria para comparecer en el juicio. No por la adjetiva que implica el quebrantamiento de la forma del procedimiento y que produce la simple nulidad de la actuación. Planteado y formulado en esas condiciones, él entraña una cuestión ajena a la prevista en el inciso 2º del artículo 448 del C. J., puesto que afecta directamente a la acción ejercitada. La representación motivo de los ataques, por ministerio de la ley, envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho y se pretende deducírsele al demandado, cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva, pues, es de las que no requieren previo y especial pronunciamiento, como que ella constituye uno de los medios de defensa denominados excepciones perentorias: la ilegitimidad de la personería sustantiva.

2.—El ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 limita y subordina a dos circunstancias esenciales la declaración de paternidad natural con fundamento en esta causal: a la existencia de relaciones sexuales entre los presuntos padres con las características especiales de notoriedad y estabilidad; y a la vinculación de ésta, a límites temporales precisos, con punto de referencia al momento probable de la concepción, o sea, que a la ley no le baste la simple consideración de las relaciones sexuales, sino que ellas deben ser notorias y estables, y condicionadas a la fecha del nacimiento del hijo en relación con la época de su comienzo y de su cesación.

De aquí que los hechos que deben ser motivo principal del debate probatorio en la investigación de la paternidad, con apoyo en esta causal, son aquellas dos circunstancias, sin cuya comprobación se hace imposible aplicar, por el juzgador, y por ministerio de la ley, la presunción que se instituye en el ordinal 4º citado. Pues, si no se puede con certeza afirmar el estado de las relaciones sexuales con los caracteres de notoriedad y permanencia anotados, y desde o hasta cierta época, "la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída precisamente sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a su terminación".

3.—La técnica del recurso de casación, requiere cuando el Tribunal sentenciador acepta un documento como prueba de un hecho de la relación procesal, que tal concepto se destruya mediante un ataque en que se demuestre la apreciación errónea de ese elemento probatorio.

4.—La Corte ha adoptado unánimemente, a partir del año de 1945, la doctrina de que la acción de la ley 45 de 1936 es procedente contra los herederos del presunto padre.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Ana María Piedrahita Londoño, como representante legal de sus menores hijos Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita, por medio de apoderado, instauró demanda ante el Juez del Circuito de Urrao, para que con audiencia de **Jesús Vargas,** en su calidad de padre legítimo de **Manuel de Jesús Vargas,** y mediante los trámites de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que se declare por ese Juzgado, en senten-

cia que cause ejecutoria, que los menores Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita, mis hijos naturales lo son a la vez con igual carácter de hijos naturales del señor Manuel de Jesús Vargas;

"b) Que se declare asimismo, en consecuencia con la anterior solicitud, que los menores Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita tienen derecho a heredar a su padre natural Manuel de Jesús Vargas;

"c) Que se condene al señor Jesús Vargas a las costas del presente juicio, si se opusiere a la presente demanda después de ser notificado; y

"d) Que se obligue al señor Jesús Vargas a devolver con sus intereses a los menores Hernando y José Absalón Piedrahita lo que llegare a recibir en la herencia del señor Manuel de Jesús Vargas y que a éstos va a corresponder".

En resumen, son hechos de la demanda.

Hace unos veinte años o más, Ana María Piedrahita quien tenía doce años de edad, abandonó la casa paterna, seducida por el señor Manuel de Jesús Vargas, para irse a vivir con éste como concubina; desde esa época hasta la fecha de la muerte de Vargas, ocurrida en el mes de octubre de 1947, sostuvieron relaciones sexuales estables, notorias y públicas y, como consecuencia de ellas procrearon ocho hijos, de los cuales sólo sobreviven los menores Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita; las relaciones sexuales estables, notorias y públicas se desarrollaron la mayor parte del tiempo en la finca que aquél poseía como dueño en el Municipio de Betulia, denominada "La Icarala", donde convivían en una misma casa, durmiendo ambos en una misma pieza y en una sola cama, como si fuesen realmente casados.

Desde el nacimiento de los menores Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita, el señor Manuel de Jesús Vargas durante su vida los trató como sus hijos naturales y en tal carácter los presentaba a sus vecinos, amigos, trabajadores y simples conocidos, velando por ellos material y moralmente, suministrándoles lo necesario para su subsistencia, proporcionándoles médico y drogas cuando estaban enfermos, atendiendo a su educación, y en general prodigándoles toda clase de atenciones y cuidados paternales.

Manuel de Jesús Vargas murió en estado de celibato y dejó como único heredero a su padre Jesús Vargas; y cuando nacieron los menores Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita, tanto Vargas como Ana María Piedrahita podían contraer matrimonio entre sí, por no existir impedimento legal alguno ni canónico.

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 1º y 4º de la ley 45 de 1936 "y demás disposiciones pertinentes de dicha ley; el C. C. en sus artículos 401 y 404".

El demandado contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros y oponiéndose a las declaraciones pedidas, y además, propuso la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

El Juzgado del Circuito de Urrao falló el litigio en sentencia de 29 de noviembre de 1948, cuya parte motiva contiene las siguientes disposiciones:

"1º Declárase improcedente en este juicio y carente de toda base legal la **excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada,** propuesta por el apoderado de ésta en el memorial de contestación de la demanda, por las razones aducidas en la parte motiva de esta sentencia.

"2º Declárase que los menores **Hernando de Jesús** y **José Absalón Piedrahita,** hijos naturales de Ana María Piedrahita Londoño, tienen este mismo carácter respecto del finado Manuel de Jesús Vargas Rueda.

"3º Como consecuencia directa de lo anterior, DECLARASE que los referidos **Hernando de Jesús** y **José Absalón Piedrahita** tienen derecho a heredar a su padre natural Manuel de Jesús Vargas Rueda.

"4º Por no haber finalizado aún y estar suspendido el juicio de sucesión de Manuel de Jesús Vargas Rueda, mediante auto firme de este Juzgado, ni haberse hecho hasta ahora adjudicación alguna de bienes, dentro de tal juicio, al demandado Jesús Vargas, **no hay lugar** a hacer la declaración impetrada como súplica en la letra d) de la parte petitoria de la demanda. Sin costas".

De este fallo apeló el demandado, y le puso término a la segunda instancia el Tribunal Superior de Medellín con fecha 16 de agosto de 1950, el cual confirma el apelado.

Viene fundada la sentencia del Tribunal en que la demanda persigue la declaración de paternidad, con base principal en el hecho de que durante más de veinte años existieron entre Ana María Piedrahita y Manuel de Jesús Vargas, de manera notoria, relaciones sexuales estables y públicas, con comunidad de habitación, hasta el fallecimiento del último, como resultado de las cuales procrearon ocho hijos y que de éstos sólo so-

breviven Hernando de Jesús y José Absalón. Es decir, que se invoca la causal 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Para dilucidar la situación jurídico-procesal así planteada, el sentenciador estudia por separado las pruebas del demandante, y las del demandado producidas en ambas instancias. Las del primero, consisten en la absolución de posiciones por el demandado Jesús Vargas y en numerosos testimonios, cuyas partes transcribe en la sentencia; las del segundo, en los testimonios de Francisco A. Hernández, Felipe Rivera, José A. Piedrahita, Octavio Rodríguez, Libardo Giraldo y Pedro Nolasco Morales, y algunos otros en la segunda instancia.

"De la relación de las pruebas, dice el Tribunal, que corren los autos producidos por las partes se observa pues, que seis testigos, dos de ellos hijos del demandado, explican o respaldan sus testimonios por circunstancias que los refieren a hechos concretos y percibidos directamente por los propios declarantes, hechos esos que son: comunidad de habitación que tuvieron Manuel de Jesús Vargas y Ana María Piedrahita y que tuvo asimismo el primero con los menores Absalón y Hernando de J.; mantenidas desde que entre ellos existieron relaciones sexuales estables y de manera notoria; que el hombre atendió permanentemente a esos menores desde que nacieron hasta el fallecimiento del mismo, proveyó a su subsistencia y crianza, educación y salud, los presentó a sus amigos y parientes y al vecindario en general, como sus hijos naturales y que el público consideró a esos niños como fruto de dichas relaciones".

Destaca la sentencia de la prueba testimonial allegada por el actor, las declaraciones de José Miguel Gómez, padrino de bautismo del menor José Absalón; Antonio J. Londoño, quien se refiere al nacimiento del otro menor José de Jesús, y la de Modesto Restrepo, quien alude a las confidencias que le hizo Manuel de Jesús Vargas de los proyectos que tenía, poco antes de fallecer, de casarse con Ana María Piedrahita.

En seguida se contesta en la sentencia las alegaciones del apoderado de la parte demandada, referentes a la afirmación hecha por éste, de que las atenciones esporádicas de que fueron objeto los menores Piedrahita, prodigadas por Manuel de Jesús Vargas, no constituyen la posesión del estado de hijo natural, y menos la posesión notoria del estado civil de esos niños, observándose que: "la objeción no procede porque propiamente la parte actora situó desde la demanda el caso en el evento previsto en el numeral 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936", y se agrega:

"Las partidas de nacimiento correspondientes a José Absalón y Hernando de Jesús que corren a fls. 4 y 5 del juicio acompañadas a la demanda, demuestran que nacieron en noviembre y mayo de 1935 y 1934, respectivamente, y los testigos afirman que las relaciones sexuales estables que de manera notoria existieron entre Manuel de J. Vargas y Ana María Piedrahita se iniciaron dos o tres años antes del primer nacimiento y agregan que la pareja tuvo comunidad de habitación. No se trata pues de un pleito fundado en posesión notoria del estado civil, ni son esas relaciones esporádicas. La abundante prueba testimonial aducida por la parte actora no se presta a interpretaciones ambiguas o dudosas".

En cuanto a las relaciones sexuales de Ana María Piedrahita que se le imputa tuvo con hombres distintos a Vargas, contesta el sentenciador:

"La Sala considera que el testimonio de Leonardo Piedrahita se refiere a relaciones de Ana María del mismo apellido con Felipe Rivera en 1940, y al contestar la pregunta, declara que no se sabe cuánto duraron esas relaciones. De modo que la convivencia de los dos, si existió, fue posterior en varios años a la concepción y nacimiento de los menores". Y que lo mismo puede decirse de las otras relaciones que se le achacan, todas si existieron, fueron con posterioridad al fallecimiento de Manuel de Jesús Vargas.

Infiere el Tribunal de la absolución de posiciones del demandado Jesús Vargas, cuando expresa que pensó dar parte de los bienes dejados por su hijo Manuel de Jesús a los menores, y educar a uno de ellos, un indicio vehemente de la paternidad del último respecto de ellos, y concluye:

"No puede negarse que los hechos que afirman los declarantes forman o constituyen la presunción de que existieran entre Vargas y la Piedrahita las relaciones sexuales a que se refiere la disposición transcrita, por más de diez y ocho años.

El recurso

Recurrió en casación la parte demandada, contra este fallo, y lo apoya en las causales 6ª y 1ª del artículo 520 del C. J.

Causal sexta

Se acusa la sentencia recurrida, "por haberse incurrido en el motivo de nulidad determinado expresamente en el ordinal 2º del artículo 448 del C. J.: ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes".

El cargo está fundado en los siguientes motivos, que se entresacan de su dilatado desarrollo.

"a) Que estando dirigida la demanda contra Jesús Vargas en su condición de heredero único de Manuel de Jesús Vargas, 'en los autos no existe constancia de ese carácter o condición de representante de Manuel de Jesús Vargas fallecido y de quien se pide la declaración de ser hijos suyos naturales con la intervención del primero de los nombrados'.

"Que la parte actora se limitó a traer en relación con la titularidad del demandado Jesús Vargas como sucesor jurídico de Manuel de Jesús Vargas y representante de la sucesión, una partida de defunción de Isidora Rueda que se dice fue esposa de dicho Jesús Vargas, y la declaración de éste en confesión de ser el único heredero; y ésta no es la prueba pertinente, porque si no trajo la declaración de heredero, ha debido traerse la prueba de los hechos en virtud de los cuales el Juez podría decretarla, pues la confesión nunca se ha admitido como prueba del estado civil de las personas o como prueba de una determinada relación sucesoral.

"b) Que, 'con aplicación del artículo 403 del C. C., e interpretación del artículo 404 del C. C. el señor Jesús Vargas no puede ser demandado para obtener el reconocimiento de José Absalón y Hernando de Jesús Piedrahita como hijos naturales de Manuel de Jesús Vargas, y por la sencilla razón de que la acción respectiva fue promovida con posterioridad a la muerte y el señor **Jesús Vargas** no puede ser legítimo contradictor en un juicio sobre filiación, por estar comprometido en un juicio de dicha naturaleza una cuestión de paternidad'.

"Este es —dice el recurrente— un vicio en la legitimación del demandado que al tenor del ordinal 2º del artículo 448 del C. J., constituye nulidad. Y es un vicio formal porque no se ha acreditado que la demanda se deduce contra quien está legitimado para contradecir".

Se considera:

En sus dos aspectos del cargo, que en resumen se han dejado transcritos, se ataca el fallo recurrido, porque el Tribunal consideró al demandado con la personería sustantiva necesaria para comparecer en el juicio. No por la adjetiva que implica el quebrantamiento de la forma del procedimiento y que produce la simple nulidad de la actuación. Planteado y formulado en esas condiciones, él entraña una cuestión ajena a la prevista en el inciso 2º del artículo 448 del C. J. puesto que afecta directamente a la acción ejercitada. La representación motivo de los ataques, por ministerio de la ley, envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho y se pretende deducírsele al demandado, cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva, pues, es de las que no requieren previo y especial pronunciamiento, como que ella constituye uno de los medios de defensa denominados excepciones perentorias: la ilegitimidad de la personería sustantiva, forma en que también ha sido presentado, por la vía de la causal primera, y que será motivo de estudio en su oportunidad. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Causal primera

Por quebranto de la ley sustantiva se formulan los siguientes cargos:

Segundo cargo.—a) Se acusa el fallo del Tribunal de Medellín, por violación del ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, por aplicación indebida y errada apreciación de las pruebas del demandante y falta de ésta en su verdadero significado jurídico de las del demandado, en cuanto que admitió "la prueba de los hechos necesarios para declarar judicialmente la paternidad conforme al ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, a testigos que refieren un hecho inexacto como es el de que con anterioridad de veinte años a 1947, fecha en que ocurrió la muerte de Manuel de Jesús Vargas existieran relaciones sexuales, estables y notorias entre el citado Vargas y Ana María Piedrahita", tanto por la edad de ésta por la época en que se quieren hacer principiar esas relaciones, como por el hecho mismo confesado por ella de que se la llevaron de doce años, y lo que resulta del mismo contenido de la demanda que promoviera por servicios a la sucesión, pues allí se habla apenas de quince años.

"Al admitir como pruebas dichas declaraciones que afirman que vivió veinte años Vargas y la Piedrahita, el Tribunal desconoce el contenido de los preceptos de pruebas que enseñan que no señalando precisamente el momento o época en que

se principiaron esas relaciones, ni exactamente el tiempo de su duración, esas pruebas son inconducentes, desarticuladas y no pueden aplicarse al caso de autos. Los testigos no aparece que estuvieran presentes cuando se debieron realizar los actos sobre los cuales declaran, y resulta por el contenido de sus declaraciones que no son exactos y completos, ya que han declarado en forma notoria contra la realidad de los hechos y los cuales resultan de otros elementos de juicio, haciendo inverosímiles dichos testimonios".

"El Tribunal violó los citados artículos 607, 688, 701, 702, 704, 632 y 660 del C. J.; también violó el artículo 669 de la misma obra cuando admitió la declaración de Antonio J. Londoño, tío de la demandante, y en la cual la ley supone interés en faltar a la verdad". Además de violar los artículos citados, "por no haberlos tenido en cuenta en la valoración de los testimonios de conformidad con el contenido de las declaraciones, y en relación con la prueba resultante de la confesión de la demandada, y de las copias que se trajeron de la demanda de la Piedrahita, y de la partida de nacimiento de la misma, viola los arts. 604, 605, 606, 608, 609 sobre confesión y el artículo 660 de la misma obra del C. J., por error en las inferencias analógicas, pues por considerar probados hechos como atenciones intermitentes de Vargas a la Piedrahita y a los menores, incurre en error final en la inferencia, síntesis o resultado que el fallador creyó que le servía para declarar probado el hecho de las relaciones por la época de la concepción".

"b) El Tribunal desestimó las declaraciones que adujo la parte demandada para demostrar que la Piedrahita tuvo relaciones sexuales con otras personas". Aunque en verdad los testigos se refieren a relaciones de 1940 en adelante y posteriores al nacimiento de los menores, la verdad es que la prueba resultante de allí, induce a desechar los testimonios que hablan de la existencia de las relaciones notorias y estables por más de veinte años. El Tribunal por este aspecto viola el artículo 697 de la misma obra del C. J., así como las reglas de los artículos 701, 702 y 704 ibidem, en cuanto al valor de una prueba, y en cuanto al significado de ellas en la deducción de un hecho".

"c) El Tribunal confundió los casos contemplados en los ordinales 4º y 5º de la ley 45 de 1936, cuando son perfectamente distintos, ya que el primero hace depender la declaración de filiación de circunstancias tales como las relaciones sexuales estables y de manera notoria de los padres, y de la de haber nacido los hijos dentro de los términos en el ordinal 4º señalados, para lo cual ha de tenerse muy presente la presunción de derecho del artículo 92 del C. C.; al paso que el ordinal 5º hace depender la declaración de paternidad y filiación de la posesión notoria del estado de hijo.

"El Tribunal creyó que los hechos que admitió probados servían para deducir la causal 4ª del artículo 4º y que esos hechos se podían dar por acreditados mediante indicios o deducciones, con violación del artículo 666 y 662 del C. J.; por haberle atribuído valor de plena prueba a una presunción que tenía significación en relación con otra presunción, la del artículo 5º de la ley 45 de 1936.

"Y así finalmente el Tribunal violó por aplicación indebida los artículos 397, 92, del C. C. y 4º de la ley 45 de 1936, ya que apreciando indebidamente las pruebas del demandante y dejando de apreciar en su verdadero significado jurídico las pruebas del demandado, dejó de resolver en derecho las pretensiones de las partes en el presente juicio. Los cargos puntualizados se desenvuelven en relación con algunos testimonios que se citan.

Se considera:

a) A dos circunstancias esenciales, limita y subordina la ley 45 de 1936, el artículo 4°, ordinal 4º, la declaración de paternidad natural con fundamento en esta causal: a la existencia de relaciones sexuales entre los presuntos padres con las características especiales de notoriedad y estabilidad; y a la vinculación de éstas, a límites temporales precisos, con punto de referencia al momento probable de la concepción, o sea, que a la ley no le basta la simple consideración de las relaciones sexuales, sino que ellas deben ser notorias y estables, y condicionadas a la fecha del nacimiento del hijo en relación con la época de su comienzo y de su cesación.

De aquí, que los hechos que deben ser motivo principal del debate probatorio en la investigación de la paternidad, con apoyo en esta causal, son aquellas dos circunstancias, sin cuya comprobación se hace imposible aplicar, por el juzgador y por ministerio de la ley, la presunción que se instituye en el ordinal 4º citado. Pues, si no se puede con certeza afirmar el estado de las relaciones sexuales con los caracteres de notoriedad y permanencia anotados, y desde o hasta cierta época, "la presunción queda sin base, sin conte-

nido y sin efectos porque está instituída precisamente sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a su terminación".

El Tribunal dividió su estudio sobre la aplicabilidad de la causal 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, en la presente controversia, en dos faces: la consideración de la existencia de las relaciones sexuales entre Manuel de Jesús Vargas y Ana María Piedrahita, en sí mismas, sobre las cuales discurre, y dá por demostradas en las circunstancias de notoriedad y estabilidad, a través de la abundante prueba testimonial allegada a los autos, por ambas partes, y en la cual, los declarantes relatan hechos concretos percibidos directamente, como son: que la pareja Vargas-Piedrahita vivió durante más de diez y seis años continuos, en la finca de propiedad del primero, denominada "La Icarala", jurisdicción de Betulia, en la misma casa existente en dicho inmueble; haciendo vida común y propia de marido y mujer, en forma permanente; que Vargas atendía a Ana María como si fuera su esposa y al efecto, le suministraba elementos de subsistencia y en los partos de ella conseguía comadronas para que la asistieran y les pagaba sus servicios; que en dicha casa la pareja ocupaba una pieza y compartían una sola cama que había allí, tal como suelen hacer los esposos legítimos. A lo que se agrega: que Vargas atendió permanentemente a los menores Absalón y Hernando de Jesús Piedrahita desde que nacieron hasta el fallecimiento de aquél, que vivió con ellos, como que los consideraba frutos de las relaciones sexuales que mantenía con Ana María Piedrahita; que en las mismas relaciones procrearon otros hijos que murieron; que desde el nacimiento de dichos menores Manuel de Jesús Vargas los atendió y prodigó las atenciones propias de hijos naturales, como subsistencia, alimentos, vestidos, medicinas en los quebrantos de salud; y los presentó a sus amigos y familiares y al vecindario en general como tales; los niños concurrieron a la escuela de la vereda y Vargas veló por ellos con solicitud de padre; les enseñaba a defenderse en la vida y en general, los trató como hijos suyos y de Ana María Piedrahita. (Declaraciones de Pedro Luis Velásquez Gómez, Silviano Vargas Rueda, David Montoya Benítez, María de Jesús Vargas Urrego, Antonio J. Londoño y Antonio Jesús Vargas Rueda).

Fuéra de estas declaraciones obran también en autos las rendidas por Jesús Muñoz Arango, Guillermo Escobar Gutiérrez, doctor Bernardo Ospina Román, médico, Honorio Escobar Mejía, sastre, Gabriela Giraldo Vélez, maestra de escuela de "Los Animes", paraje donde está ubicada la finca "La Icarala", Alfonso Ibarra Molina, zapatero de profesión, Julio de J. Arboleda, Jesús M. Caro, trabajador en la finca de Vargas, y Aurora Parra Pareja, modista, que si versan también sobre las relaciones sexuales de Manuel de Jesús Vargas y Ana María Piedrahita y la presentación de los menores Absalón y Hernando de Jesús como hijos de éstos, el Tribunal las estima como complementarias de las anteriores.

La segunda faz del estudio del Tribunal sobre la presunción que se comenta, lo hizo con base en las probanzas consistentes en las partidas de nacimiento correspondientes a Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita, acompañadas a la demanda, con las cuales encontró demostrado que nacieron en los meses de mayo y noviembre de 1934 y 1935 respectivamente, y que relacionándolas con los testimonios que afirman que las relaciones sexuales estables que de manera notoria existieron entre Manuel de Jesús Vargas y Ana María Piedrahita, se iniciaron dos o tres años antes del primer nacimiento, halló plenamente justificadas las dos circunstancias sobre las cuales descansa la presunción del inciso 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, y la consiguiente procedencia del reconocimiento de la paternidad de Manuel de Jesús Vargas en relación con los menores arriba nombrados.

Según los numerosos testimonios en particular con los primeramente citados, las relaciones sexuales entre Vargas y la Piedrahita, existían en 1931 y 1932, esto es, que la exigencia legal de haber nacido el hijo después de los ciento ochenta días de comenzadas las relaciones se cumplió. Y como los mismos testigos hablan de que Vargas y la demandante vivían en la finca como marido y mujer, habitaban una misma pieza, dormían en la misma cama, estado que duró por más de diez y seis años, están demostrados dos requisitos de notoriedad y estabilidad, ante la ley, en esas relaciones. Y en tal virtud, bien deducida del conjunto probatorio la existencia de las relaciones sexuales con las calidades legales aludidas.

b) "Cuando entre las relaciones sexuales estables y notorias, en una unión irregular, las interfiere el elemento de otras relaciones coetáneas e irregulares habidas por la madre natural, y esto se demuestra, la operancia del numeral 4º pierde toda eficacia respecto de la declaración judicial de paternidad. Pero en este caso es al demanda-

do a quien corresponde la carga de la prueba, como se desprende claramente del inciso 2º del numeral 4º. En otros términos: la madre natural o el presunto hijo deben esclarecer la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables en la forma y con las condiciones expresadas en el numeral 4°, quedando al presunto padre, o al demandado, la defensa, la excepción, y por lo tanto la carga de la prueba, cuando han existido esas relaciones, consistente en demostrar que la madre tuvo comercio carnal con otro u otros hombres en el tiempo durante el cual debió verificarse la concepción".

El Tribunal estimó que con la prueba producida por la parte demandada, sobre aquella materia, no se comprueba la excepción en la forma que la ley prevé, puesto que las relaciones sexuales que pudo tener la Piedrahita con Felipe Rivera y don Libardo Giraldo, si es que en realidad existieron, lo fueron con posterioridad varios años a la fecha del nacimiento de los menores, quedando así sin eficacia el medio defensivo incoado, la pluralidad de las relaciones en la época en que debió verificarse la concepción.

c) No confunde tampoco el Tribunal la prueba relativa a los hechos que configuran la causal 4ª con los de la 5ª. La sentencia expresa en forma perentoria que, "no se trata pues de un pleito fundado en posesión notoria del estado civil, ni son esas relaciones esporádicas. La abundante prueba testimonial aducida por la parte actora no se presta a interpretaciones ambiguas o dudosas".

La realidad procesal, es la de que la parte actora en el presente juicio de investigación de la paternidad, demostró la existencia de un concubinato público entre Vargas y la Piedrahita, y de ahí las incursiones probatorias en ciertos hechos que son comunes a las dos causales, como el de la subsistencia y la continuidad del establecimiento, por parte del presunto padre. Pero, la ley 45 de 1936, en su numeral 4º, al emplear la expresión "que entre el presunto padre y la madre, hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación" configuró aquel estado, aún el que se produce sin la comunidad de habitación, y sus hechos constitutivos son los que deben ser materia del debate probatorio cuando se invoca la causal 4ª para obtener el reconocimiento de la paternidad natural por parte de la jurisdicción.

En consecuencia se rechaza el cargo por los aspectos estudiados.

Tercer Cargo.—1º Dice el recurrente que, con base en el mismo hecho en el cual fundamentó el cargo de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandada, en relación con la causal 6ª, formula el mismo reparo por medio de la primera", por no haberse apreciado debidamente las pruebas necesarias para acreditar la personería sustantiva del demandado, ya que conforme a la sentencia no solamente no se consideró necesaria la prueba de la declaratoria de herederos, sino que ni siquiera fue necesario tampoco la prueba de la relación entre Manuel de Jesús Vargas y Jesús Vargas conforme a derecho".

Así, "no aparece en el proceso que Jesús Vargas tenga el carácter de padre legítimo de Manuel de Jesús Vargas a quien se le atribuye la paternidad de José Absalón y Hernando de Jesús Piedrahita. De otro lado es obvio que en relación con la prueba del estado civil no se admite la confesión; ni otra distinta a la prueba del estado civil mediante las certificaciones notariales o del Párroco".

"El Tribunal admitió pruebas inconducentes como lo es la confesión para probar el estado civil de Jesús Vargas en relación con Manuel de Jesús Vargas, con violación de los artículos 604 y s.s. del C. J. sobre la confesión y sobre que ella es admisible cuando la misma ley lo autoriza. En el caso de autos, el Tribunal ignoró el artículo 22 de la ley 57 de 1887, y los artículos 364 a 367 del C. C., para probar el matrimonio de los padres de Manuel de Jesús Vargas y así el carácter de hijo del uno en relación con el otro; es decir, ignoró la necesidad de los actos con eficacia legal para establecer el estado civil. Ignoró las reglas de los artículos 346, 347 y s.s. sobre el estado civil y las pruebas pertinentes y también el contenido de la ley 92 de 1938. Y por ignorarlas y no aplicarlas al caso desconoció el hecho de que la personería del demandado no estaba acreditada, y que ello debió haberlo llevado a la absolución deduciendo la correspondiente excepción con aplicación de los artículos 329, 341, 342, 343, y 344 del C. C.

"En resumen el H. Tribunal violó los artículos 346, 347, 364 a 367 del C. C., sobre las pruebas necesarias para establecer el estado civil de las personas, y las reglas pertinentes sobre la misma materia de la Ley 92 de 1938, violación que se hizo por no aplicación al caso del pleito para resolver en relación con la existencia o no de la personería del demandado. Esta violación fué directa por el desconocimiento que se hizo de tales normas, e indirecta por la apreciación errónea que se hizo

de la confesión del demandado y de las pruebas conducentes para acreditar un determinado hecho, y a consecuencia de esa apreciación errónea también se violaron las normas citadas. El Tribunal violó entonces por indebida aplicación de la ley 45 de 1936, artículo 4º —ordinales 4º y 5º— ya que no pudiendo resolver sobre la paternidad demandada por no existir personería del demandado, el Juez no podía hacer dichas declaraciones judiciales."

2º—Entre las distintas razones que expone el recurrente en su acusación, aparece intercalado el siguiente reparo:

Que el sentenciador no sólo admitió la acción de filiación que consagra la ley 45 de 1936, sin estar acreditada la personería del demandado, sino que no tuvo en cuenta que ella no era viable, por aparecer que se promovió con posterioridad a la muerte del presunto padre. Pues, "al decir el artículo 403 del C. C. que legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre, y en la cuestión de la maternidad la madre contra el hijo o el hijo contra la madre, significó con ello que dichos padre, madre e hijo, eran las únicas y exclusivas personas que podían y contra quienes se podía entablar el juicio, y que por consiguiente, faltando esos legítimos contradictores, la acción caducaba porque no hay otras personas que tengan capacidad legal para desempeñar el papel de sujetos activos o pasivos de la acción. Conforme al artículo 404 del C. C. los herederos no representan al contradictor legítimo sino cuando ha fallecido antes de la sentencia, por lo cual la acción para que pueda seguirse contra estos últimos, debe haberse instaurado durante la vida del padre, pues de lo contrario el texto mencionado carecería de sentido. Y no se diga que de conformidad con el artículo 1155 del C. C. representando en el juicio sobre filiación o paternidad los herederos del padre, está éste interviniendo y por lo tanto no hay lugar a aplicar el inciso del artículo 403 para deducir que el proceso es nulo, sino que en esta clase de juicios no son los herederos los continuadores de la persona del de cujus, porque se relaciona con el estado de las personas.

"Como se ve se han violado las citadas disposiciones por cuanto interpretándolas como no corresponde y aplicándolas indebidamente se ha reconocido una acción que no era viable".

Se considera:

1º—La calidad de padre legítimo del demandado en relación con Manuel de Jesús Vargas, la halló demostrada el sentenciador con las partidas de nacimiento y defunción de éste, y con la de la señora Isidora Rueda madre del causante, como elementos cardinales de la apreciación, corroborada con el reconocimiento que de su condición de padre de aquél hizo el demandado en la contestación de la demanda, con las declaraciones de David Montoya Benítez, Antonio J. Londoño y Pedro Luis Velásquez y las copias extraídas del juicio ordinario promovido por la demandante contra la sucesión de Manuel de Jesús Vargas, representada por su padre Jesús Vargas, sobre pago de unos servicios, prueba esta última allegada a petición del demandado.

La técnica del recurso de casación, requiere cuando el Tribunal sentenciador acepta un documento como prueba de un hecho de la relación procesal, que tal concepto se destruya mediante un ataque en que se demuestre la apreciación errónea de ese elemento probatorio. El recurrente se ha limitado en su impugnación al ataque aislado de uno de los elementos, no cardinal, en la apreciación de la prueba, sin aludir siquiera a los documentos con que el sentenciador respalda su concepto, como son las partidas de nacimiento y defunción mencionadas, ni a los otros elementos distintos de la confesión, la que descartada, no modifica el supuesto base de la disposición del fallo.

2º—A partir de la sentencia de primero de octubre de 1945, (G. J. Tomo LIX) "en las varias decisiones en que ha sido oportuno y procedente hacerlo por necesitarse calificar la personería sustantiva de la persona que la agitaba, la Corte se ha detenido en la consideración y estudio de las características sobresalientes que por la materia sobre que recae distinguen a la acción de declaración de paternidad, tales como su naturaleza personal que la liga en su duración al comienzo y al fin de la vida del hijo encerrando dentro de estos términos su permanencia en el tiempo, esto es, su prescriptibilidad. Su afectación al orden público, como todas las acciones relativas a la institución familiar, que conlleva su indisponibilidad en general. Tampoco ha sido descuidadamente desatendido el aspecto de la transmisibilidad, no de la acción, que no la tiene el padre, sino de las proyecciones patrimoniales de los derechos de familia implicados en el reconocimiento judicial del hecho de la paternidad".

Y en cuanto hace, concretamente, al sujeto pasivo de la acción, la misma Corte ha dicho: "La

calidad de personal que tiene la acción de que se trata, unida inseparablemente a la vida del hijo, pierde su sentido y operancia jurídica cuando se le desplaza de quien tiene el derecho de actor hacia el responsable legal de la acción, de su sujeto. Respecto de éste es impertinente hablar de intransmisibilidad de la acción de declaración de paternidad a sus herederos para deducir la improcedencia de ejercerla contra los continuadores de la personalidad jurídica del padre difunto".

En resumen, que la Corte ha adoptado unánimemente, del año de 1945 para acá, la doctrina de que la acción de la ley 45 de 1936 es procedente contra los herederos del presunto padre. Y ahora, esta Sala, con motivo del cargo que se estudia, y para rechazarlo, la acoge nuevamente, y considera innecesario reproducir aquí, los fundamentos doctrinarios de esta conclusión, dada la profusa publicidad de que ella ha sido objeto. (Véanse sentencias de 1° de octubre de 1945 y de 11 de mayo de 1948. (G. J. Tomos LIX, págs. 679 a 703 - LXIV, 370 a 375, respectivamente.) En consecuencia se rechaza el cargo.

No habiendo resultado demostradas, según las consideraciones que anteceden, ninguna de las acusaciones de ilegalidad imputadas por el recurrente al fallo definitivo de segundo grado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 16 de agosto de 1949 en este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo (con salvamento de voto). **Pablo Emilio Manotas.—Gualberto Rodríguez Peña** (con salvamento de voto).—**Manuel José Vargas. Juan Francisco Mújica,** Conjuez.—**Hernando Lizarralde,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS ENRIQUE CUERVO A.

Como la materia está prácticamente agotada, y además los doctos juristas que la han tratado, la expresan en forma impecable, el suscrito no tiene que tomarse el trabajo de redactar el presente salvamento, de propia minerva, y así todo él irá entre comillas.

"La opinión de la mayoría falladora, me inspira un profundo respeto. Pero pesadas y medidas en mi conciencia las razones en que se apoya, las encuentro notoriamente frágiles y deleznables. Y no obstante mi anhelo por descubrirles asidero, llevado por el acatamiento que me merece la indiscutible autoridad científica de todos y cada uno de los miembros ilustres de aquella mayoría, no han calado esas razones en mi convicción. Por lo cual tengo que exponer a continuación los fundamentos de mi voto adverso al fallo anterior, ..."(GACETA JUDICIAL, tomo XLIX, págs. 264 y s.s.)

"Los cinco casos en que con criterio de justicia social admite la Ley 45 de 1936 la acción de la investigación de la paternidad, son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912, de suerte que las exposiciones de algunos expositores tales como Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitant, sobre el particular, tienen completa actualidad y aplicación al texto colombiano. Mas difieren las dos legislaciones en relación con los términos procesales para el ejercicio de la acción de estado y con la viabilidad y procedencia de la misma. Nuestra legislación no señala, como la francesa, términos perentorios para el ejercicio de la acción de investigación y, en cuanto a la viabilidad de la acción de investigación contra los herederos del presunto padre natural, no es una misma la doctrina; pues en tanto que los tratadistas y la jurisprudencia franceses no admiten el fallecimiento del pretendido padre, como causa extintiva del derecho del hijo, entre nosotros no cabe admitir lo mismo. Dentro del sistema normativo francés la doctrina y la jurisprudencia son rigurosamente lógicas. Tales doctrina y jurisprudencia, fundadas en el silencio de la ley francesa y en el señalamiento de plazos cortos prescriptivos, no pueden tener aplicación en nuestro país, dado que la ley colombiana se apartó en tales extremos de la francesa. Al efecto el estatuto patrio no fijó términos perentorios para el ejercicio de la acción; y en cambio la Ley 45 sí señaló de manera tácita o implícita la muerte del padre natural como causa de extinción de la acción.

"2º—Los artículos 403 y 404 del Código Civil, a los cuales quiso darles estricta y obligatoria aplicación la Ley 45 de 1936, son de tan diáfana claridad que no es necesario acudir a reglas complicadas de hermenéutica para conocer e interpretar su sentido. Estatuyen y consagran que en controversia de esta índole sólo es legítimo contradictor el padre contra el hijo o viceversa, y que siempre que esté comprometida la paternidad 'deberá intervenir el padre forzosamente'. En consecuencia, siempre que en una cuestión esté comprometida la paternidad del hijo natural, deberá el padre intervenir, so pena de nulidad. Aunque la Corte comparte, en principio, la tesis general sobre la legitimidad de la personería de todo el que tenga interés jurídico sobre la materia, en perfecta armonía con ella acepta y sostiene que en esas acciones de investigación de la paternidad el Código Colombiano ha sentado una expresa, definida y concreta excepción a ese principio general de derecho procesal. Tal excepción viene consagrada por los artículos 403 y 404 del C. C., sin que el más ilustrado y generoso criterio jurisprudencial pueda modificar la interpretación y alcance de esos textos legales. En ellos se ha dispuesto que sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente representen al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia. No hay fuerza de dialéctica que tenga la operancia de obscurecer o modificar el sentido natural y obvio de tales preceptos, que establecen una norma procesal especial a esta clase de controversias sobre filiación. Y si el artículo 7º de la Ley 45 dispone perentoriamente que tales reglas del código sean de obligatoria aplicación a los juicios de filiación natural, no es posible hacer un esguince a tan imperativos preceptos, para ir a derogarlos con el pretexto de darles aplicación a simples reglas de derecho procesal, que no se compadecen con nuestro sistema normativo en la materia.

"3º—En el artículo 403 se reconoce como exclu-

sivo y legítimo contradictor en estos juicios al mismo padre, o a sus herederos o representantes, si fallece antes de fenecer el proceso. Si no fuera ésta la única interpretación que pueda dársele al mencionado texto, quedaría sin sentido ni aplicación el artículo 404, en cuya virtud los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; lo que quiere decir que la acción tiene que iniciarse en vida del pretendido padre. Estima la Corte que al artículo 401 del C. C. no puede dársele otra interpretación distinta de la de que los fallos en esta clase de juicios deben siempre producir efectos obligatorios para toda persona, 'erga omnes', aunque no hayan estado representadas en el litigio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de controversias y la trascendencia de la declaración de filiación así lo exigen. Para esto sólo es necesario que haya proferido la sentencia contra legítimo contradictor (artículo 402), pues bien claro resulta que si no existe en la parte opositora capacidad jurídica para ser parte, ningún resultado puede producir la declaración judicial de paternidad. Los fallos de filiación, para que prosperen, siempre han de seguirse contra legítimo contradictor, so pena de nulidad, y esos fallos siempre producirán efectos 'erga omnes". (G. J. Tomo XLIX, pág. 249 y 250.)

"El eminente jurista y profesor doctor Eduardo Zuleta Angel sostuvo que los artículos 401 y 404 del Código Civil, incorporados en la Ley 45 de 1936, consagran la teoría del legítimo contradictor, sin el alcance que les da el fallo de casación tan combatido, porque cuando el artículo 403 estatuye que siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad, se refiere sólo al caso de que el padre viva, porque si éste ha muerto, los herederos que lo representan de acuerdo con las disposiciones todas del libro 3º del Código Civil, pueden ser demandados por quien pretende la declaración judicial de hijo natural del causante, con la única diferencia de que el fallo sólo tiene entonces efectos relativos por no haberse surtido el juicio con el contradictor legítimo que define el Código.

"Este argumento lo tengo ya rebatido; pero para que se vea aún más la inconsistencia y contradicción del argumento del doctor Zuleta Angel, recordemos aquí, dije las disposiciones aplicables del Derecho Colombiano y lo que mi sabio maestro doctor Antonio José Cadavid decía, refiriéndose a la labor interpretativa del Derecho positivo nacional: 'No es posible dar con la verdad en la interpretación de las leyes, si el intérprete olvida que éstas constituyen un cuerpo, un organismo cuyas partes no pueden considerarse desligadas las unas de las otras y en el cual ha de hallarse la indispensable condición de la armonía'.

"El artículo 401 del Código Civil establece:

" 'El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

" 'La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna.'

"Este artículo, que se extiende hoy a la filiación natural, consagra, como se ve, no la teoría del legítimo contradictor, sino los efectos absolutos o erga omnes de los fallos sobre filiación, porque, a su tenor, valen respecto de todos hayan intervenido o no en el juicio.

"El artículo 402 se expresa así:

" 'Para que los fallos de que se trata en el artículo precedente produzcan los efectos que en él se designan, es necesario:

'1º—Que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

'2º—Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

'3º—Que no haya habido colusión en el juicio.'

"Creen algunos, siguiendo un comentario superficial de don Fernando Vélez, que él da asidero para sostener la tesis inadmisible de que cuando no concurren las circunstancias en él previstas el fallo sobre filiación no produce efectos absolutos sino simplemente relativos, es decir, que sólo valen respecto de las personas que han sido partes en la controversia judicial.

"El respetable expositor colombiano don Fernando Vélez, que ha sido el orientador de nuestros jueces, apoyándose en los comentaristas chilenos señores Borja y Vera, dice:

'La diferencia en el asunto consiste en que cuando el juicio de filiación es entre legítimos contradictores, el fallo que se dicta es obligatorio contra todos, mientras que en los demás casos el fallo sólo surte sus efectos respecto de los que litigan... Lo esencial del sistema sobre la cosa juzgada en materia de filiación legítima y maternidad está comprendida en las siguientes reglas que forman un todo inseparable: 1). La sentencia expedida en los juicios sobre filiación legítima y maternidad surten efecto contra todos; 2). Para que

surta esos efectos es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que se haya pronunciado contra legítimo contradictor; c) Que no haya habido colusión en el juicio... Cuando cualquiera de estas reglas no se aplique, la sentencia no pasa en autoridad de cosa juzgada sino entre las partes.' (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo II, página 225, edición de 1936.)

"Según esto, por ejemplo, cuando en el juicio ha habido colusión, o sea un pacto en daño de tercero, el fallo no tiene efectos absolutos pero sí los tiene relativos. Es decir que se admite que el legislador autoriza por medio del artículo 402 el falso testimonio para acreditar una falsa filiación, o el cohecho y el prevaricato para obtenerla, con la única sanción de darle a la sentencia un efecto meramente relativo. ¿Cómo es posible aceptar sin análisis este contrasentido jurídico?

"Como los citados comentaristas no desentrañaron a primera vista el contenido de la disposición que se estudia, como no la entendieron, como no se tomaron el trabajo de investigar su verdadero alcance y como no querían seguramente pasar por encima de ella, dada su tarea de comentaristas del Código, echaron mano, ellos sí, de la teoría transaccional francesa del legítimo contradictor y salieron del paso con la enormidad que escribieron, sin darse cuenta de que ese comentario absurdo rompía la armonía de la obra legislativa que explicaban.

"Es de observarse que ni los autores chilenos modernos, señores Arturo Alessandri Rodríguez y Alfredo Barros Errázuriz, ni los comentaristas del Código colombiano, señores Edmond Champeau y Antonio José Uribe, acogen lo que afirmaron los antiguos expositores chilenos en que se inspiró el señor Vélez en Colombia.

"El profesor Alessandri Rodríguez, refiriéndose a la indivisibilidad del estado civil, dice simplemente:

'No se puede ser hijo legítimo con respecto a unos, e ilegítimo para otros; ni soltero para unos y casado para otros. De ahí por qué el estado civil puede oponerse a todo el mundo, y de ahí también por qué los fallos sobre el estado civil afectan aún a las personas que no han litigado, como tuvimos ocasión de verlo al tratar de las diferencias entre la ley y la sentencia judicial.' (Derecho Civil, tomo II, página 231, edición de 1936.) Pareciéndole quizá incomprensible el artículo 316 del Código chileno, igual al 402 del nuestro, que analizaré adelante, se abstiene de comentarlo con sabia prudencia.

"El señor Barros Errázuriz, refiriéndose a los artículos 316 y 317, que corresponden a los artículos 402 y 403 del Código colombiano, sin profundizar su contenido, expone con acierto lo siguiente:

'Con estas disposiciones la Ley ha querido que el fallo pronunciado sobre estas materias reuna las garantías necesarias, las cuales por lo tocante a las personas que deben intervenir en el juicio, se llenan cuando en la cuestión de paternidad son contradictores el padre y el hijo y en la cuestión de maternidad el hijo y la madre.' (Curso de Derecho Civil, tomo I, página 219, edición de 1930.)

"Los expositores colombianos Champeau y Uribe, comentando el artículo 402, se limitan a reproducir la definición que de cosa juzgada daba el artículo 827 del Código Judicial vigente en 1899, para explicar el numeral 1º; con relación al segundo transcriben el artículo 403, que define el contradictor legítimo, y por lo que respecta al 3º, dan la definición de colusión de un modo incompleto, al decir que es 'el acuerdo fraudulento entre las partes que figuran en un litigio, con el fin de obtener un fallo injusto y falso.' Siendo la colusión cualquiera pacto en daño de tercero, el acuerdo fraudulento puede hacerse con el fin indicado no sólo entre las partes, sino también entre una de éstas y los testigos que declaran, o entre uno de los litigantes y el juez, siendo tercero en ese caso la parte contra quien se celebra el pacto.

".....
..... Analizaré ahora los tres requisitos del artículo:

"1º—Que los fallos hayan pasado en autoridad de cosa juzgada.

"Si no relacionamos este numeral con otros textos legales, esa condición carece de sentido, que lo tiene muy hondo si se medita que el legislador exige que en el juicio en que se ventile la filiación de una persona debe intervenir precisamente el verdadero padre, o la verdadera madre, o el verdadero hijo, no simplemente el que se diga serlo, o a quien se le atribuya ese carácter, sin tener en realidad tal calidad, y quiere también significar, en relación con una conocida disposición procesal (artículo 525 del C. J.), que los fallos sobre filiación no pueden ejecutarse provisionalmente.

"Una sentencia judicial ha pasado en autoridad de cosa juzgada cuando 'se considera como la verdad misma'; cuando contra ella no se admite recurso alguno, y de ahí que sea nulo cualquier fa-

llo posterior que le sea contrario. Pero como la cosa juzgada no es más que una ficción de Derecho procesal, una presunción legal que puede no estar conforme con la verdad, el señor Bello tuvo que continuar aclarando y desarrollando su propósito en las disposiciones posteriores que vienen a fijar todo el alcance de su pensamiento, de permanente actualidad, y que pudiera resumirse así: Para que los fallos sobre filiación constituyan la verdad misma se requiere que el juicio respectivo se haya seguido con absoluta sujeción a la ley entre los verdaderos padres e hijos. En esta materia, a pesar de cualquier fallo equivocado, toda suplantación es vana y no impide que con posterioridad se pueda restablecer la verdad. Quiso que en asunto tan delicado y trascendente no primara jamás la ficción sobre la verdad absoluta de una filiación cierta y positiva. Los juristas colombianos que formaron la Comisión Revisora del Código Judicial que entró a regir el 1º de enero de 1932 se dieron cabal cuenta de la significación de los textos del Código Civil cuando, apartándose del Código de Procedimiento Civil español que tomaron como modelo, redactaron el artículo 475, que dice: 'Los efectos de la cosa juzgada respecto de las sentencias dictadas en juicio en que se ventilan cuestiones relativas al estado civil de las personas, se producen en los términos señalados en el Código Civil', explicando en la exposición de motivos que se refieren a los 'artículos 401 a 406, sobre filiación legítima y maternidad disputada.'

"2º—Que se hayan pronunciado contra legítimo contradictor.

"Reafírmase en éste el principio que empieza a desenvolverse en el anterior numeral para aparecer vigorosamente definido en el artículo siguiente de que el legítimo contradictor no es cualquier persona que con tal carácter figure en el debate judicial, sino los verdaderos padre, madre o hijo. Lo que quiere decir que cuando por un error judicial se declara a una persona hija de otra que en realidad no es el verdadero padre o madre, el fallo no puede tener efecto alguno porque no pasa en autoridad de cosa juzgada, fenómeno que, tratándose de esta clase de juicios, sólo se verifica cuando han intervenido los auténticos progenitores del hijo que litiga. Tan cierto es esto, que el artículo 406 del mismo Código Civil preceptúa que 'ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.'

"3º—Que no haya habido colusión en el juicio.

"Este requisito es todavía más expresivo de la preocupación legislativa por rodear de garantías extremas la declaración judicial de paternidad, porque él además de referirse a la posible suplantación del estado civil de filiación, sanciona cualquier procedimiento doloso y se relaciona con los artículos 405 y 406, que establecen la diferencia en cuanto al término para probar la colusión. para los terceros el plazo es de cinco años, a partir de la sentencia, conforme al artículo 405, en tanto que para el contradictor legítimo el término es indefinido, al tenor del artículo 406 antes transcrito.

"Cuando se trata de una obra legislativa tan profundamente meditada como el Código Civil y cuando ella ha sido preparada por una inteligencia poderosa y por una inmensa ilustración jurídica como la de don Andrés Bello, no es prudente excusar la falta de comprensión de un texto con la afirmación escueta de que es 'empírica', o de que carece de sentido. Lo indicado es investigar, o someterse, si es preciso, al dolor que produce el pensar intenso, para desentrañar la verdadera significación de un texto complicado.

"No sería necesaria la explicación precedente sobre el artículo 402, que no fue incorporado en la Ley 45 de 1936, lo que permitiría descartar el error de interpretación de ese texto legal en el caso de la filiación natural, error de don Fernando Vélez y de quienes lo siguen en ese punto, si no se hubiese aludido a ese superficial comentario en uno de los salvamentos de voto en la sentencia de casación de 26 de abril de 1940 y si los jueces de Bogotá no estuviesen desorientando en él su criterio para hacer la arbitraria distinción de los efectos de los fallos entre absolutos y relativos según que hayan intervenido o no los contradictores legítimos, sin parar mientes en que ese mismo inaceptable comentario en que se apoyan los llevaría a concluír que la sentencia tendría efecto relativo cuando ha habido colusión en el juicio. Esta sola consideración habría podido conducir como de la mano a los jueces al descubrimiento del error del comentarista, al convencimiento de que éste y los autores chilenos en que se fundó nuestro ilustre compatriota, no acertaron a indagar las razones en que se funda el artículo comentado. Lo de la colusión es suficientemente expresivo para descubrir que la interpretación que le dieron al artículo 402 no consulta ni el sen-

tido común, ese tacto admirable de que hablaba Cicerón y que frecuentemente ilumina aún a las inteligencias menos reflexivas.

"De lo expuesto se desprende que el artículo 402 no autoriza ni fundamenta la consecuencia de que la cuestión de paternidad pueda ventilarse en juicio contra los herederos del padre, cuando éste ha fallecido sin que la acción se haya iniciado contra él, teniendo en este caso efectos relativos el fallo, porque el alcance de ese precepto es uno muy distinto del que le dió don Fernando Vélez, y del que le dan sus seguidores.

"El artículo 403 preceptúa:

'Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

'Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad.'

"El anterior precepto es de una claridad tan diáfana, que no permite restringir el alcance incondicionado que él tiene. Sobre el particular me remito al comentario que hago de esta disposición en el capítulo en que refuto el salvamento de voto del Magistrado doctor Tapias Pilonieta; pero antes de entrar a demostrar la contradicción del argumento de la representación, véase el texto de la disposición en que se funda:

'Artículo 1008.—Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos como la mitad, tercio o quinto.'

"Sostiene el doctor Eduardo Zuleta Angel que en virtud de esa representación los herederos del padre pueden ser demandados en el juicio sobre investigación de la paternidad natural y que el fallo que se dicte en tal caso sólo tiene efectos relativos y no los absolutos que indica el artículo 401; por no intervenir el contradictor legítimo.

"En primer lugar observo que el doctor Zuleta Angel también se acoge para diferenciar los efectos de los fallos sobre filiación al comentario sin solidez que don Fernando Vélez hace del artículo 402, cuyo error me parece que queda demostrado, y en cuanto al argumento de la representación general de que habla el artículo 1008 del Código Civil, basta anotar que ella se refiere, como lo dice textualmente el precepto, a los derechos y obligaciones transmisibles, que son derechos y obligaciones patrimoniales. La obligación moral que tiene el verdadero padre de hacer el reconocimiento de un hijo natural, como personalísima que es, no es transmisible a los herederos por la simple aplicación de los principios generales sobre representación, porque si así fuese surgiría una contradicción jurídica, una afirmación y una negación que recíprocamente se destruyen, puesto que la representación es una ficción legal que permite imaginar que está presente con todos sus derechos y obligaciones la persona representada, y entonces, si el representado es el padre, él, ante la ley, estaría interviniendo en el juicio, no estaría ausente el legítimo contradictor, y por consiguiente el fallo que definiese la controversia tendría siempre los efectos absolutos que el legislador quiso asignarles a las sentencias dictadas en los juicios sobre filiación evitando así el resultado verdaderamente singular de que una persona pueda considerarse hija de dos padres. La contradicción de la tesis es manifiesta porque implica afirmar y negar al mismo tiempo que está presente en el juicio el contradictor legítimo: se afirma porque se dice que está representado, y se niega porque se le atribuye, con la interpretación errada del artículo 402 del Código, un efecto relativo a la sentencia por no haberse pronunciado contra legítimo contradictor.

"Para que el fenómeno de la representación pueda verificarse en materia tan distinta de las contempladas en el Libro III del Código se requiere un texto expreso de la ley, y nuestro Código lo contiene para el único caso en que la admite. Es el artículo 404, el que dispone:

'Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron.'

"Con un argumento de leguleyo, que advierto no lo hace el doctor Zuleta Angel, porque él es ante todo un respetable jurista, se dice que morir antes de la sentencia es lo mismo que fallecer antes de iniciarse el juicio, como si el legislador no hubiese desarrollado un sistema armónico de principios para regular esta materia, como si el artículo 404 se pudiera desligar de la disposición que le precede, según la cual siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad. Por eso he sostenido que el artículo 404 reafirma la intención legis-

lativa de que la acción de investigación de la paternidad natural debe iniciarse en vida del padre y contra él.

"En los países en que es posible promover la acción de que se trata después de muerta la persona a quien se le atribuye una paternidad natural, existen al lado de los textos formales que autorizan la investigación después del fallecimiento del pretenso padre, las disposiciones que contienen las sanciones penales en que incurren quienes demandan temerariamente la declaración judicial de una falsa filiación natural, lo que constituye el delito especial de suplantación de estado, que en tal caso se castiga en el grado de la tentativa. En Francia las sanciones penales de prisión y de multa que se aplican a los demandantes de mala fe las puede imponer el mismo tribunal civil que conozca del juicio sobre filiación natural. Pretender aplicar en Colombia las disposiciones extranjeras que permiten la investigación de la paternidad natural después de muerto el supuesto padre, sin adoptar las medidas que tiendan a refrenar los posibles abusos, es querer hacer de nuestra legislación una obra taraceada y peligrosa para entregar a la sociedad indefensa en manos de la codicia sin fronteras. Además, debe tenerse en cuenta que la ley es una norma jurídicamente obligatoria precisamente porque emana del órgano del Poder Público que tiene la potestad de hacerla y de imponerla a los nacionales y extranjeros residentes en Colombia. Los mandatos de legisladores extranjeros no pueden invocarse para definir las cuestiones internas que se deciden en nuestro país. Esa conciencia erguida de la soberanía nacional que impone a los jueces la obligación de aplicarles a las cuestiones colombianas las leyes de la República, en vez de las extranjeras no adoptadas por el Congreso Nacional, quedó grabada con caracteres luminosos en la famosa sentencia que sobre filiación natural profirió la Corte Suprema de Justicia el 26 de abril de 1940". (G. J., Tomo LI, número 1970, páginas 3 a 9.)

(Firmado), **Luis Enrique Cuervo A.**

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RODRIGUEZ PEÑA

Bien hubiera deseado presentar, con la amplitud que la importancia del tema requiere, las distintas consideraciones que me llevan a separarme de la doctrina sentada por la Corte sobre legítimo contradictor, en esta clase de acciones; no puedo hacerlo sin embargo, debido a las labores adicionales que debo cumplir en la Comisión de Reformas al Código Civil. Por ello, me limito a agregar, a las expuestas en el anterior salvamento, la que primordialmente determina mi inconformidad.

En el orden puramente legislativo, y mediante un sistema de caducidad de la acción en breve tiempo, no tendría reparo alguno que oponer a la tesis propugnada por la Corte, a fin de que los juicios sobre declaración de la paternidad natural, puedan seguirse no solamente contra el padre, sino también contra sus herederos; porque no es justo que de esa acción puedan quedar privados el póstumo y el menor cuyo padre fallece antes de que la madre o su representante puedan instaurarla.

Pero frente al sistema legal ya establecido, no entiendo cómo pueda sostenerse este mismo parecer, cuando para proteger al hijo, se sacrifica sin limitación alguna en el tiempo, los derechos de la familia legítimamente organizada; y cuando para fundar dicho concepto, ha sido necesario llegar a la distinción entre legítimo contradictor y simple parte legítima, con el resultado absurdo para este último caso, de que por no ser absolutos o **erga omnes** los efectos del fallo que se pronuncia, puede darse respecto de una misma persona, dos o más estados de filiación distintos. Esta conclusión es absurda, y por ello inaceptable el criterio interpretativo que a tales resultados conduce.

Gualberto Rodríguez Peña.

EN QUE CONSISTE EL ERROR COMUN. — EL ARTICULO 252 DEL CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL NO SE REFIERE A LA PRUEBA DE LA POSESION DEL EMPLEADO, SINO AL ACTO MISMO

1º—Al expresar la ley que las irregularidades de la diligencia de posesión y "aún la omisión de ellas", no anulan los actos del empleado, ni lo eximen de responsabilidad, está refiriéndose al lleno de las formalidades y requisitos que entraña el acto de "tomar posesión" y no simplemente de la prueba de él como sería el acta que se escribe en un libro y que firman el empleado y quien lo posesiona.

El recurrente confunde la diligencia de tomar posesión con la prueba de ella.

La ley no toma la diligencia judicial por el acta en que se hace constar. Así al hablar de la diligencia de inspección ocular expresa que ella tiene por objeto el examen y reconocimiento que hace el Juez, acompañado de peritos o testigos de cosas o hechos litigiosos, etc. "Llegados el día y la hora señalados, el Juez y los peritos o testigos proceden al examen y reconocimiento de que se trata LUEGO SE EXTIENDE LA CORRESPONDIENTE ACTA. (Subraya la Sala.)

Claramente se ve pues que una cosa es la "diligencia" refiriéndose a un asunto legal y otra cosa es el acto que de ella se asienta y firma como prueba. Luego al decir el artículo 252 del Código Político y Municipal "que la omisión de tal diligencia" (la de posesión) no se refiere a la prueba sino al acto de "tomar posesión". Es decir, los actos del empleado que no ha tomado posesión no son nulos, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

2º—Error de masa o colectivo, error común, es el del vecindario que cree: que una persona, por las apariencias como vive, posee un determinado estado civil, o en la habilidad de un testigo que se deduce de hechos positivos y públicos en el caso del artículo 1069 del C. C., o en la calidad de Notario de quien públicamente actúa como tal.

3º—Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales, en que su interpretación repugna con la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil — Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

El señor Pío Claudio Valenzuela, vecino que fue de la ciudad de Santa Fe de Antioquia, por ante el señor Clemente Barrera, Notario suplente de dicho lugar, otorgó testamento abierto según escritura pública número 450 del 14 de agosto de 1948, la cual fué debidamente registrada. Declara allí el testador que fué casado con Soledad Rueda, quien poco después de celebrado el matrimonio abandonó el hogar, razón por la cual se unió a María de los Santos Holguín en quien tuvo dos hijos de nombres Cecilio y María Escolástica. Hace allí el reconocimiento de sus hijos y les asigna la mayor parte de sus bienes en concurrencia con su esposa, sus dos hermanos Segundo y María Luisa Valenzuela y otros.

Ante el señor Juez del Circuito de Santa Fe de Antioquia presentó demanda civil ordinaria el señor Reinaldo Coronado, en su carácter de cesionario de los derechos de los nombrados Segundo y María Luisa Valenzuela, contra Cecilio Holguín y demás instituídos herederos para que se declare la nulidad del memorado acto por cuanto el testador se hallaba en estado de inconsciencia por razón de la enfermedad que lo aquejaba; que no dictó las disposiciones de su última voluntad de viva voz, ni las escribió previamente, ni pudo contestar conscientemente las preguntas que le hicieron los que estaban interesados en su otorgamiento.

Que igualmente es inválido, porque la persona ante quien se solemnizó el acto, el notario suplente, señor Barrera, no estaba en ejercicio legal de

sus funciones, en el día y hora en que se extendió el instrumento.

Admitida la demanda, se dispuso su traslado a los demandados y éstos le dieron contestación negando los hechos sustanciales y oponiéndose a las peticiones en ella contenidas.

Sentencia de primera instancia

Ésta fué proferida con fecha 21 de marzo de 1951, con la absolución de los demandados de todos los cargos propuestos.

La sentencia recurrida

Apelada ésta por el actor los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde el 16 de octubre del mismo año se decidió la segunda instancia, confirmando la providencia suplicada.

El Tribunal encuentra que si bien no está demostrada la posesión del Notario suplente sí se estableció que el principal previa licencia verbal concedida por el Juez del Circuito, se ausentó de la ciudad y que el mismo funcionario lo encargó para que citara su suplente, y que la falta de posesión no entraña nulidad al tenor del artículo 252 del C. P. y M.

Por lo demás el Tribunal observa que no se demostraron los hechos en que se basan los demás pedimentos relativos a la nulidad del acto.

En desacuerdo una vez más con lo resuelto, el demandante recurrió en casación.

Las causales alegadas

Ante la Corte se ha fundado el recurso y con apoyo en el artículo 520 del C. J. se proponen contra la decisión del Tribunal los reparos que a continuación se expresan:

a). Se acusa la sentencia por se violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

b). Por ser también violatoria de la sustantiva por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho o en error de derecho que aparece de manifiesto en los autos.

Señala como violado el artículo 1118 del Código Civil que prescribe la invalidez de las disposiciones de última voluntad que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por un sí o un no, por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta.

Se considera:

Como lo comenta el Tribunal, de autos resulta que días antes de otorgar don Pío Claudio Valenzuela su testamento, mandó llamar al señor Rafael María Villa para que tomara los datos y confeccionara la minuta. Elaborada ésta, le fué pasada al Notario por Valenzuela para que extendiera la escritura, y el día 14 de agosto de 1948, se presentó dicho funcionario acompañado de los testigos, a la casa de Valenzuela, y allí fué leído el testamento por el Notario, tal como aquél lo había dispuesto y el testador le dió su aprobación diciendo, "sí", "sí", "sí', está a mi satisfacción, según un testigo, o la simple afirmación según los otros.

"La disposición del artículo 1118 del C. C., ha dicho esta Sala, está encaminada no sólo a evitar influencias sobre la voluntad del testador, sino a asegurar la exactitud y espontaneidad de sus declaraciones testamentarias'.

"Para que este artículo tenga eficacia es preciso que la asignación testamentaria dependa únicamente de las respuestas afirmativas, o de la señal de la misma naturaleza que haya dado o hecho el testador, o sea, es necesario que su voluntad, al respecto, aparezca movida por alguna persona. Mas cuando escrito el testamento y preguntado al testador si el testamento está corriente, responde aquél que sí, lo está, no tiene, ni puede tener incidencia el precitado artículo 1118, por cuanto entonces lo que hace el testador es ratificar o dar su asentimiento a lo que escribió o mandó escribir".

Está demostrado que el testador intervino personalmente en la redacción de su declaración de última voluntad la cual dictó a quien fué encargado para hacer la póliza que llevada al Notario la pasó al protocolo que fué lo aprobado por el testador en la forma indicada. De esta manera el otorgante ratificó o dió su asentimiento a lo que ya había confeccionado y dispuesto se consignara en su testamento.

Por lo dicho se rechaza el cargo.

b) Se acusa igualmente por violación de los artículos 251 y 252 del Código Político y Municipal, así: el primero por falta de aplicación y el segundo por infracción directa, por aplicación e interpretación errónea y por aplicación indebida.

Dice en cuanto al artículo 251 del C. P. y M.,

que tal precepto define lo que la ley entiende por "posesión del empleo" o "tomar posesión de él" y que el Tribunal sin entender que el señor Barrera, no era Notario, sino un simple particular, le dió toda validez al instrumento que se supone se otorgó ante él.

Expresa que el sentenciador pudo concluír, que al haberse incurrido en irregularidades en la diligencia de posesión del señor Clemente Barrera, como Notario público, no implica nulidad del testamento.

Comentando el artículo 252 manifiesta que existe diferencia esencial entre "tomar posesión" y "diligencia de posesión". "La primera consiste en prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir los deberes que le incumben, ante la autoridad competente; la segunda es la constancia escrita de haberse hecho esto, es decir, de que se tomó posesión".

Que ninguna persona, según lo dispone el artículo 251 citado puede entrar a ejercer un cargo público, sin posesionarse previamente, es decir, sin prestar el juramento de que se habló anteriormente.

Que esta errada interpretación del precepto que se enuncia llevó al Tribunal a darle validez a un acto celebrado ante quien no estaba investido del carácter de Notario, por no haber tomado posesión. Que el artículo 252 en cita declara válidos los actos de los funcionarios que han tomado posesión aun cuando se haya omitido extender la respectiva diligencia, ya que su falta no anula los actos del empleado. Que en el caso que el proceso contempla, no se trata de la omisión de la diligencia, sino que el suplente del Notario señor Barrera no tomó posesión, lo que es distinto.

Que como consecuencia de la aplicación indebida del artículo 252 del C. P. y M., el Tribunal violó el 251 del mismo Código Administrativo.

Se considera:

El artículo 251 del Código Político y Municipal expresa que "ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir los deberes que le incumben. Esto es lo que se llama posesión del empleo o bien tomar posesión de él".

El artículo 250 del mismo estatuto dice: "Las irregularidades de la diligencia de posesión y aun la omisión de tal diligencia no anulan los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones".

"Diligencia" según definición del Diccionario en su acepción forense es "la ejecución y cumplimiento de un acto, acuerdo o decreto judicial, su notificación, etc.".

Luego "diligencia de posesión" es la ejecución y cumplimiento del mandato legal de prometer bajo juramento sostener y defender la "Constitución y de cumplir los deberes que le corresponden".

Por consiguiente al expresar la ley que las irregularidades de la diligencia de posesión y "aún la omisión de ella", no anulan los actos del empleado, ni lo eximen de responsabilidad, está refiriéndose al lleno de las formalidades y requisitos que entraña el acto de "tomar posesión" y no simplemente de la prueba de él como sería el acta que se escribe en un libro y que firman el empleado y quien lo posesiona.

El recurrente confunde la diligencia de tomar posesión con la prueba de ella.

La ley no toma la diligencia judicial por el acta en que se hace constar. Así al hablar de la diligencia de inspección ocular expresa que ella tiene por objeto el examen y reconocimiento que hace el Juez, acompañado de peritos o testigos de cosas o hechos litigiosos, etc. "Llegados el día y hora señalados, el Juez y los peritos o testigos proceden al examen y reconocimiento de que se trata y **luégo se extiende la correspondiente acta"** (subraya la Sala).

Claramente se ve pues que una cosa es la "diligencia" refiriéndose a un asunto legal y otra cosa es el acto que de ella se asienta y firma como prueba. Luego al decir el artículo 252 citado, "que la omisión de tal diligencia (la de posesión) no se refiere a la prueba, sino al acto de tomar posesión". Es decir, los actos del empleado que no ha tomado posesión no son nulos, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

Pero hay algo más, consta que el señor Clemente Barrera, Notario suplente, fue llamado por el Juez del Circuito por falta temporal del principal y que ejerció el cargo no sólo con motivo del testamento del señor Valenzuela, sino en múltiples ocasiones como aparece del certificado notarial que se acompaña donde consta haber autorizado como funcionario que tiene la fe pública, más de ciento trece escrituras. Antes del 14 de agosto de 1948 en que legalizó el testamento que se discute, había otorgado treinta y cinco. El mismo día 14 otorgó varios instrumentos de tal manera que si efectivamente no tomó posesión del

cargo, se trata de un típico funcionario de hecho que dio origen a un "error común" en la materia en el Municipio de Antioquia.

Se trataría de un error generalizado, es decir, de un error no universal pero sí colectivo e invencible porque hasta los hombres más prudentes y avisados lo hubieran cometido. Error de masa o colectivo, error común, es el del vecindario que cree: que una persona, por las apariencias como vive, posee un determinado estado civil, o en la habilidad de un testigo que se deduce de hechos positivos y públicos en el caso del artículo 1069 del C. C., o en la calidad de Notario de quien públicamente actúa como tal". (G. J., Tomo 43, pág. 156).

Así pues, ya sea porque expresamente el art. 252 del C. P. y M., declara que la omisión de la diligencia de posesión no dá lugar a la nulidad de los actos del funcionario, ya porque el principio de buena fe en quien se valió de un empleado que ejercía las atribuciones de Notario hacen que los actos otorgados ante él, como funcionario de hecho, se tengan por legítimos.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo C)—Se acusa también por violación del artículo 1070 del C. C.

Dice que tal precepto dispone que el testamento abierto se ha de otorgar ante un Notario o ante el suplente respectivo que esté, "en ejercicio de su cargo".

Que Valenzuela testó ante el Notario suplente señor Barrera que no estaba en ejercicio de su empleo porque no se había posesionado.

Se considera:

Las razones expuestas al estudiar el anterior reparo son suficientes para desechar el que acaba de enunciarse porque, como ya se advirtió, la omisión de la diligencia de posesión del Notario no anulan sus actos (artículos 251 y 252 C. P. y M.) y ya se vio cómo el señor Barrera desempeñaba legítimamente aquel empleo.

Se declara pues sin fundamento la acusación por este nuevo reparo.

Cargo D)—Por último, se acusa el fallo por violación de los artículos 1502, 1503 y 1504 del C. C., y el 1117 del mismo Código. Los tres primeros por apreciación errónea de la prueba consistente en el certificado del médico que asistió en su enfermedad al señor Valenzuela y por apreciación errónea o falta de apreciación "de la prueba que consiste en el mismo testamento", por cuanto la cláusula quinta, "constituye un flagrante error de hecho que lo hace nulo" ,conforme al referido precepto.

Se considera:

Se ataca en primer término la sentencia, en este reparo por mala apreciación de la certificación rendida sobre el estado de sanidad mental del testador, que al decir del testigo, señor Valenzuela, "días antes de su fallecimiento perdió el conocimiento y dejó de hablar, siguiendo así hasta el día 17 de agosto en que murió".

Al expediente se trajo una copiosa prueba testimonial por una y otra parte y de su examen dedujo el sentenciador que los testigos presentados por el demandante, con excepción del doctor Acevedo, se limitaron a decir que don Claudio se hallaba, en estado de inconciencia, porque no hablaba, que no contestaba cuando se le dirigía la palabra.

Considera el Juzgador que de tal actitud no podía deducirse el estado mental que suponen los declarantes. La misma razón tuvo para desechar el testimonio de Acevedo, aun cuando éste dice que se hallaba el enfermo en estado de inconciencia. El Tribunal rechaza también su concepto porque "para casos como éste se requiere una prueba más clara, más definida, más precisa, ya que el estado de sanidad y la capacidad del testador se presumen".

La Corte encuentra error en la estimación de este testimonio, que en definitiva vendría a ser único sobre el estado mental del testador ya que los demás testigos se limitaron a indicar como razón de su dicho un concepto carente de lógica, "que estaba inconciente porque no hablaba", testimonios desmentidos por la numerosa prueba de la misma índole con la cual se estableció la forma como el enfermo aceptó de viva voz y aún incorporándose, el testamento que se le acababa de leer.

Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el Juzgador error de hecho sino en casos especiales, en que su interpretación repugna con la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos.

La Corte observa en cuanto a la técnica de casación que los artículos 1502, 1503 y 1504 son preceptos de orden general relativos a la capacidad para ejercer actos o contratos jurídicos, pero que, no se determinaron las disposiciones sustantivas especiales relativas a los testamentos que

configuran la nulidad demandada por la carencia de esta misma capacidad, como serían los artículos 1601, inciso tercero, que dice: "No son hábiles para testar... 3º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa". Artículo 1061: "El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa, etc."

Finalmente el reparo por violación del artículo 1117 del C. C., relativo a la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que si este error no hubiere tenido lugar, se tendrá por no escrita, "entraña un medio nuevo, presentado por primera vez ante la Corte, inadmisible en casación. La demanda base del pleito se circunscribe a la nulidad del testamento, porque se otorgó ante quien no ejercía el cargo de Notario y por haber sido extendido en momentos en que el testador no estaba en su cabal juicio".

Se ve, pues, que es una cuestión no planteada, alegada ni decidida en las instancias.

Se declara, pues, que no es admisible el reparo.

Sentencia

En atención a las razones que se dejan consignadas la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha diez y seis de octubre de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 22 DE LA LEY 46 DE 1923

Para los efectos del artículo 22 de la Ley 46 de 1923, es indiferente que el hecho previsto en esta norma sea autorizado previamente o ratificado con posterioridad a su cumplimiento, pues tanto en aquel como en este caso media el consentimiento, que es esencial para el nacimiento de toda obligación convencional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez 1º del Circuito de Palmira propuso María Arias vda. de Molina juicio ordinario contra Avelino Muñoz para que se declare resuelto, por falta de pago del precio, el contrato consignado en la escritura número 164 de 19 de agosto de 1948, de la Notaría del Circuito de Pradera, por medio de la cual la primera dio en venta al segundo de los nombrados el inmueble que allí se alindera y se hagan otras declaraciones consecuenciales.

Entre los hechos de la demanda figuran los que en seguida se copian:

"8º Por escritura número 164 de 19 de agosto de 1948, otorgada igualmente en la Notaría del Circuito de Pradera, la señora María Arias v. de Molina dijo haberle vendido al señor Avelino Muñoz V., la expresada finca "La Cima", de cuarenta y cinco (45) plazas de extensión, ubicada en el sitio de "Lomitas", antes "La Granja", jurisdicción del Municipio de Pradera, alinderada así: Norte, el río Bolo; Sur, vía pública que de Pradera conduce a la planta eléctrica de la misma población; Oriente, propiedad de los herederos de José Eulogio Chate y propiedad de Jacinto Ochoa, y Occidente, propiedad de Abraham Tafur y Abraham Candelo. El contrato se celebró por la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00), que dijo haberla recibido la vendedora.

"9º Pero no obstante esta afirmación, tal suma de quince mil pesos ($ 15.000.00), moneda legal colombiana no la ha recibido en realidad de verdad la señora. Arias, comoquiera que en pago de ella únicamente le fueron entregadas unas supuestas letras de cambio en número de cinco (5), que se dice fueron giradas por la misma vendedora en contra del comprador señor Muñoz V., quien las firmó, para pagarlas en Pradera, en sendos contados de tres mil pesos ($ 3.000.00), en las siguientes fechas: 28 de febrero de 1949; 28 de agosto de 1949; 28 de febrero de 1950; 28 de agosto de 1950, y 28 de febrero de 1951.

"10º No es verdad que la señora María v. de Molina haya firmado como giradora o libradora las pretendidas letras de cambio, pues dichos papeles fueron firmados, a insinuación del señor Muñoz, por la niña Carmen Miriam Molina Arias, de once (11) años de edad, como así está expresado.

"11º En certificación expedida por el señor Notario de Pradera, a petición verbal de la señora Arias nombrada, expresa dicho funcionario lo siguiente: El sábado 4 de septiembre, por solicitud del doctor Avelino Muñoz Varela, se trasladó a la casa de la señora María Arias v. de Molina, sita en el área de la población de Pradera, en asocio de los señores Juan G. Sinisterra F., Salvador Botero y Jacinto Ochoa Obregón, con el fin de que la señora nombrada otorgara una escritura, la cual se hallaba escrita desde el 19 de agosto anterior; que leído el instrumento en alta voz y al insinuarle el Notario a la señora Arias que lo firmara, se abstuvo de hacerlo por hallarse convaleciente de una enfermedad, y que por eso mandó llamar al señor Luis Antonio Figueroa para que lo hiciera por ella, como así aconteció; y que antes de que el Notario autorizara la escritura, interrogó a dicha Sra. sobre si había recibido el valor del contrato; interrogación que fue contestada por el señor Jacinto Ochoa Obregón —recomendado o consejero de la misma— manifestando al Notario y a los testigos citados, que el valor del contrato estaba representado en unas letras de cambio o comerciales que el comprador Muñoz Varela había aceptado a favor de la vendedora; letras que en número de cinco (5)

y por la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00) cada una, mostró la señora Arias al Notario y testigos, aclarando ésta que el pago se había hecho figurar en la escritura como de contado para que ella quedara sin ningún gravamen o "molestia" al señor Muñoz.

"12º Esos pretendidos documentos de pago, como se ha dicho, no fueron firmados por la señora María Arias v. de Molina, porque cuando así lo hace ésta en cualquier documento o papel, antepone al apellido de su esposo la letra 'A' —correspondiente a su apellido— y la 'v', que es expresiva de su estado de viudez".

El demandado contestó la demanda aceptando algunos hechos; negando otros, y proponiendo algunas excepciones, y tramitado luégo en debida forma el Juez del conocimiento la decidió en sentencia de 12 de agosto de 1949, por la cual declaró probada la excepción de carencia de acción y absolvió en consecuencia al demandado de los cargos que se le formularon.

Por apelación concedida al apoderado de la actora subió el negocio al Tribunal Superior de Cali, el que en sentencia de 24 de octubre de 1950, confirmó la apelada.

Esa decisión tiene su respaldo en las siguientes consideraciones que se copian:

"Está, pues, plenamente acreditado que no obstante decirse en la escritura memorada que el precio de la venta se pagó de contado, tal pago no se hizo en esa forma, pero sí en una distinta, conviniendo la compradora en recibir, como pago de tal precio, los instrumentos negociables indicados. Por lo tanto, no habría base, por este respecto, para declarar la resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura ya citada.

"Ocurre, sin embargo, que la demandante expresa que las aludidas letras de cambio no lo son en realidad, pues que ellas no fueron autorizadas con su firma, en su carácter de giradora. Ahora bien, se sabe que la demandante, por imposibilidad física, no firmó como giradora las dichas letras de cambio. El demandado, al aceptar tal hecho, explica que la firma que en tales instrumentos aparece y que dice "María v. de Molina", fue puesta por la niña Carmen Miriam Molina, hija de la demandante, con el consentimiento de ésta. La señora v. de Molina agrega que las tales letras de cambio fueron firmadas por su hija, a insinuación del señor Muñoz, pero, en posiciones, contestando la pregunta que dice: "Diga la absolvente si es verdad que las letras de cambio las firmó con el nombre de la absolvente su señorita hija Carmen Miriam Molina, con la voluntad y aceptación de la absolvente por hallarse impedida para firmar?" **Contestó:** "Es cierto lo que se me pregunta. Aclaro que yo no le ordené a mi hija de nombre Carmen Miriam Molina que firmara las letras en nombre mío, pero cuando lo hizo, acepté que las hubiera firmado". Sobre esta base afirma el demandante que las letras de cambio así firmadas no tienen ningún valor puesto que no llevan la firma de la señora Arias v. de Molina, puesta de su puño y letra; y que, además, esos instrumentos no podían ser firmados por la menor Carmen Miriam Molina, en razón de que ésta es menor de edad, puesto que sólo tenía, por esa época, la edad de once años. Sobre este respecto considera la Sala lo siguiente:

"Realmente, como lo consigna el señor Juez del conocimiento en la providencia apelada, "No se encuentra en ese acto de la menor el auténtico ejercicio de una actividad civil por parte de ella, en forma que por él haya contratado, reconocido o adquirido un derecho ni contraído obligación alguna. Por el hecho de haber firmado como aparece, escribiendo en las letras de cambio el nombre de la verdadera giradora y tenedora, no hizo otra cosa que servir de instrumento físico de su expedición". Evidentemente en el acto a que se hizo alusión, la menor nombrada no estaba realizando ningún acto civil, y por ello que su menor edad ningún influjo pueda tener en el acto que se le imputa. Lo importante en este caso es el consentimiento de la giradora, y ese consentimiento, según se vio, fue dado por ella, como aceptó que los signos indicativos de su nombre, colocados por su hija en los instrumentos memorados, equivalen, son o se reconocen como su verdadera firma auténtica. En estas materias lo importante es el fenómeno "consentimiento" y por ello que el artículo 25 de la ley de instrumentos negociables diga: "Un instrumento que lleva una firma falsificada o puesta sin autorización de la persona a quien corresponda, es ineficáz y no dá derecho a retener el instrumento o hacer o a exigir pago alguno por razón de dicha firma, a menos que la persona contra la cual se proceda prescinda de reclamar contra la falsificación o falta de autorización". Si como en el caso de autos, la autorización para colocar la firma de la giradora fue dada en su oportunidad, no se ve cómo, frente al precepto transcrito, pudiera reclamarse ahora sobre la falta de autorización o consentimiento de la parte demandante, para estampar esa firma. Nótese, además, que, como lo

dice el abogado de la parte demandada, en el caso en estudio no hubo propiamente una suplantación de firma, desde luego que medió el consentimiento de la persona cuya firma iba a estamparse en el instrumento, y menos aún, hubo falsificación, porque la hija de la demandante no imitó la firma de ésta sin su consentimiento. Queda entonces en claro que, al escribir la menor Miriam Molina, en los instrumentos dichos, el nombre de la señora Arias v. de Molina, no hizo otra cosa que servir de instrumento físico para tal acto, pues el consentimiento dado para ello por la señora Arias v. de Molina, hace que esa firma se tenga como la suya auténtica.

Siendo esto así, no puede deducirse entonces, la falta de pago del precio de la venta consignada en la escritura número 164, a que se aludió anteriormente.

Se ha alegado también que en las letras memoradas aparece la firma del girado señor doctor Avelino Muñoz, sin que preceda la nota que indique su aceptación. Tal circustancia es, en sentir de la Sala, en un todo indiferente, pues constando en esas letras que el doctor Muñoz es el girado, la firma que de él allí aparece tiene que haber sido necesariamente puesta en señal de aceptación. Por otra parte, el crédito mismo no se afectaría por esa circunstancia, aún entendiendo lo contrario a lo que se acaba de afirmar, pues de conformidad con el numeral 5º del artículo 20 de la Ley 46 de 1923, la tenedora de esos instrumentos puede considerarlos como letras de cambio o como pagarés. El inciso citado es como sigue: "Cuando el instrumento es tan ambiguo que no se sabe si tiene el carácter de letra de cambio o de pagaré, el tenedor puede considerarlo a su elección, como si fuera letra o pagaré".

"De todo lo hasta aquí dicho se desprende que la acción resolutoria propuesta en el libelo inicial no es procedente, y por ello que deba confirmarse la providencia recurrida".

A la actora se le concedió recurso de casación, el que en su oportunidad sustentó proponiendo contra la sentencia y con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial los cargos que en seguida se resumen:

1º Una letra de cambio no firmada por quien la gira no es letra de cambio ni pagaré, y como las de que trata el proceso no fueron firmadas por María Arias v. de Molina, no tienen legalmente tal calidad.

Dice el recurrente que hay diferencia entre firma y nombre; que excepcionalmente se admite que una persona firme por otra mediante una expresión explicativa, tal como lo autorizan los artículos 2586 del C. C. y 642 del C. J.; pero que el cambio de mano para firmar por otro es inusitado e ilegal; que en consecuencia, cuando la menor Carmen Miriam Molina escribió el nombre de su madre, ni ésta firmó ni firmó por ella su hija; que al admitir lo contrario y al aceptar la sustitución de la obligación de pagar el precio de una compraventa con una obligación cambiaria legalmente inexistente, el Tribunal infringió directamente por no haberlos aplicado los artículos 1494, 1536, 1546, 1608, 754, 1928, 1929, 1930 del C. C., 20 y 759, numerales 12 y 8, del Código de Comercio y 5º y 128 de la Ley 46 de 1923.

2º El demandado ha sostenido que la menor Miriam Molina no firmó por nadie sino que se limitó a poner el nombre de ésta con su voluntad y facultad, en las letras de cambio, y la demandante niega que hubiera existido autorización previa pero acepta que una vez puesta su firma, dio su conformidad; que el Tribunal, al no dar probada la autorización y consentimiento de la demandante, incurre en error de hecho y de derecho en la apreciación de esas confesiones y viola los artículos 1609, 1928, 1929 del C. C. y 5º y 128 de la Ley 46 de 1923.

3º En relación con la pretendida autorización o consentimiento de la demandante para que su hija hubiera puesto su nombre en las letras de cambio, el Tribunal le hace decir a los artículos 25 y 20 de la Ley 46 de 1923 lo que de su texto no aparece; el primero apenas prevé que una firma puesta sin autorización hace ineficaz el instrumento; pero que éste puede validarse por falta de reclamo de la interesada, el cual aquí media, pues la presente demanda cumple ese requisito; que al haber firmado Muñoz los instrumentos sin decir por qué los firma, hay que considerarlo como endosante, de lo cual deduce que el sentenciador interpretó erróneamente los artículos 20 y 25 de la Ley 46 de 1923.

4º Aquí sostiene el recurrente que "el artículo 134 de la Ley 45 de 1923 previene que la aceptación de una letra de cambio debe consistir en el asentimiento del girado a la orden de pago dada por el girador. Añade que la aceptación debe ser escrita y firmada por el girado. La aceptación, como uno de los elementos del instrumento negociable es solemne. Debe aparecer en el texto de la letra de cambio. Y está establecido que cuando una firma se haya puesto en una letra de cambio sin decirse a qué título el firmante debe

estimarse, no como aceptante, sino como un endosante (artículo 20, numeral 6º). En las supuestas letras de cambio, que juegan en este pleito, a la izquierda de cada una, aparece la firma del señor Avelino Muñoz, sin expresar que acepta. Por no haberlas aceptado el señor Avelino Muñoz, él todavía no tiene ni tendrá obligación alguna por causa de ellas, dado el artículo 64 de la Ley 46 de 1923. Si la obligación contractual de haber pagado el precio se le dá por sustituída por la de pagar las aceptaciones y éstas no existen, se incurre así en error de derecho al dar a las supuestas letras de cambio un sentido que no tienen —dados sus términos escritos— y un valor legal que les falta y de ello se sigue la infracción de los artículos 20, numeral 6º, 64, 134 de la Ley 46 de 1923 y 1609, 1928, 1929 y 1930 del Código Civil".

Se considera:

Es un hecho que está plenamente acreditado en el proceso, con la confesión de la demandante contenida en los hechos de la demanda ya copiados y en la diligencia de absolución de posiciones que se le pidieron y aceptado por el propio demandado y que el Tribunal dá también por establecido, que no obstante decirse en la escritura número 164 de 19 de agosto de 1948, que el precio de la venta a que ella se refiere se pagó de contado, tal pago no se hizo en esa forma, pues entre las partes contratantes se convino que a la vendedora le serían entregadas —como en realidad lo fueron— cinco letras de cambio por ella giradas y aceptadas por el comprador Muñoz, para pagarlas en Pradera en sendos contados de tres mil pesos ($ 3.000.00), en las siguientes fechas: el 28 de febrero de 1949; 28 de agosto de 1949; 28 de febrero de 1950; 28 de agosto de 1950 y 28 de febrero de 1951" (hecho 9º de la demanda).

Entonces de allí se deduce rectamente que el convenio real y verdadero de los contratantes, en cuanto al precio de la venta, consistió en pagarle cinco contados precisamente en las fechas citadas.

Ahora, según lo pedido en la súplica primera de la demanda, la resolución del contrato se solicita "por falta de pago de la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) moneda legal, precio de la venta"; pero como conforme a lo estatuído en el artículo 1930 del C. C. la acción resolutoria se dá contra el comprador cuando "estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos" y como la demanda se propuso el 28 de septiembre de 1948, cuando todavía no se había vencido siquiera el plazo convenido para el pago del primero de los contados estipulados y el comprador no había aún incurrido en mora, es claro que la acción era improcedente o prematura.

Esta razón, que es fundamental, sería suficiente para mantener la sentencia acusada, cualquiera que fuese la suerte de los cargos propuestos.

Mas éstos son ciertamente infundados, pues las letras de cambio a que se refiere la demanda (páginas 25 a 29 c. p.) son instrumentos negociables, legalmente válidos, como así lo estimó el sentenciador.

La demandante confesó en posiciones que por hallarse impedida para firmar dichas letras las firmó con su nombre su menor hija Carmen Miriam Molina; cosa que ella no le ordenó, pero que cuando lo hizo aceptó "que las hubiera firmado".

Es decir, medió cuando menos una ratificación expresa de lo hecho en su nombre y en su presencia, la cual genera en su favor y en su contra los derechos y obligaciones que emanan de la condición de girador (artículos 1502, 1506, 1507 y 2186, inciso 2º, del Código Civil).

El artículo 22 de la Ley 46 de 1923 establece: "La firma de una parte puede ser puesta por un agente suyo debidamente autorizado. No es necesaria para este efecto ninguna forma especial de autorización, y la personería del agente puede acreditarse como para cualquier otra clase de agencia".

Acerca de esta norma en su obra "Derecho Cambiario Colombiano", dice el ilustre jurisconsulto doctor Víctor Cock:

"El alcance de este artículo es el de que la firma de la parte en el instrumento puede ser escrita por otra persona debidamente autorizada para ello. Es decir, que el firmante como agente puede poner en calidad de firma del instrumento el nombre de su principal, sea el nombre propio o el nombre comercial o signo adoptado como firma según lo dispuesto en el artículo anterior.

"En el país es poco acostumbrado el que el agente o apoderado firme poniendo en calidad de firma el nombre del comitente o poderdante, pero, en todo caso, el artículo 22 que se estudia autoriza tal forma de proceder".

A lo cual agrega la Corte, que para los efectos de la transcrita norma, es indiferente que el hecho en ella previsto sea autorizado previamente o ratificado con posterioridad a su cumplimien-

to, pues tanto en aquel como en este caso media el consentimiento, que es lo esencial para el nacimiento de toda obligación convencional.

Por otra parte, las mencionadas letras fueron giradas a cargo de Avelino Muñoz, demandado, y su firma aparece al pie de ellas, aunque sin precederla de ninguna de las fórmulas usuales, como son las de "acepto", "aceptada". Mas ninguna duda puede caber sobre que la estampó en calidad de girado o aceptante, pues la orden de pagar las letras estaba dada en su contra o a su cargo. Además, éste es un punto admitido por el demandado que no ha pretendido discutir en forma alguna en el juicio.

En esas condiciones Muñoz no podía ser considerado como endosante, pues sólo "cuando hay una firma en el instrumento y no aparece claramente con qué carácter quiso ponerla el firmante, debe tenerse éste como endosante (numeral 6º, artículo 20, ley 46 de 1923). La calidad indiscutible con que obró es la de aceptante.

De otro lado, el caso está expresamente previsto y resuelto por el artículo 795 del Código de Comercio, que a la letra dice:

"El librado deberá firmar la aceptación en la misma letra, usando de estas fórmulas, "acepto", "aceptada", o de otras que manifiesten clara y precisamente la intención de obligarse al pago de la letra.

"Sin embargo, la sola firma del librado, puesta en una letra de cambio, importa su aceptación".

En resumen: las letras de cambio a que se refiere este asunto son instrumentos negociables válidos y eficaces e implican de consiguiente la obligación a cargo del demandante y aceptante de pagar las cantidades de dinero que en ellas se expresan a favor de la demandante, actual tenedora.

Las consideraciones expresadas son más que suficientes para rechazar, como se rechazan, los cargos propuestos.

En mérito de ellas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinte y cuatro (24) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Cali.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente a la oficina de su procedencia.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION—CUANDO PUEDE PROSPERAR ESTE RECURSO POR HABER INCURRIDO EL TRIBUNAL EN ERRONEA APRECIACION DE INDICIOS

1.—Coinciden sentenciador y demandante al deducir de los hechos segundo y tercero de la demanda y de la súplica PRIMERA, la acción de nulidad del contrato de compraventa impugnado, por vicio en el consentimiento del vendedor Muñoz Vieira. Discrepan sólo en cuanto a la prueba de los elementos de hecho del caso específico que se trata de resolver, de los acaecimientos concretos que el demandante alega como fundamento de su pretensión, las maniobras del comprador para inducir al vendedor a caer en el error de transmitirle la propiedad de todo el lote, en vez de una parte de él. Así las cosas, no existe el error de hecho en la interpretación de la demanda, por cuanto se trata de una cuestión de prueba, y esa interpretación no tiende a demostrar la ocurrencia de hechos, sino a desentrañar el sentido, la significación de las expresiones empleadas en el libelo.

2.—Como es sabido a la Corte en función de este recurso extraordinario, no le corresponde balancear las pruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos controvertidos, por ser ésta misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto.

En el presente caso, se trata de la apreciación de indicios, que si pueden ser conexos, no son necesarios, y donde el Juzgador no está sujeto a una pauta precisa y goza de autonomía para estimarlos, dentro de las reglas de la sana crítica, y donde no cabe enfrentar la prueba simplemente indicial a la documental, para desvirtuar declaraciones de voluntad consignadas en instrumentos públicos otorgados con todas las exigencias legales de forma. Así, la Corte tiene resuelto que el cargo de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indicial pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde al supremo en casación, salvo que se trate de indicios necesarios, porque cuando no se trata de esta clase de indicios, no se puede hablar de error manifiesto de hecho en la apreciación de la relación existente entre los hechos conocidos y el que se investiga, si esa relación no lleva de manera fija al hecho desconocido, pues entonces la apreciación del Tribunal está determinada por el juicio y no por la objetividad de los hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Luis Muñoz Vieira, remató el 28 de septiembre de 1944, el siguiente inmueble: "Un lote de terreno mejorado de plátano, caña y cercos de alambre, situado en la población de Itagüí, que linda: 'por el frente, con la calle salida para Sabaneta; por un costado, con predios de Antonio Agudelo y la Parroquia de Itagüí, hoy de propiedad del Municipio del mismo nombre; por el pie o centro, con una calle pública; y por el otro costado, con propiedad de Salvador Muñoz, hoy propiedad de otros dueños' ".

Este inmueble fue vendido por el rematante al Presbítero Luis Muñoz Berrío, según escritura 4734 de 15 de noviembre de 1944, de la Notaría Primera del Circuito de Medellín, por la suma de $ 1.000 y había sido adquirido por la de $ 3.600 en la subasta.

Con base en estos hechos, en libelo de 25 de septiembre de 1946, Muñoz Viera pidió: la rescisión por lesión enorme del contrato celebrado por medio de instrumento público antes citado y la condenación en costas en caso de oposición a

la demanda. Esta fue reformada por el actor en escrito de 12 de noviembre de 1946, en el sentido de que los señores Elena y Luis Vélez, como compradores y poseedores inscritos actuales del inmueble, según escritura 1330 y 1331 de 21 de febrero de 1946, de la Notaría 4ª de Medellín, deben ser parte en el juicio, con el fin de que el fallo les aproveche o perjudique, y en el de que la parte petitoria quedará así: "es nulo el contrato de venta realizado por medio de los instrumentos antes citados, verificados entre el señor Luis Muñoz Berrío y la señorita Anatolia Ocampo Parra, en favor de los señores Elena y Luis Vélez V."

Una segunda demanda se promovió y en la cual se hacen estas peticiones:

"**Primera.** — Que es nulo absolutamente y que no ha podido producir efectos jurídicos de ninguna clase el contrato de compraventa verificado entre el demandante y el demandado Pbro. Luis Muñoz Berrío, por medio de la escritura 4734 de fecha 15 de noviembre de 1944, pasada ante el Notario Primero doctor Pedro A. Gallego T., y los testigos instrumentales señores Enrique Almazán y Bernardo Pizano, por un error de hecho 'que visia (sic) el consentimiento.

"**Segunda.**—Que es nulo absolutamente el contrato de compraventa celebrado entre el Pbro. Luis Muñoz Berrío y la señorita Anatolia Ocampo Parra, por medio de la escritura número 2573 de fecha ocho de agosto de 1945, pasada ante el Notario Tercero de este Circuito, y que por consiguiente no ha podido producir efectos jurídicos de ninguna naturaleza entre las partes, por ser simulada esa venta.

"**Tercera.**—Como consecuencia de esas nulidades, y por ser poseedores materiales del mismo inmueble los señores Luis y Elena Vélez vda. de V., según se desprende de las escrituras números 1330 y 1331 de fecha 21 de febrero de 1946, pasada ante el señor Notario Cuarto de este Circuito, están en la obligación de restituírme el inmueble descrito en esos instrumentos con sus frutos civiles y naturales que percibieron sin (sic) sin que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, pues soy titular de mejor derecho en ese inmueble, y así debe declararse en la sentencia respectiva.

"**Cuarta.**—Que se ordene la cancelación de los registros de las escrituras 4734, 2573, 1330 y 1331 de las fechas indicadas en esta demanda.

"**Quinta.**—Que si los demandados se opusieren a este juicio, deben pagarme solidariamente las costas del juicio. Como fundamentos de hecho de las anteriores peticiones se dieron:

Que Luis Muñoz Vieira, en juicio contra el Pbro. Luis Muñoz Berrío, adquirió por remate hecho en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, el día 28 de septiembre de 1944, el inmueble que antes se dejó descrito; que al celebrar el contrato contenido en la escritura 4734 de 15 de noviembre de 1944, su intención fue desprenderse únicamente de un lote de terreno, de diez varas de frente por treinta varas de fondo o centro, en favor del nombrado Pbro. Muñoz Berrío; que con tal fin presentaron una minuta con los linderos que allí se expresaban, pero que al aprestarse vendedor y comprador a firmar la escritura nombrada, preguntó el Pbro. Muñoz Berrío al Notario, si se había extendido la escritura de conformidad con la minuta, y al contestar éste que sí, el comprador expresó: "No hay necesidad de leerla, pues el vendedor la hizo y yo la conozco", y se firmó el instrumento sin leerlo. Que posteriormente al vender el Pbro. Muñoz el lote, cambió habilidosamente todos los linderos, en forma tal que quedó vendido todo el inmueble a que se refiere la escritura 4734, o sea todo el inmueble rematado; que el Pbro. Muñoz Berrío negoció el inmueble con Luis y Elena Vélez v. de V., en $ 11.000, sin embargo en las escrituras 1330 y 1331, aparece vendiéndolo por mitad a $ 4.000.00 cada una, y la vendedora señorita Ocampo Parra, recibió en la Notaría órdenes del Pbro. para que firmara estos instrumentos, y él recibió el precio de las ventas, o sea la cantidad de $ 11.000 en un cheque a cargo del Banco Comercial Antioqueño, cobrado por el mismo. Que los señores Vélez son poseedores del inmueble de que se trata, que la señorita Ocampo Parra vendedora no era dueña legal de él, por ser simulada la venta que le hizo el Pbro. Muñoz Berrío.

Previa la tramitación de los incidentes del caso, el Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, decretó la acumulación de los juicios, y en sentencia de 30 de noviembre de 1949, decidió las demandas negando las súplicas de la una y de la otra, absolviendo a los demandados de los cargos formulados en los respectivos libelos. Apeló el demandante y el Tribunal Superior de Medellín

en fallo de 4 de agosto de 1950, confirmó el de primera instancia.

Para sustentar la decisión confirmatoria, el Tribunal hace una relación detallada de las probanzas allegadas al proceso y a través de su análisis llega a la conclusión, en cuanto hace a la rescisión por lesión enorme, aplicando los artículos 1946 y 1947 del C. C., que si ella debería prosperar por razón del precio recibido, hay un hecho que la enerva: "la certeza legal que existe en el juicio de que cuando la demanda se instauró, ya el demandado no era dueño del inmueble, porque lo había enajenado a Anatolia Ocampo".

Niega el sentenciador la pretensión de la enmienda de la demanda de que se haga extensiva la declaratoria de la lesión enorme a los señores Vélez, como continuadores en el dominio del inmueble y poseedores actuales de él, porque a ellos no los afecta por ser terceros adquirentes con justo título y buena fe.

En cuanto a la declaratoria de nulidad de los contratos celebrados entre Anatolia Ocampo Parra y los nombrados Vélez, advierte el Tribunal que semejante pedimento, "escuetamente formulado, sin razón que lo fundamente, ni prueba que lo respalde, no puede hacerse, puesto que la nulidad, si bien puede declararse de oficio, llegado el caso, al tenor de la ley 50 de 1936, tiene que aparecer de bulto en forma tal que no sea discutible, ni haya duda acerca de su existencia. Y los instrumentos que contienen los contratos acusados de nulidad reúnen en sí todos los requisitos externos de ley; y en cuanto su contenido, ni se ha errado en el título, ni aparece viciado el consentimiento, fueron celebrados por personas capaces, y están inscritos aquellos instrumentos en el respectivo Registro".

En cuanto a la segunda demanda sobre nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura 4734, de 15 de noviembre de 1944, "por error de hecho que vicia el consentimiento", acumulada a la de rescisión por lesión enorme, el Tribunal la niega por carencia de prueba de las afirmaciones contenidas en los hechos que le sirven de fundamento, y porque: si de acuerdo con el artículo 1510 del C. C., el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del acto o contrato, o cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de la que se cree, como lo enseña el artículo 1511 ibidem, necesariamente hay que demostrar ese error, o esa diversa sustancia, o esa calidad esencial diversa del objeto, que se alegan, y en estos autos, se repite, no se trajo elemento alguno probatorio que tienda a la demostración de esos eventos".

En lo que concierne a la simulación alegada, en la sentencia se estudia esta acción y los hechos en que se basa el actor para inferir que la hubo en los contratos acusados, y previa apreciación de las probanzas encaminadas a demostrarla, afírmase que ellas más bien demuestran el hecho del pago del precio de las compraventas, por los compradores, tal como se hace constar en los instrumentos respectivos, y que por otro lado, no se ve el interés que pueda tener el demandante al acusar esos actos ya que si la vendedora no recibió el precio, como lo afirma el demandante, sino su gestor, es ella la afectada y no trasciende esa afección al señor Muñoz V., de donde puede decirse que éste carece de interés en ese pronunciamiento.

El recurso

Perdido para el demandante el litigio ante el Tribunal de Medellín, recurrió en casación contra el fallo proferido por éste. La Sala entra a decidir dicho recurso.

Se acusa la sentencia porque "incide en la **primera de las causales de casación del artículo 520** del C. Civil (sic) por errores de hecho manifiestos cometidos en la apreciación de las piezas del proceso y errores de derecho al estimar las pruebas del mismo y consiguiente violación de disposiciones legales sustantivas".

La acusación planteada contiene los siguientes cargos:

"1º El Tribunal incurrió en error de hecho evidente o manifiesto al apreciar la demanda del juicio, por cuanto vio en ella una causa de pedir la nulidad del contrato o escritura 4734, distinta a la que se invocá claramente en esa demanda".

Se fundamenta el cargo en el hecho de que el Tribunal consideró que la causa invocada para pedir la nulidad del contrato había sido la de vicio en el consentimiento del vendedor, siendo así que la causa invocada es la de un consentimiento viciado por el engaño o malicia dolosa de que se valió el comprador, para hacerme firmar la escritura en que aparecía yo vender un terreno distinto y de mayores dimensiones del que realmente habíamos convenido negociar". Que así, lo confirman los hechos 2º y 3º del libelo presentado ante el Juez Segundo del Circuito de Medellín, donde se consigna la razón para pedir la nulidad del contrato contenido en la escritura 4734 de 15 de noviembre de 1944.

2º El Tribunal afirma, "que no está probado en el proceso que el Pbro. **Luis Muñoz Berrío** me hubiera excitado a que no leyera la escritura después de extendida, para que firmara sin enterarme de que en ella se había cambiado el lote materia de la venta; que no estaba probado en el proceso que el Pbro. Muñoz Berrío, me hubiera engañado en la firma de esa escritura".

Para contradecir la afirmación del Tribunal, el recurrente relaciona y analiza las pruebas de la contestación de la demanda presentada ante el Juzgado del Circuito de Medellín; el acta de remate donde aparece alindado el terreno discutido; la escritura 2573 de 8 de agosto de 1945, Notaría 3ª de Medellín, por medio de la cual el Pbro. Muñoz Berrío vende a Anatolia Ocampo Parra la totalidad del terreno que el demandante había rematado; la respuesta a la **Décima** de las posiciones formuladas al demandado Pbro. Muñoz Berrío en la primera instancia, así como la dada a la segunda y quinta de las mismas posiciones y el contenido de la contestación a la primitiva demanda, y sintetiza el cargo así:

"El Tribunal no tuvo en cuenta el contenido de esas piezas del proceso, ni vio en ellas los hechos constitutivos del engaño que invoqué en la demanda como alterante de mi consentimiento en el contrato verificado por medio de la escritura 4734, y por ello incurrió en error de hecho manifiseto en la apreciación de esas piezas del proceso, y en error de derecho en la estimación de las mismas como pruebas del engaño, astucia o malicia de que se valió el Pbro. demandado para que le firmara la escritura 4734, en los términos en que fue extendida, distintos de los convenidos y escritos en la minuta que sirvió de pauta a esa escritura; e incurrió también el Tribunal en error de derecho en la desestimación en el fallo de los hechos contenidos en las precitadas piezas del proceso, constitutivos todos de indicios vehementes y concordes del engaño de que me hizo objeto el Pbro. Muñoz Berrío, para inducirme a firmarle la escritura 4734 en los términos distintos a los convenidos como materia del contrato de compraventa".

"Como consecuencia de esos errores de hecho y de derecho el Tribunal violó los artículos 1769, 1759, 604, 1502, 1515, 606, 663, 664, 662 y 665 del Código Judicial y los artículos 1502, 1515, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil y el artículo 2º de la ley 50 de 1936".

Se considera:

1º Le atribuye el recurrente al sentenciador, una interpretación de la demanda que no aparece consignada en las declaraciones de hecho de la sentencia, ni en las jurídicas que de ésta deriva, ni en la definición del derecho discutido. Al considerar la segunda demanda sobre nulidad acumulada a la rescisoria por lesión enorme, el Tribunal conceptúa que de los hechos y solicitudes del libelo, "resalta la alegación de que existe simulación y vicio en el consentimiento por parte del demandante". Y que esta última causal de nulidad la deduce el actor del hecho de que él quiso vender al Pbro. Muñoz Berrío un lote de terreno desmembrado del que había rematado a éste, pero ocurrió que el comprador cambió o hizo cambiar los linderos que se habían indicado en la minuta, previamente redactada, por el vendedor, y entregada al Notario para la confección de la escritura 4734 de 15 de noviembre de 1944, la que por ciertas maniobras habilidosas del Presbítero con el empleado de la Notaría, no fue leída antes de firmarse por aquél, los contratantes y los testigos instrumentales, según rezan las afirmaciones contenidas en los hechos dos y tres del libelo, comentado. Pero que se quedaron sin respaldo probatorio en el juicio, pues, ni siquiera se adujeron los testimonios del Notario, que autorizó la escritura, ni las de los testigos instrumentales, que hubieren podido dar fé sobre ese particular. A todo lo cual se agrega la confesión del demandante de ser él, el autor de la minuta, y la circunstancia de ser persona versada en cuestiones legales, como que había desempeñado el cargo de Juez del Circuito en la localidad y por tanto no ser presumible de su parte un descuido de tal naturaleza, "en persona de semejante experiencia".

De estas declaraciones de hecho derivó el sentenciador las definiciones de derecho, con base en la súplica **primera** de la demanda, que en su parte final dice: "Por error de hecho que visia (sic) el consentimiento", y aplicó los artículos 1510 y 1511 del C. C. que regulan lo relativo al error de hecho como vicio del consentimiento, para declarar que cuando ocurra uno cualquiera de los eventos allí previstos, es necesario, para quien alega el error, dar la prueba de él, cosa no intentada por el actor en el juicio.

Coinciden sentenciador y demandante al deducir de los hechos segundo y tercero de la demanda y de la súplica **primera**, la acción de nulidad

del contrato de compraventa impugnado, por vicio en el consentimiento del vendedor Muñoz Vieira. Discrepan sólo en cuanto a la prueba de los elementos de hecho del caso específico que se trata de resolver, de los acaecimientos concretos que el demandante alega como fundamento de su pretensión, las maniobras del comprador para inducir al vendedor a caer en el error de trasmitirle la propiedad de todo el lote, en vez de una parte de él. Así las cosas, no existe el error de hecho en la interpretación de la demanda, por cuanto se trata de una cuestión de prueba, y esa interpretación no tiende a demostrar la ocurrencia de hechos, sino a desentrañar el sentido, la significación de las expresiones empleadas en el libelo.

2º—Pretende el recurrente que la Sala estudie con base en la demanda de casación, de nuevo el conjunto de las pruebas allegadas al proceso, con el fin de que rectifique la apreciación que de ellas hizo el sentenciador. Pero como es sabido, a la Corte en función de este recurso extraordinario, no le correseponde balancear las pruebas y contrapruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos controvertidos, por ser ésta misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto.

En el presente caso, se trata de la apreciación de indicios, que si pueden ser conexos, no son necesarios, y donde el Juzgador no está sujeto a una pauta precisa y goza de autonomía para estimarlos, dentro de las reglas de la sana crítica, y donde no cabe enfrentar la prueba simplemente indicial a la documental, para desvirtuar declaraciones de voluntad consignadas en instrumentos públicos otorgados con todas las exigencias legales de forma. Así, la Corte tiene resuelto que el cargo de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indicial pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde al supremo en casación, salvo que se trate de indicios necesarios, porque cuando no se trata de esta clase de indicios, no se puede hablar de error manifiesto de hecho en la apreciación de la relación existente entre los hechos conocidos y el que se investiga, si esa relación no lleva de manera fija al hecho desconocido, pues entonces la apreciación del Tribunal está determinada por el juicio y no por la objetividad de los hechos.

Tampoco existe el error de derecho en esa apreciación, desde el momento que el sentenciador no le dió mayor ni menor alcance probatorio a la prueba indicial enfrentada a los instrumentos públicos que contienen las declaraciones de voluntad impugnadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, expedida el 4 de agosto de 1950 en este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

DESLINDE DE PREDIOS. — EL PLANO DE UNA FINCA QUE PRESENTA SU DUEÑO NO PUEDE SER CONSIDERADO COMO PRUEBA QUE OBLIGA A LA CONTRAPARTE NI AL JUZGADOR EN UN JUICIO DE DESLINDE

1°—No siendo posible la delimitación sino entre predios colindantes, la principal labor del Juez ante quien se demande el apeo de dos propiedades, es determinar si éstas colindan entre sí.

2°—Para que el error de hecho en la apreciación de pruebas, pueda invocarse con éxito en casación, ha de ser manifiesto, es decir, que aparezca de modo evidente en los autos. "Es preciso que la cuestión de hecho no sea dudosa, pues si ofrece dudas, no puede declararse el error evidente".

3°—Los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un hecho y no el reconocimiento de un derecho; las cuestiones de propiedad y posesión le son extrañas.

Tratándose, pues, de una cuestión de hecho, nada más oportuno y apropiado al fin propuesto, que el reconocimiento judicial ordenado por la ley y practicado por el Juez, en asocio o no de peritos. La diligencia consiste esencialmente en el acto por el cual este funcionario se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentran las cosas que la motivan, para obtener mediante el examen personal, elementos de convicción que lo han de guiar en el señalamiento de la línea divisoria.

En esta clase de juicios de determinación de linderos, el reconocimiento que el Juez haga personalmente de los puntos litigiosos, es elemento de primordial importancia.

Si las necesidades de hecho obligan por lo común al juzgador a decidir sobre las declaraciones de las partes (actos públicos judiciales o extrajudiciales, documentos privados, confesiones simples o en juicio), o de terceros (testigos o peritos), es claro que al hacerlo en estas circunstancias con la observación personal de las cosas, cuando sea posible, presenta los mejores caracteres para juicio superior subjetivamente considerado; juicio que será también, como debe ser, óptimo desde el punto de vista objetivo, cuando a la observación personal de las cosas, la acompañen las necesarias garantías para las partes.

En toda cuestión de límites de inmuebles rurales hay una cuestión geográfica, o sea la determinación de los puntos que fijan las líneas divisorias, en las cuales la inspección local muestra por el solo golpe de vista un conjunto de combinaciones y de datos que difícilmente se obtienen por los escritos. De tal manera que en los juicios de deslinde, no sólo tiene importancia el que el Juez se imponga de los títulos o documentos presentados por las partes y los que las mismas exhiban durante la diligencia en que se reciba la declaración de los testigos y oigan los pertitos, sino del conocimiento personal y objetivo de los puntos materia de disputa.

4°—Es indiscutible que la aerofotografía de una región es un documento de suma importancia, especialmente si como sucede en nuestro país, es producido por una entidad oficial, encargada de la formación del Catastro Nacional, como lo es el Instituto Geográfico Militar y Catastral, en la determinación de la situación topográfica y geográfica de las tierras. Allí aparecen las vías de comunicación, los setos o vallados que separan las propiedades, las cordilleras, los accidentes de los terrenos, los cursos de los ríos y en ocasiones sus cauces antiguos o abandonados; las vertientes o arroyos, las hoyas hidrográficas de donde éstos se desprenden o forman; los sistemas orográficos y mediante las operaciones matemáticas del caso, las curvas de nivel: basta decir que es la fotografía de la tierra tomada desde el aire, que reproduce con veracidad la situación de los lugares y si a esto se agrega la traslación de estos detalles, con la orientación correspondiente, a un mapa o plano, la prueba es de lo más completo.

Sin embargo en lo que se refiere a la in-

formación que necesariamente ha de tomar el Instituto sobre el nombre de los lugares y especialmente si éstos están circunscritos a predios de particulares, que no están acordes en su denominación, el juzgador puede atenerse o no a ella, como en el presente asunto, en que el Juez por otros elementos de convicción, se vió obligado a separarse de algunas denominaciones del Instituto, por hallarlas erradas. Tal sucede con la determinación del cauce de la quebrada que sirve de límite entre los predios en querella.

5º—El problema de autos, no es otro que el contemplado por el artículo 723 del C. J., en que el Juez le otorga al dictamen el valor correspondiente, teniendo en cuenta o mediante el estudio o apreciación de las presunciones, referencias, juicios y deducciones que se hubieren hecho por los peritos y que el Juez aprecia conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de éstos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Dejando la ley al buen criterio del Juez, conforme a las reglas de la sana crítica, como se deja dicho, la apreciación de la prueba pericial, no cabría error de derecho al aceptarla, porque no serían revisables en casación las consideraciones al respecto, ya que éstas fueron sujetas al criterio del Juez.

6º—En el esclarecimiento de la línea divisoria de los predios interesados en el deslinde, los planos de las fincas de una y otra parte son medios muy valiosos de prueba para la determinación de los lugares, son indicios que están sometidos al recto criterio del Juez, que por lo tanto, es soberano en su apreciación y cuyo concepto puede ser desechado cuando aparezca en ello un error evidente de hecho, que en el caso en estudio no se ha demostrado.

La Corte ha dicho sobre tales elementos de prueba: "De otra suerte este documento (el plano de una finca que presenta su dueño) sólo puede tenerse como dato exhibido por el dueño para aclarar dudas, para conocer mejor los sitios etc., pero nunca como prueba que obliga a su contraparte ni al juzgador." (Casación, 30 de agosto de 1919.)

7º—Es bien sabido que la posesión puede ser un elemento de juicio en el deslinde, cuando la naturaleza de los títulos de propiedad aducidos por las partes, y demás pruebas, así lo requieran, por ser insuficientes u oscuros sobre la determinación de los linderos. Pero ese indicio, que como tal tiene el carácter de plena prueba, puede ser superado por otras probanzas, como sucede en el presente caso, en que, fundado en el dictamen de peritos, en el dicho de testigos, en los planos y títulos presentados y por su propia y directa percepción, el juzgador logró identificar el cauce de la quebrada divisoria, hasta su nacimiento y de ahí trazó una línea recta a la cima o filo de la Cordillera inmediata, siguiendo la misma dirección.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por los doctores Roberto y Alfredo Pinto Valderrama e Inés Pinto de Uribe, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en la segunda instancia del juicio ordinario promovido por éstos contra los señores Bárbara Arango v. de Ortiz, Alvaro y Beatriz Fonnegra, sobre oposición al deslinde que judicialmente se efectuó entre los predios de Santibar y Antioquia, antiguo de Junca, situados en jurisdicción del Circuito de "La Mesa".

Antecedentes:

Ante el Juez Civil del Circuito de La Mesa, Bárbara Arango v. de Ortiz y otros, demandaron a los señores Pinto Valderrama y Pinto de Uribe, para que con su audiencia y previos los trámites del juicio especial de deslinde y amojamiento, se señale la línea divisoria entre la parcela número 6º de la antigua hacienda de "Junca", que denominan "Antioquia", y la finca denominada Santibar, de propiedad de los demandados.

Luego de haber sido fallados desfavorablemente la excepción alegada de carencia de tal acción, por no tratarse de predios colindantes, porque entre los indicados se interpone la finca de "La Esperanza", el Juez del conocimiento procedió al señalamiento de linderos, que efectuó con fecha do-

ce de julio de 1940, y en consecuencia demarcó los siguientes:

"Desde el punto donde la cerca de alambre de púas que divide las haciendas Santibar y Santa Fe llega a la quebrada Varilice, Junca o Junquita, lugar éste donde se pondrá un mojón de piedra marcado con las letras A-S, por esta quebrada aguas arriba y por su ramal oriental, hasta su nacimiento cerca de la estancia de Abel Muñoz y donde debe colocarse otro mojón de piedra marcado con las mismas letras A-S, de aquí en línea recta hasta la cúspide la columna o arista más salientes de la Serranía de Peñas Blancas en cuya base serán grabadas lás letras S-A con una flecha indicando hacia arriba; del punto en que la cúspide de la arista o columna se encuentra, volviendo hacia el Sur, hasta el cerro más alto o sea en el que se encuentra la Balisa colocada por los ingenieros del Instituto Geográfico Militar, ya descrito en la parte motiva".

Dentro del término hábil, los doctores Roberto y Alfredo Pinto Valderrama y la señora Inés Pinto de Uribe formularon demanda de oposición, manifestando no aceptar la línea demarcada, porque su predio y el de la señora Bárbara y condueños, no limitan entre sí, por estar de por medio el de "La Esperanza", de la misma jurisdicción, en el sector comprendido entre la quebrada Varilice o Varilicia y la cima de la Cordillera de "Peñas Blancas"; que para el caso en que "por cuestiones de hecho", de que dicen no tener conocimiento, los demandantes en el juicio especial de deslinde hayan adquirido tierras sobre esta parte de la hacienda de "La Esperanza", aceptan del lindero señalado por el Juzgado lo que en seguida se expresa, por coincidir —dicen— con la línea limítrofe de su fundo Santibar, por su costado occidental, según sus títulos, a saber: a) el punto de partida señalado por el Juez; b) el punto terminal, por cuanto éste coincide con la línea del Cerro Cónico; y que objetan "el resto de la línea fijada por el Juzgado o sea a partir del punto donde la cerca de alambre de púas que divide la hacienda de Santibar y Santa Fe (lote de la antigua hacienda de "La Esperanza") llega a la quebrada Varilice o Varilicia, por esta quebrada arriba, etc., o sea la parte en que la línea fijada por el Juzgado se separa de la línea recta que marca el lindero occidental de la hacienda Santibar, según sus títulos y su posesión".

Observan que no se dejó ninguna señal al pie de la columna o arista que indica el deslinde, lugar donde "ni siquiera se trasladaron" el Juez y peritos durante la diligencia. Por último, exigen que se reemplace la delimitación practicada "por una línea recta que una la intersección de la quebrada Varilice o Varilicia y la cerca de alambre divisoria entre Santibar y Santa Fe...", punto de partida del alindamiento practicado por el Juzgado con el punto terminal de tal límite, o sea la cima de la Cordillera de "Peñas Blancas", donde se halla la "Balisa" colocada por el Instituto Geográfico Militar en la parte más alta del Cerro Cónico.

Sentencia de primera instancia

Esta fué pronunciada el diez y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando que no había lugar al deslinde entre las dos propiedades, por interponerse entre ellas otra de distinto dueño, como es la de "La Esperanza". Sin costas.

La sentencia recurrida

Ambas partes apelaron para ante el superior. Los demandantes, en cuanto no se condenó en costas, y los demandados en la parte desfavorable a sus pretensiones.

En la segunda instancia se practicaron algunas pruebas y entre ellas, un dictamen de peritos ingenieros, del cual aparece que la línea recta que sostienen los demandantes como linde del predio de Santibar, corta en algún punto la quebrada Varilice, Junca o Junquita, marcada como límite de "Antioquia" al verificarse el deslinde.

Terminada la actuación de segundo grado, el Tribunal pronunció fallo con fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos cincuenta, por el cual revoca el apelado y en su lugar declara en firme la línea divisoria trazada en la diligencia de apeo, de que se habló atrás, por cuanto los predios de "Antioquia" y "Santibar" limitan entre sí y considerar insuficientes las razones expuestas para oponerse a la demarcación efectuada.

Hace el Tribunal un estudio muy detenido de los títulos que determinan el derecho de propiedad de las partes en una y otra finca y los alcances territoriales de las mismas.

Refiriéndose al predio de Junca, hoy Antioquia, halla que el origen de tal inmueble parte de la merced real otorgada en 1720 al señor Alvaro de Cuéllar. Del estudio de sus títulos deduce, en primer término, que han sido arcifinios, así: por el Occidente, la quebrada Tinta; por el Norte, el río

Bogotá; por el Oriente, la quebrada Junca; por el Sur, la Cordillera de "Peñas Blancas". Igualmente aparece de las diversas escrituras presentadas, relativas a este predio, que al delimitarlo por el Oriente, se mencionen diversas haciendas, lo que proviene del cambio sucesivo de dueños y de nombre que allí se ha operado, bien por desmembración, o por enajenación de los predios colindantes, y observa que en cuanto a Junca, sí se ha mantenido el lindero oriental, que es la materia del litigio.

Que si se toma el lindero de Junca, que consta en la escritura más antigua, la de 1841, sus confines por su costado oriental son: "...y siguiendo esta quebrada (se refiere a la de Junca), por las montañas y peñas más elevadas del cerro, deslindando por este costado con la hacienda de Ursula Núñez (fraccionada en las haciendas denominadas hoy "El Tigre", "La María", "La Esperanza", "San Luis", "Santa Fe", en orden geográfico ascendente).

Por último —agrega—, se tiene que, de la merced real ya citada nace la forma trapezoidal de la parte alta de la propiedad de "Junca", hoy "Antioquia", al decir aquel documento que "cogiendo por los cerros arriba y lo que faltare de ancho se me dé de largo", lo cual no es desconocido por los dueños de Santibar.

La parte de Junca, afirma que el avecinamiento de dicha hacienda con la de Santibar, se vino a establecer en el año de 1896, cuando se realizó un acuerdo de linderos entre los propietarios de este fundo y los de "La Esperanza"; ya antes, Junca limitaba por su costado oriental con este último predio, convenio que aparece recogido en la escritura número 445 de 26 de junio de 1896, Notaría Cuarta de Bogotá.

Cita el sentenciador la escritura número 4 de 1835, de la misma Notaría y dice que en tal instrumento, al relacionar el lindero occidental de lo que hoy es Santibar, se señala "una línea recta que va desde el punto en que la quebrada La Bernardina, aguas o zanja arriba, corta el camino público que conduce a La Mesita, hasta la cima de la Cordillera."

Entra luego a examinar los títulos del predio "La Esperanza", y entre ellos el marcado con el número 724 de 19 de junio de 1878, Notaría Primera, y el número 2030 de 14 de octubre de 1899.

Comparando la escritura de "Junca" de 1841 con la número 724, llega a la conclusión de que cuando se dice en esta última "toda la quebrada de la finca arriba, hasta su nacimiento, a dar con la Cordillera, lindero con la hacienda de Junca", se refiere a la quebrada llamada "Junca" y por tanto, este arroyo dividía por tal época los predios de "La Esperanza" y el últimamente mencionado.

Examina cómo se configura la línea divisoria de Santibar y encuentra que parte "desde el desagüe en el río Bogotá de una quebrada, donde hubo un puentecito llamado "Reyes", cuya quebrada tiene por nombre La Bernardina y está seca a veces; esta misma, aguas o zanja arriba hasta dar con el camino público que hoy sigue para la parroquia de La Mesita; tirando una línea recta en la misma dirección hasta dar a la cima de la Cordillera".

En seguida, el Tribunal entra a estudiar el alcance del acuerdo sobre linderos, efectuado entre el propietario de Santibar y los dueños de "La Esperanza", de que da cuenta la escritura 445, atrás mencionada, y donde se demarcó como extremo occidental de Santibar y oriental de "La Esperanza", "el cauce de la quebrada La Bernardina, desde donde estos dos predios son limítrofes arriba del Naranjal, tomando agua o zanja arriba hasta sus propias fuentes; y de ahí, por la vertiente de la quebrada que se reputa como principal, línea recta a dar a la parte más profunda de la depresión de la Cordillera, depresión que queda a la izquierda del Picacho de los Cuatro Robles; y de la parte más profunda de dicha depresión, en donde se colocará como mojón una piedra clavada y herrada, se tirará una línea recta a dar al pico más prominente o elevado del cerro más alto de las "Peñas Blancas", que domina entre Santibar y La Esperanza, en cuyo picacho, determinado por una bandera, se clavará luego un mojón duradero y visible".

Anota que el doctor Miguel S. Uribe Holguín, en su propio nombre y como apoderado de la señorita Edelmira Jiménez, condueños en la finca de "La Esperanza", demandó a don José María Pinto, dueño de Santibar y con quien se había llevado a cabo el pacto sobre el referido lindero, para que se declarara nulo tal convenio y la enajenación que ello implicaba.

Se expresa en la demanda, que el convenio entre Pinto y los dueños de La Esperanza, consistió "aparentemente en la fijación de una línea divisoria", pero que en el fondo no fué otra cosa que la cesión de un globo de tierra de La Esperanza para agregarlo a Santibar, o sea, la enajenación a Pinto de tal zona.

En referencia con tal litigio, el Tribunal de Bo-

gotá, en providencia de veintiocho de agosto de 1930, dice: "De aquí se concluye que si se examinan los títulos antiguos 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 de lo expresado, de la finca de Santibar, lo que quiere decir que por el citado acuerdo, sí hubo traspaso de un lote que pertenecía a una de las fincas en favor de la otra".

Por manera, pues, agrega la sentencia de aquella época, que el convenio en referencia sí apareja una cesión territorial.

Echa de menos el sentenciador el plano de la línea trazada, lo que lo obliga a examinar los títulos presentados y la diligencia de deslinde, practicada para deducir si hubo o no cesión de territorio, mediante el cual Santibar y Junca vinieran a ser colindantes.

En la diligencia de apeo llevada a cabo en la respectiva diligencia de deslinde el cinco de diciembre de 1947, el Juez de la causa visitó el lindero que queda en la confluencia de las quebradas Junquita y Varilice, consistente en una piedra grande, que tiene grabada la siguiente marca: "S-E 58° 00" y con una flecha que indica la dirección hacia el occidente. En este punto se interponen, entre el predio de Santibar y Junca, las haciendas de La María y la Esperanza. Luego se continuó —dice la diligencia de deslinde— por la quebrada La Junquita o Varilice arriba, por terrenos de la finca de Junca o Antioquia, hasta donde termina la colindancia de ésta con la de La María y empieza a delimitar Junca o Antioquia con el predio denominado Santibar, terreno éste que hizo parte del de Las Angustias, que también perteneció a La Esperanza y que es hoy de propiedad del señor Alfredo Moreno. Siguiendo la misma quebrada arriba, vuelven a aparecer al terminar el predio de San Luis, hacia arriba, los terrenos de La Esperanza o Santa Fe y al llegar a una cerca de alambre que viene de Oriente a Occidente y que termina en la quebrada Junquita o Varilice, empieza la hacienda de Santibar, del lado oriental y por tanto, quebrada de por medio, linda con la haciénda de Junca.

El Juez que practicaba el deslinde observó que el arroyo hasta allí reconocido, era integrado por dos fuentes, que denominaron para su estudio y determinación de cuál correspondía al lindero en la vertiente oriental y occidental, logrando mediante el examen de peritos y de ocho testigos, llegar a la conclusión de que, ya por el conjunto de la prueba testimonial, como por su propia y directa percepción, que la quebrada Varilice o Junca, o sea la que sirve de lindero, es la de la oriental, que pasa por el aserrío.

Anota el Tribunal que en la misma diligencia de deslinde, varios de los testigos presentados por la parte entonces demandada, declararon que los terrenos al oriente de la quebrada de Junca o Varilice, eran poseídos por los señores Pinto Valderrama, y los de la margen occidental, por los dueños de Junca, hoy Antioquia.

Examina el dictamen de los peritos y acoge el rendido por el doctor Antonio Cerón, al cual se adhirió el perito tercero y donde aparecen debidamente fundamentadas las siguientes conclusiones:

Que de las varias corrientes de agua que en el terreno se hallan, como son la llamada Junca o Antioquia, la Junquita o Florida y la Varilice, la que sirve de lindero no es otra que la más oriental, y da como razones: que la primera vertiente llamada Antioquia nace dentro de este terreno, en parte muy cerca de su límite occidental; que adelante de su confluencia con la principal, está situada la bocacaz, de donde se toma agua para la hacienda de "El Tigre"; que la vertiente o arroyo que se comenta, más adelante recibe las aguas de la quebrada Junquita o Florida, que descarta como lindero, por llevar menor cantidad de agua y porque su nacimiento se halla apenas a unos trescientos metros, y el terreno que baña de una y otra orilla, siempre se ha reconocido como poseído por los dueños de Junca; que de las nuevas dos vertientes, la de la izquierda, en dirección al Sur, delimita también las haciendas de La María, San Luis, Santa Fe y Santibar con la hacienda de Junca, que es la vertiente de mayor caudal de aguas y de mayor curso, puesto que su nacimiento está a mayor distancia que la ramal o afluente de la derecha.

Así pues, los peritos, por mayoría de votos, conceptuaron que la quebrada Junca que sirve de lindero al predio de tal nombre por la parte oriental, "es la que corriendo de S. E. a N. W. para por el pie de donde está situado actualmente el aserrío; que más abajo recibe como afluente la quebrada "La Florida"; que más abajo deriva la bocatoma de El Tigre; que pasa por detrás de las casas de la hacienda de Antioquia y que recibe luego como afluente la quebrada de Antioquia".

Que del nacimiento de la quebrada Junca se ti-

raría una recta como de 2.000 metros a la Cordillera de Peñas Blancas, y por esta Cordillera hasta la parte más alta y luego prolongar en recta dicho lindero a la quebrada de La Tinta.

En la segunda instancia del presente litigio se practicó un nuevo examen por peritos, encaminado a establecer que entre las fincas de Junca y Santibar, está interpuesta la de La Esperanza, y que la línea recta que constituye el límite occidental de Santibar y La Esperanza, corta la quebrada denominada Varilice. El dictamen fué favorable a la tesis propugnada por los dueños de Santibar, pero el Tribunal no acogió sus conclusiones, y en su lugar se atuvo al rendido en la primera instancia, porque el nuevo concepto pericial no se ciñó a los términos del auto que lo dispuso; se apoya únicamente en los títulos de Santibar y La Esperanza y porque su parecer, en lo relativo al pacto contenido en la escritura de arreglo de linderos entre Santibar y La Esperanza, es deficiente. (Esc. 445.)

Lo expuesto llevó al Tribunal a declarar que los predios de Junca y La Esperanza (parcela llamada hoy Santa Fe) limitan únicamente hasta la cerca de alambre de púas que divide las haciendas de Santibar y la citada de Santa Fe, y de este punto en adelante, Junca colinda con Santibar, quebrada Varilice, Junca o Junquita hacia el Sur, lo cual dió motivo para revocar la sentencia apelada y en su lugar para atenerse al deslinde practicado.

De la providencia anterior, interpusieron recurso de casación los señores Pinto Valderrama y la señora Pinto de Uribe.

El recurso

Este fué sustanciado legalmente y siendo la oportunidad de fallar, se pasa a estudiar los cargos aducidos como fundamento del recurso.

Con apoyo en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia "por múltiples errores —dice el recurrente— de hecho y de derecho, que infringen la ley sustantiva", según el examen que se plantea en los siguientes cargos, que la Corte agrupa por materias:

Cargos primero y segundo

Ataca la decisión del juzgador en estos dos apartes, por "equivocada apreciación probatoria ya del pacto sobre linderos de que da cuenta la escritura 445, lo que equivale a un manifiesto error de hecho", y ya por indebida apreciación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el año de 1930, en el juicio provocado por el doctor Uribe Holguín, fallo que tomó la providencia que se acusa como si produjera efectos vinculantes en el presente juicio, y además atribuyéndole el sentido de que autoriza la supuesta enajenación de tierras a favor de Santibar.

Señala como violados los artículos 745 y 789 del C. C., y por el segundo los artículos 2652, ordinal 2º y 2673 del C. C., y artículos 473 y 474 del C. J.

Dice que el acuerdo de 1896 (Esc. 445) entre los propietarios de Santibar y La Esperanza, no contiene más que el deslinde de las dos propiedades, basado en los títulos de una y otra finca; que lo que se propusieron los interesados, fué determinar el lindero común y que muy claro se advirtió que en forma alguna entrañaba traspaso de zonas.

Que para que el aludido convenio comprendiera cesión territorial, era necesario demostrar que la línea se trazó "fuera de las áreas colindantes, en terrenos hasta donde no podía alcanzar la incertidumbre de los títulos, lo cual es imposible en presencia de los términos del pacto como operación de verdadero deslinde".

Que en cuanto a la copia de la sentencia apreciada, es necesario recordar que el artículo 765, inciso 5º, donde se dice que las sentencias sobre derechos litigiosos no forman título para legitimar la posesión. Que los fallos en cita no están registrados y no aparece que lo hubieran sido, y que al apreciarlos se cometió error de derecho, con violación de los preceptos mencionados, y de hecho, por cuanto se les atribuye el sentido de que por virtud de los mismos, los predios de Santibar y Junca son vecinos.

Se considera:

Los dueños de predios colindantes, cuando no están acordes sobre la línea que los separa, pueden ocurrir al poder judicial, en los términos prescritos por el artículo 900 del C. C., para que mediante el juicio especial correspondiente, se demarque la línea que los divide. Amistosamente, también pueden acordar la raya que los separa, interpretando sus títulos para determinar su contenido especial y marcar sus linderos y los mojones que los caracterizan. Esto último aconteció entre los dueños de los predios de Santibar y La Es-

peranza, quienes por la escritura número 445 de 1896, señalaron la línea divisoria de los dos terrenos, acordando como tal una recta, no ya a partir "desde el punto en que la quebrada La Bernardina, aguas o zanja arriba, corta el camino público que conduce a La Mesita, hasta la cima de la Cordillera", sino que la nueva demarcación se precisó por una línea que partiendo de las **fuentes de la quebrada en cita,** línea recta a dar al pico más prominente o elevado del cerro más alto de las Peñas Blancas, lugar que en el proceso se designa con el nombre de "Cerro del Cono", que vino a interceptar la quebrada Varilice, Junca o Junquita, tenida como lindero del predio de Antioquia, que se segregó de la antigua hacienda de Junca.

No siendo posible la delimitación sino entre predios colindantes, la principal labor del Juez ante quien se demande el apeo de dos propiedades, es determinar si éstas colindan entre sí.

En la tarea de esclarecer tan importante materia, es decir, en la labor de dilucidar si la finca de los demandantes en el deslinde, o sea la de Junca o Antioquia, colinda con la de Santibar, el Tribunal tuvo en cuenta diversas pruebas, entre ellas la escritura número 445 de 1896, por la cual el doctor José María Pinto, dueño de Santibar y los señores González Jiménez de La Esperanza, señalaron la línea de separación de las dos propiedades; igualmente la copia de la sentencia recaída a la demanda propuesta por el doctor Miguel S. Uribe Holguín, en su nombre, como condueño del predio de La Esperanza y como apoderado de la señorita Jiménez, con igual calidad, sobre nulidad del contrato o acuerdo de linderos que aparece de la memorada escritura, y de tales documentos y de otras pruebas, llegó a la conclusión de que la línea trazada en 1896, había en la práctica eliminado el predio de La Esperanza, en la parte superior, en el lugar donde la recta señalada cruza la quebrada Junca, Junquita o Varilice, lindero reconocido luego del predio de Antioquia o Junca.

Se tuvo en cuenta por el juzgador para tal deducción, los títulos aducidos, una numerosa prueba testimonial, el dictamen de peritos y los planos acompañados al juicio, no sólo los relativos a los predios empeñados en el litigio, sino de propiedades vecinas. De los testimonios en referencia, aparece que las tierras situadas en la margen derecha de la quebrada Varilice o Junca, son reclamadas por Santibar, y las de la izquierda por Junca.

Los peritos que intervinieron en la segunda instancia conceptuaron que la recta que parte del nacimiento de la quebrada La Bernardina al Cerro del Cono, indicado como final de la demarcación en la escritura 445, atrás mencionada, cruza la quebrada que alegan como linderos los demandados en el presente juicio ordinario sobre oposición al deslinde.

Es bien cierto que en la escritura 445 se dijo expresamente que el apeo amigable no entrañaba cesión de territorio, pero en la práctica sí la hubo; de ahí la demanda propuesta años después por el doctor Uribe Holguín sobre nulidad de tal convenio, que segregó una parte del inmueble de La Esperanza a favor de Santibar.

Por otra parte, el fallo del Tribunal no se apoya exclusivamente en la interpretación dada a la escritura 445; para decidir el litigio, una de cuyas premisas forzosas era la colindancia entre las fincas, la sentencia hace un detenido examen de diversos elementos probatorios allegados al proceso; inspección ocular practicada en el juicio de deslinde, dictámenes periciales en el especial y en el ordinario, declaraciones de testigos, planos y títulos adjuntos.

Pero, por sobre toda consideración, no hay que olvidar que para que el error de hecho en la apreciación de pruebas, pudiera invocarse con éxito en casación, ha de ser manifiesto, es decir, que aparezca de modo evidente en los autos. "Es preciso que la cuestión de hecho no sea dudosa, pues si ofrece dudas, no puede declararse el error evidente".

No se discute si el contrato o transacción, o esclarecimiento, o determinación de linderos en la escritura 445, entraña una cesión de territorio; lo pertinente era, para los efectos de practicar el deslinde, saber a ciencia cierta si los predios colindan y ésto quedó claramente establecido.

No existe, pues, error de hecho, ni de derecho, en la apreciación de las pruebas que se señalan.

Las sentencias cuya estimación se ataca, fueron tenidas por el Tribunal como meros indicios en la tarea de establecer la situación geográfica de Santibar con respecto a Junca. Se examinó la parte motiva donde se explica el origen del litigio y no la resolutiva, que decidió el negocio absolviendo a los demandados, por cuanto la escritura número 445 presentada en aquel pleito, carecía de la nota de registro. Por lo demás, el fallo pronunciado por la Corte en tal negocio, aparece registrado.

Se trata, en lo que respecta a la estimación de tal instrumento, de un mero indicio que, aún des-

echado, la sentencia tiene otros soportes suficientes para sostenerla.

Por lo expuesto, se rechazan los cargos referidos.

Cargos tercero a décimo

La Corte hace en conjunto el examen de los demás reparos, por tener una íntima conexión y referirse en general a las pruebas que determinaron la demarcación acogida por el Tribunal.

a). Dice el recurrente que "la línea fijada en la diligencia, por el Juez, acogida luego por el sentenciador, se resiente de graves irregularidades, por ser contraria a la evidencia misma de los hecos y del derecho".

Que no es dudoso que el lindero occidental de Santibar es una línea recta que va desde el sitio en que la quebrada Bernardina corta el camino público que conduce a Las Mesitas, hasta la cima de la Cordillera. Que tal eminencia es el "Cerro Cónico". Que así lo reconoció el demandante en el hecho segundo de su libelo. Que el juzgador no tuvo en cuenta tal confesión. Se citan como violados, los artículos 606 y 607 del C. J. y 900 del C. C.

b). Que la línea en disputa "entraña un verdadero absurdo", porque en el plano de Junca elaborado por el ingeniero Alvarez Lleras en el año de 1922 y que concretó las aspiraciones de sus dueños, no se indica como lindero por el oriente el expresado por el Juzgado, según lo verificaron los peritos en su exposición rendida ante el Tribunal; en una extensión considerable, la demarcada deja de ser divisoria entre los predios empeñados en el deslinde, en longitud que va por la cresta de la Cordillera al Cerro Cónico; que tal señalamiento elimina esta prominencia como lindero, y en tal caso, sobra mencionarlo; que es un hecho aceptado, que a tal altura debe llegar la línea acordada entre Santibar y La Esperanza; que contra lo dicho en los títulos y en que están acordes los demandados, el lindero de Santibar no sería allí una línea recta, sino quebrada, contra el concepto de los demandados; que aceptada la línea del deslinde, se llegaría a consagrar un absurdo, y es que al pretender los dueños de La Esperanza aclarar su lindero oriental, lo que hicieron fué eliminarse por tal costado, a partir de la línea marcada; que es necesario suponer que alguna porción de terreno le quedó por aquel lugar a La Esperanza.

Que a tal yerro llegó el Tribunal por indebida apreciación de las siguientes pruebas; la merced real y especialmente la escritura de 17 de julio de 1841; la escritura 1.680 de 13 de noviembre de 1900, Notaría Segunda de Bogotá, que según el Tribunal, le sigue en orden cronológico; la escritura 599 de 28 de mayo de 1913, y la 247 de 14 de febrero de 1922, división material de la hacienda de Junca.

Que en relación con los dos primeros títulos, los originarios de Junca, el sentenciador juzga que, según ellos, la hacienda debe tener una figura trapezoidal, ya que hablan de andar por la serranía hacia el sur y que la línea sostenida por los demandantes concuerda con ella.

Que al comparar los referidos instrumentos, se ve que en la demarcación señalada en la escritura 1680, se adultera la línea que separa a Junca de La Esperanza, cuando se dice: "...y volviendo hacia el Sur por las mismas peñas hasta encontrar en ellas el cerro más elevado...". Que este error se repite en adelante, hasta llegar a la escritura 247, que contiene la protocolización de la división material de Junca; que aun cuando el fallo no lo dice, de ello se desprende el concepto de que el límite oriental de Junca es una línea que arranca del punto donde la cerca de alambre de púas llega a la quebrada Varilice y termina en la "cúspide de la columna o cresta más saliente de la serranía de Peñas Blancas en cuya base serán grabadas las letras S-A con una flecha indicando hacia arriba." Que aún aceptando el argumento de la forma trapezoidal, esta circunstancia se cumple tomando como lindero el Cerro Cónico, extremo del lindero sostenido por Santibar, pues el de Junca se prolonga hacia el Sur, según el dictamen de los peritos ingenieros que actuaron en la segunda instancia.

Que al señalarse en la antigüedad los linderos, no se ponía atención en dar determinada forma geométrica a las propiedades. Eran entonces tierras inexploradas y sus alinderaciones se detallaban al ojo. Que lo importante en las delimitaciones en los títulos antiguos de los predios en litigio, es que el lindero oriental llegue en línea recta a la cima de la Cordillera, es decir, al Cerro Cónico; que allí se forme un ángulo obtuso o un triángulo con la línea que va por la Cordillera a encontrar el nacimiento de la quebrada La Tinta, límite occidental de Junca, no pudo ser previsto en la época colonial, cuando se hizo la merced de tierra.

Que, en consecuencia, el sentenciador incurrió en "flagrante error de hecho" en la interpreta-

ción y aplicación que le dió al título colonial y demás que se mencionan, y que igual falta cometió al aceptar las adulteraciones de los linderos, a partir de la escritura de 1900; que en cuanto a lo primero, por no haberse atenido a las demarcaciones que tales documentos rezan: y a lo segundo, "por haberle dado efecto contra Santibar a la modificación de linderos expresada".

Señala como violados, los artículos 1759 y 900 del C. C.

c). Acusa por error evidente de hecho, que llevó al sentenciador a violar los artículos 632 del C. J. y el mencionado 900 del C. C., por no haberse atenido en el señalamiento de los límites al plano aerofotográfico levantado por el Instituto Geográfico, que determina los cauces de la quebrada Junca, Junquita y Varilice, siendo la primera la que presenta una hoya más profunda y extensa formada en los contrafuertes próximos al Cerro Cónico, de la Cordillera de Peñas Blancas, donde nace la susodicha fuente, la cual se ve, de consiguiente, como arroyo que tiene su origen cerca de aquel cerro. Que la quebrada Varilice es una vertiente secundaria, que está lejos de ser el origen de las quebradas Junquita o Junca.

d). Ataca la apreciación del dictamen pericial en que se apoyó el Juez que practicó el deslinde que acoge el Tribunal para designar la línea divisoria.

Expresa que el ingeniero doctor Cerón, en su concepto, al cual se adhirió el perito tercero, opina que el arroyo Varilice es el origen de Junca, a que se refieren los títulos, que no es La Florida, llamada Junquita en el plano del Instituto Geográfico, porque nace como a trescientos metros arriba de la confluencia con la Varilice; que la bocacaz de El Tigre, que mencionan las escrituras, se desprende de la Junquita, después de que le entra la Junca, llamada por la contraparte Antioquia. Que los dueños de Junca han alterado los nombres de las quebradas, llamándolas Antioquia y Florida.

Dice que la mayoría de los peritos parte de la base de que Santibar y Junca colindan, siendo así que está de por medio el predio de La Esperanza; que el plano levantado por el Instituto Geográfico enseña que la llamada en el peritazgo quebrada Antioquia es Junca, y Junqutia la motejada Florida; que la vertiente Varilice es un afluente secundario de Junca, ya que primero rinde sus aguas a la Junquita; que para el perito doctor Cerón, es decisivo que después de la entrada de la quebrada Junca y sobre la Junquita, se halla el lugar donde se desprende la toma para la hacienda de El Tigre, punto al cual se refieren varias escrituras, lo que podría inclinar a tomar como lindero este arroyo y no el de Varilice. Que en la escritura 2030, división de La Esperanza, a la cual sirvió de base su plano, los comuneros señalan el lindero con Junca así: "Por toda la cuchilla de la bocatoma de El Tigre, lindero con Ursula Núñez, toda la quebrada de Junca arriba hasta su nacimiento a dar con la Cordillera, lindero con la hacienda de Junca."

Que para el recurrente, en subsidio, no habría inconveniente en admitir por lindero la quebrada Junquita, "cuya proyección sobre el Cerro Cónico de las Peñas Blancas, da base también a la línea recta del lindero, conforme lo trazó el doctor Garcés en su plano."

Que el razonamiento del perito Cerón sobre la manera como se forma la quebrada Junquita, es superficial; que a pesar de haberlo solicitado la parte de Santibar, ésta no se reconoció. Que el perito doctor Cerón conceptuó como línea divisoria una quebrada, siendo así que de los planos levantados por el doctor Garcés, aparece una recta "que va de las cabeceras de la quebrada Bernardina al Cerro Cónico".

Por último, dice que la conformidad con ese dictamen entraña un grave error de derecho, con el cual quebrantó el sentenciador los artículos 722 y 723 del C. J., el primero por indebida aplicación, y el segundo, por no haberlo aplicado. Que de acuerdo con tales disposiciones, el concepto de expertos vale por la solidez y exactitud de sus razonamientos. Cuando éstos son notoriamente equivocados o deficientes, la prueba pericial no hace fe, debiendo acudirse a otros elementos del proceso.

Señala como infringido, el artículo 900 del C. C.

e). Ataca también por violación del mismo precepto, por cuanto, a su juicio, no se apreciaron en forma debida los planos que indican como lindero una línea recta al Cerro del Cono, como son los de los predios de Quebrada Grande, el de partición de La Esperanza, y donde además se identifican las quebradas Varilice y Junquita, siendo aquélla tributaria de ésta.

f). Que de igual manera incurrió el juzgador en error evidente de hecho, que dió lugar a la violación del memorado precepto, al no haber visto que el lindero occidental corresponde a la recta del oriental de La Esperanza, que termina en el Cerro Cónico, según consta de las escrituras de los predios de Quebrada Grande, Juan Largo, La

Esperanza y Santibar, de donde se desprende que, si el punto extremo de la línea limítrofe está al oriente del Cerro Cónico, Santibar no llegaría a la Cordillera, lo que es contrario a lo consignado en los títulos de los referidos predios.

g). Se ataca nuevamente por error de hecho, en que, a su entender, incurrió el Tribunal al descartar "con reparos contrarios a la realidad de los hechos", el concepto pericial obtenido en la segunda instancia; y por error de derecho, que se deduce de haber subestimado su valor probatorio.

Afirma que tal concepto es concluyente para demostrar la interposición de la antigua hacienda de La Esperanza entre las de Santibar y Antioquia; que las quebradas Varilice y Junquita no son una misma; que el lindero occidental de Santibar es una recta que corta la quebrada Varilice en un solo punto y termina en el Cerro Cónico.

Explica que, evidentemente, la providencia que decretó el examen de expertos, dispuso se tuvieran en cuenta algunas alegaciones del apoderado doctor Rojas en pro de la causa de Junca; que no se trató, pues, "de cuestiones especiales sobre las que debieran dictaminar los peritos"; que si la prueba se apoya únicamente en los planos de Santibar y La Esperanza, es porque "se pidió para verificar determinadas operaciones de orden técnico relacionadas con tales inmuebles." Que el valor legal de los títulos y planos, correspondía determinarlo al juzgador; que es labor ajena a los peritos estudiar los fallos relativos a la transacción que recoge la escritura 445, realizada entre los dueños de Santibar y La Esperanza; que el sentenciador aceptó la constancia dejada por uno de los peritos, escrita luego de firmado el dictamen, de que en el examen pericial no se tuvo en cuenta el plano y escrituras de Junca, lo cual está desmentido con el croquis firmado por el mismo perito, donde aparece la localización dentro de la hacienda de Antioquia de varios puntos del plano de Junca, levantado por Alvarez Lleras, los cuales fueron incluídos en el plano o croquis anexo al dictamen.

Señala como violados, los artículos 722 del C. J. y 900 del C. C.

h). Manifiesta finalmente que la doctrina y la jurisprudencia no excluyen la prueba de la posesión como elemento ilustrativo de los títulos, "cuando éstos son oscuros y deficientes." Que la posesión material de Santibar se ha ejercido siempre hasta la recta que señala su lindero occidental con La Esperanza. Que como prueba de ello está la Resolución del Ministerio de Agricultura de diciembre de 1937, expedida a petición de los dueños de Santibar. Que la reserva se ha llevado a cumplido efecto mediante guardas oficiales.

Que la no apreciación de esas circunstancias condujo al Tribunal a cometer error de derecho, por cuanto subestimó el valor probatorio del hecho de la posesión y de sus pruebas, las cuales señala, inclusive su aceptación por los demandados.

Que el error es de hecho también, por no haber tomado en cuenta el de la posesión material de la zona discutida.

Señala como violados los artículos 607, inciso 2º, 632, 697, y los artículos 762 y 900 del Código Civil.

Se considera:

Interesa, en orden al estudio que corresponde hacer a la Sala de los diversos elementos de prueba tenidos en cuenta por el juzgador para el señalamiento de la línea divisoria que se discute en el presente negocio, determinar cuál es el objeto de la diligencia de deslinde y las facultades del Juez en la inspección ocular, que la constituye: "La acción de deslinde y amojonamiento tiende esencialmente a que se determine o fije la línea de separación de dos heredades contiguas." Por medio de ella se determina el contenido de cada inmueble, se establece cuál es su término; dirígese a solucionar las controversias suscitadas por cada una de las partes al pretender para su fundo mayor extensión de la que la otra está dispuesta a concederle.

Los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un hecho y no el reconocimiento de un derecho; las cuestiones de propiedad y posesión le son extrañas.

Tratándose, pues, de una cuestión de hecho, nada más oportuno y apropiado al fin propuesto, que el reconocimiento judicial ordenado por la ley y practicado por el Juez, en asocio o no de peritos. La diligencia consiste esencialmente en el acto por el cual este funcionario se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentran las cosas que la motivan, para obtener mediante el examen personal, elementos de convicción que lo han de guiar en el señalamiento de la línea divisoria.

En esta clase de juicios de determinación de linderos, el reconocimiento que el Juez haga personalmente de los puntos litigiosos, es elemento de primordial importancia.

Si las necesidades de hecho obligan por lo co-

mún al juzgador a decidir sobre las declaraciones de las partes (actos públicos judiciales o extrajudiciales, documentos privados, confesiones simples o en juicio), o de terceros (testigos o peritos), es claro que al hacerlo en estas circunstancias con la observación personal de las cosas, cuando sea posible, presenta los mejores caracteres para un juicio superior subjetivamente considerado; juicio que será también, como debe ser, óptimo desde el punto de vista objetivo, cuando a la observación personal de las cosas, la acompañen las necesarias garantías para las partes.

En toda cuestión de límites de inmuebles rurales hay una cuestión geográfica, o sea la determinación de los puntos que fijan las líneas divisorias, en las cuales la inspección local muestra por el solo golpe de vista un conjunto de combinaciones y de datos que difícilmente se obtienen por los escritos. De tal manera que en los juicios de deslinde, no sólo tiene importancia el que el Juez se imponga de los títulos o documentos presentados por las partes y los que las mismas exhiban durante la diligencia en que se recibe la declaración de los testigos y oigan los peritos, sino del conocimiento personal y objetivo de los puntos materia de la disputa. (GACETA JUDICIAL, Nº 2042 a 2044, Tomo 61, página 751. Sentencia de 15 de febrero de 1947.)

En el presente proceso, el Juez del Circuito de La Mesa practicó personalmente la diligencia de deslinde, asesorado de peritos, dos de los cuales profesionales en la ciencia de la ingeniería. La línea escogida fué fruto del examen personal y directo de la situación geográfica de los puntos señalados en las escrituras y planos presentados y mediante la determinación, tomada luego de oír testigos y peritos y de recibir las informaciones directas de las mismas partes.

Revisada esta diligencia en el correspondiente juicio ordinario, que tuvo por base primordial la defensa de los opositores de que no cabía la acción de deslinde por no colindar los predios cuya demarcación se exige, asunto que fué dilucidado en los apartes anteriores de este fallo, el Tribunal tuvo ocasión de pesar los diversos elementos y circunstancias que movieron al Juez **a quo** a adoptar como límite el que, partiendo del nacimiento de la quebrada Varilice, Junca o Junquita, va línea recta hasta la cúspide de la columna o arista más saliente de la serranía de Peñas Blancas en cuya base serán grabadas las letras S-A.

En el análisis de los elementos de juicio, en la providencia que se examina, hay que reparar que se trata de una diversidad de pruebas que no se pueden pesar aisladamente, sino en conjunto, reforzándose unas con otras, de tal manera que se deben considerar las circunstancias que sirvieron de apoyo a la sentencia, cómo un todo armónico, teniendo especial interés la observación personal y directa del Juez, la vista de ojos, la observación del funcionario que practicó el deslinde, de la cuestión geográfica o geométrica que en definitiva entraña, en cuanto se refiere al deslinde, el punto sometido al estudio y criterio del juzgador.

Esto sentado, se procede a examinar los cargos.

a) Consiste este reparo en que no se tuvo como confesión lo manifestado por el actor en la demanda de deslinde, sobre que el lindero de Santibar por el occidente, es una línea recta que partiendo del punto en que la quebrada La Bernardina corta el camino público, va hasta la Cordillera.

Sin embargo, ésta es la señalada en el deslinde, con la advertencia de que no se toma como lindero una recta a dar al Cerro Cónico, sino una recta a la cima de la Cordillera.

El indicar en la demanda los linderos que señalan los títulos de la contraparte, no es aceptarlos. Para demostrar que los predios cuya delimitación se demanda, colindan, es necesario señalar los lugares en que son vecinos, según los respectivos títulos.

No existe, pues, tal confesión, ni se han violado los preceptos indicados.

b) En este aparte, se alega que en la alinderación, el Tribunal no se atuvo a los límites señalados en los títulos más antiguos, sino que, por el contrario, se basó en los que aparecen adulterados en las escrituras posteriores.

El título originario de Junca, la merced real por la cual se hizo cesión a don Alvaro de Cuéllar de tres estancias de ganado mayor, expresa en cuanto a la solicitud elevada al respecto, lo siguiente: "Que se sirva hacerme merced de unos montes que lindan con dichas mis tierras por la cabeza, y por un lado con tierras de Bartolomé Hernández y por otro con tierras del Colegio de Nuestra Señora del Rosario, debajo de los linderos que dejo expresados, se me haga merced de tres estancias de la medida de la ciudad de Tocaima,, **cogiendo por los cerros arriba y lo que faltare de ancho se me dé de largo**".

De las diligencias que precedieron al otorgamiento de la merced, se desprende que las consabidas tres estancias confinaban por el bando

de Santa Fe (Oriente) con tierras de Francisca Bravo viuda de Bartolomé Hernández, en una parte, y de ahí hacia arriba con la quebrada Junca; por el lado de Tocaima (Occidente) con la quebrada Tinta; por el pie (Norte) con tierras del peticionario. Para ajustar tres estancias, el interesado pide que lo qué le faltare de ancho para la medida, se le diera de largo, con lo cual el lindero llegó a la cima, sin que prolongadas las líneas de las dos quebradas, vinieran a rematar en un solo punto para formar un ángulo agudo, con vértice en la parte más prominente de toda la Cordillera, lugar que hoy se conoce con el nombre de "Cerro del Cono". La interpretación dada, está acorde con el título de 17 de diciembre de 1845, donde al indicar los linderos Oriental y Sur del predio de Junca, se lee: "y bajando por la cuchilla de este mismo cerro hasta llegar al punto de la quebrada Junca y siguiendo esta quebrada arriba por las montañas y peñas más (títulos) elevadas del cerro, deslindándose por este costado con la hacienda de Ursula Núñez; por la cabecera de esta serranía y peñas vuelve tomando dirección por las mismas alturas hacia la parte del Sur, hasta encontrar con la cabecera de la quebrada La Tinta".

De tal manera, que esta descripción de los linderos permite apreciar a quien los recorra en su parte alta, es decir, que el lindero por el Sur tiene que partir de la Cordillera y volver tomando dirección por las mismas alturas hacia el Sur, hasta la cabecera de la vertiente llamada La Tinta, que sirve de límite por el Occidente.

Esta misma demarcación se sigue repitiendo en las escrituras subsiguientes; así en la número 1680 de 13 de noviembre de 1900, Notaría Segunda de Bogotá, se expresa: "...hasta llegar al punto de la quebrada Junca y siguiendo esta quebrada arriba hasta la bocatoma del Tigre, lindero con la hacienda de Ursula Núñez; y de ahí continuando la misma quebrada arriba hasta la alta serranía de peñas, lindero con la hacienda de La Esperanza y volviendo hacia el Sur por las mismas peñas hasta encontrar en ellas el cerro más elevado y volviendo...".

En la escritura número 833 de 1922, se hace la demarcación partiendo del Occidente a la Cordillera y de ahí volviendo a la izquierda, hasta situarse frente a las cabeceras de la quebrada Junca, y se dice: "por el Oriente, lindando con las haciendas de Santibar y La Esperanza desde la última marca indicada (en la Cordillera), línea recta a la quebrada Junca...".

Se ve, pues, que en la línea señalada no se interpretaron erradamente los títulos primitivos de los predios que se estaban amojonando, ni la forma como en las escrituras posteriores de Junca, se señaló el lindero por la Cordillera, entraña una adulteración de las primitivas líneas de separación de los predios.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

c) Se ha propuesto como quinto reparo, el hecho de que el Tribunal no se atuvo en la identificación de la quebrada Junca, lindero oriental de la finca que lleva su nombre, al plano levantado por el Instituto Geográfico Militar y Catastral, donde se determina tal fuente.

En el señalamiento del lindero, el juzgador halló que la quebrada Junca se forma de varias corrientes, que nacen en diversos lugares, algunas con nombres en la actualidad diferentes, teniendo que estudiar sobre el terreno, asesorado de peritos, cuál es en realidad la fuente principal que sirve de límite, y para ello se fundó en la escogencia entre los varios ramales o vertientes, en los títulos antiguos, en la delimitación de los predios vecinos, en la localización de algunos puntos de referencia en los planos aportados al debate, en la topografía del terreno, que presenta con gran exactitud el mapa del Instituto Geográfico, por el dicho e información de testigos y el concepto de peritos.

Es indiscutible que la aerofotografía de una región es un documento de suma importancia, especialmente si como sucede en nuestro país, es producido por una entidad oficial, encargada de la formación del Castastro Nacional, como lo es el Instituto Geográfico Militar y Catastral, en la determinación de la situación topográfica y geográfica de las tierras. Allí aparecen las vías de comunicación, los setos o vallados que separan las propiedades, las cordilleras, los accidentes de los terrenos, los cursos de los ríos y en ocasiones sus cauces antiguos o abandonados; las vertientes o arroyos, las hoyas hidrográficas de donde éstos se desprenden o forman; los sistemas orográficos y mediante las operaciones matemáticas del caso, las curvas de nivel; baste decir que es la fotografía de la tierra tomada desde el aire, que reproduce con veracidad la situación de los lugares, y si a esto se agrega la traslación de estos detalles, con la orientación correspondiente, a un mapa o plano, la prueba es de lo más completa.

Sin embargo en lo que se refiere a la información que necesariamente ha de tomar el Instituto sobre el nombre de los lugares y especialmente

si éstos están circunscritos a predios de particulares, que no están acordes en su denominación, el juzgador puede atenerse o no a ella, como en el presente asunto, en que el Juez, por otros elementos de convicción, se vio obligado a separarse de algunas denominaciones del Instituto, por hallarlas erradas. Tal sucede con la determinación del cauce de la quebrada que sirve de límite entre los predios en querella.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

d) Respecto a la prueba pericial practicada en la diligencia de deslinde, o sea el dictamen acogido por el Juez, rendido por los expertos doctores Cerón y Martínez Rodríguez, el cual fue tenido en cuenta por el Tribunal en su fallo, el recurrente lo tacha por carecer de solidez y exactitud en sus fundamentos.

Ante todo, es necesario reconocer que para precisar el cauce de la quebrada lindero, el Juez, no sólo se atuvo a la exposición de los peritos que lo asesoraron en el examen ocular del terreno, sino como ya se dijo, en los títulos de las diversas fincas, no sólo de las empeñadas en el litigio, sino de sus colindantes, en los planos acompañados, en declaraciones de testigos y en el concepto de los referidos expertos.

La mayoría de éstos que actuaron en la diligencia de deslinde, en asocio del Juez, partieron en el examen del arroyo que por el Oriente sirve de lindero del predio de Junca, de un punto en que tal arroyo, al cual todo el mundo conoce con el nombre de Junca, divide el predio del mismo nombre de uno de sus vecinos, por el Oriente; tomando ese punto, aguas arriba, hasta donde se subdivide en dos ramales, uno que viene del Oriente, o sea del lado de Santibar, y otro del Occidente, o sea del lado de Junca; y se escogió el ramal oriental, por existir sobre su cauce la bocatoma de donde parten las aguas para la hacienda de El Tigre, bocacaz señalado como lindero en los planos de La Esperanza y de la hacienda de El Tigre, el cual, al decir de varias escrituras, está situado sobre el cauce de la quebrada Junca; y de ahí, siguiendo en dirección a la Cordillera, se halló de nuevo que la fuente se subdivide en dos ramales, siguiéndose por el más oriental, por ser éste el de mayor caudal, de curso más prolongado y con una hoya hidrográfica más extensa.

No se trata en el presente proceso, del caso reglamentado por el artículo 721 del C. J., en que se da el valor de plena prueba al dictamen uniforme, explicado y debidamente documentado de dos peritos, cuando éste ha versado sobre el valor de una cosa, hecho o prestación, o sobre cualquier regulación en cifra numérica.

Tampoco del reglamentado por el artículo 722 de la misma obra, en donde el dictamen uniforme de dos peritos se tiene como plena prueba, cuando se refiere a hechos sujetos a los sentidos, o lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos.

El problema de autos, no es otro que el contemplado por el artículo 723 del C. J., en que el Juez le otorga al dictamen el valor correspondiente, teniendo en cuenta o mediante el estudio o apreciación de las presunciones, referencias, juicios y deducciones que se hubieren hecho por los peritos y que el Juez aprecia conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de éstos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Dejando la ley al buen criterio del Juez, conforme a las reglas de la sana crítica, como se deja dicho, la apreciación de la prueba pericial, no cabría error de derecho al aceptarla, porque no serían revisables en casación las consideraciones al respecto, ya que éstas fueron sujetas al criterio del Juez. Tampoco cabría el error de hecho, que condujera a la casación del fallo, porque no aparecen como errores evidentes de tal naturaleza, los fundamentos del dictamen y porque no fue exclusivamente la prueba pericial la que inclinó al Tribunal al señalamiento de la raya divisoria, sino también otros elementos, tales como planos de la región, títulos de las fincas cuya delimitación se practicó, escrituras de los predios aledaños, declaraciones de testigos, y en especial, la observación personal y directa sobre el terreno, por el referido funcionario.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargos d) y f)

En estos dos apartes se acusa por error de hecho, en que supone incurrió el Tribunal, ya al considerar que los planos de Quebrada Grande y La Esperanza, que obran en el expediente, no prueban que los linderos de Junca, La Esperanza y Santibar terminen todos en el Cerro del Cono; ya por no aceptar que los títulos de La Esperanza hacen llegar su lindero occidental al re-

ferido lugar. Se indican como violados los mismos preceptos.

En el esclarecimiento de la línea divisoria de los predios interesados en el deslinde, los planos de las fincas de una y otra parte son medios muy valiosos de prueba para la determinación de los lugares, son indicios que están sometidos al recto criterio del Juez, que por lo tanto, es soberano en su apreciación y cuyo concepto puede ser desechado cuando aparezca en ello un error evidente de hecho, que en el caso en estudio no se ha demostrado.

La Corte ha dicho sobre tales elementos de prueba:

"De otra suerte este documento (el plano de una finca que presenta su dueño) sólo puede tenerse como dato exhibido por el dueño para aclarar dudas, para conocer mejor los sitios, etc., pero nunca como prueba que obliga a su contraparte ni al juzgador". (Casación, 30 de agosto de 1919).

En la escritura de La Esperanza se describe la siguiente alindación: "...por toda la cuchilla de la bocatoma de El Tigre, lindero con Ursula Núñez, toda la quebrada de la Junca arriba hasta su nacimiento a dar con la cordillera, lindero con la hacienda de Junca". En los linderos del predio de Quebrada Grande, se designa como límite occidental: "...y por último esta misma quebrada (La Bernardina) agua o zanja arriba, hasta dar al camino público que sigue para la parroquia de La Mesita; y desde el expresado camino público, una recta en la misma dirección hasta dar a la cima de la cordillera...", y así, en otros títulos, como en el mismo de Junca. Era, pues, necesario establecer el punto de la cordillera tenido por cima en la parte situada frente al punto inicial de partida, y parece lo más racional trazar una recta a la parte que le queda enfrente, una recta al eje de esa cordillera, y no buscar la eminencia, el punto más elevado de toda la Cordillera, como si se dijera el pico más saliente de todo el sistema orográfico, que da frente sobre las fincas fundadas en sus faldas. De ahí, que la Corte considere acertada la forma como determinó el Tribunal la cima, en relación, no con toda la Cordillera, sino con respecto al punto de donde ha de finalizar la línea recta imaginaria para cerrar el perímetro.

No es posible pensar, que para los ya remotos años en que se fundaron aquellas haciendas, generalmente por merced real, y en que las tierras montañosas, y en general todas, no tenían el gran valor de la actualidad, se fuera a marcar como punto terminal de un lindero, un solo cerro o picacho, como el propugnado por los demandantes como Cerro Cónico, de donde habrían de desprenderse como de una cúspide, los linderos de los predios situados al Norte de la Cordillera de Peñas Blancas, y así iniciar de allí la finca de Quebrada Grande, luégo la de Juan Largo, que vino a formar La Esperanza, de allí mismo la de Santibar, la de Junca y la de San José, conocida en la Colonia como tierras del Colegio del Rosario.

No es racional, ni acorde con la época en que tuvieron origen aquellas propiedades, suponer siquiera que se hubiera escogido un determinado punto de una extensa montaña para la delimitación de todos los fundos circunvecinos.

No existe, pues, error evidente de hecho en la apreciación de tales indicios, y por consiguiente, no se han violado los referidos preceptos.

Cargos g) y h)

Como cargos finales, se ataca la sentencia por error de hecho y de derecho, al desestimar el concepto pericial rendido por ingenieros, producido en la segunda instancia, y porque en el fallo "se ignoró completamente el hecho de que la posesión de Santibar se extiende hasta la línea recta occidental que sostiene como lindero".

Ya la Sala tuvo ocasión de exponer, al estudiar el cargo sobre estimación del peritazgo producido durante el deslinde, la doctrina legal al respecto, no sin observar que, muy en razón estuvo el juzgador al desechar el dictamen que ahora se considera, porque los peritos no enfocaron el problema en su totalidad, examinando, para determinar las líneas sobre las cuales se les pidió concepto, los elementos de juicio allegados por ambas partes para la determinación de los lugares, tales como escrituras antiguas de uno y otro predio, planos, la determinación de los lugares, hecha por testigos, puntos tan significativos como la bocatoma de la hacienda El Tigre, que está situada sobre el ramal oriental de los dos primeros, que integran la quebrada de Junca, y en fin, porque su dictamen se "emitió sin ajustarse al auto que decretó dicha prueba", como acertadamente lo expresa el mismo juzgador.

De la región hicieron los peritos, no obstante ser ingenieros, un simple croquis que, según el Diccionario, es "diseño ligero de algún terreno o posición militar, que se hace a ojo y sin sujeción a reglas geométricas"; y sobre tal diseño no

era factible localizar matemáticamente las líneas del levantamiento topográfico, ya del plano de Junca, o de los demás predios que tuvieron a la vista para su exposición.

Es bien sabido que la posesión puede ser un elemento de juicio en el deslinde, cuando la naturaleza de los títulos de propiedad aducidos por las partes, y demás pruebas, así lo requieran, por ser insuficientes u oscuros sobre la determinación de los linderos. Pero es indicio, que como tal tiene el carácter de plena prueba, puede ser superado por otras probanzas, como sucede en el presente caso, en que, fundado en el dictamen de peritos, en el dicho de testigos, en los planos y títulos presentados y por su propia y directa percepción, el juzgador logró identificar el cauce de la quebrada divisoria, hasta su nacimiento y de ahí trazó una línea recta a la cima o filo de la Cordillera inmediata, siguiendo la misma dirección.

Tal fue la labor del sentenciador: escoger, dadas las circunstancias del terreno y su posición geográfica, el cauce de la quebrada designada como línea divisoria, el curso de ésta y la línea que ha de unirla con el filo, cima, cresta o parte más alta de la Cordillera por aquel lugar.

Se declaran, pues, sin fundamento los cargos aducidos.

SENTENCIA

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS.—EN ESTE CASO DEBEN SEÑALARSE CONCRETAMENTE LAS QUE FUERON MAL APRECIADAS O QUE DEJO DE APRECIAR EL TRIBUNAL.—INTERPRETACION DE LAS DEMANDAS.—CUANDO EL FALLO RECURRIDO CONDENO EN MAS O EN MENOS DE LO DEMANDADO, PERO ESTO OCURRIO COMO CONSECUENCIA DE ERRORES EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA, LA CAUSAL PROCEDENTE ES LA PRIMERA, Y NO LA SEGUNDA

1.—En casación no es suficiente razonar acerca de los fundamentos probatorios del juicio y de la sentencia y exponer un concepto opuesto al expresado por el Tribunal. El recurrente tiene la obligación de señalar concretamente las pruebas mal estimadas, fijar el sentido del error, si de hecho manifiesto o de derecho, y demostrarlo. Luégo debe deducir la violación de la ley sustantiva, señalando el sentido y alcance de ella y explicando su repercusión en lo resolutivo del fallo. Los mismos requisitos se imponen, siempre que se trate de diferencias en la interpretación de la demanda, pues ésta, como lo tiene consagrado la Corte, sólo puede dar lugar a casación cuando configura un error manifiesto de hecho por parte del Tribunal, y el recurrente lo alega y lo demuestra.

Igualmente, cuando el juzgador deja de estimar como probados unos hechos o los tiene por ciertos sin estar probados, la violación consiguiente de la ley no es posible sino como consecuencia del error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas. Y si el recurrente no lo alega y demuestra en debida forma, la acusación es improcedente.

2.—Las demandas deben interpretarse de manera racional, lógica, teniéndose en cuenta su texto completo y no aislando sus peticiones como si fueran partes independientes, pues se trata de actos jurídicos emanados de una voluntad que persigue expresamente determinados fines, tal como ocurre con los contratos. Las dudas que su texto presente, la obscuridad de sus peticiones, inclusive la equivocada denominación de las acciones incoadas o de los hechos o actos jurídicos que se relacionan, pueden sortearse adecuadamente, si del contexto general resulta en forma suficientemente clara, cuál es su verdadero sentido y alcance. Por eso la Corte ha llegado a aceptar que no obstante hablarse de nulidad respecto a un contrato de carácter ficticio, porque no hubo intención de celebrarlo realmente, se debe admitir que la verdadera petición incoada ha sido la de simulación de dicho contrato.

Pero la facultad de interpretación de las demandas, que es natural en el juzgador, no puede llegar hasta desconocer su claro tenor o su sentido indudable, para hacerle producir efectos jurídicos que el actor no persigue, o para deducir peticiones que no aparecen formuladas ni tienen respaldo claro en los hechos y fundamentos de derecho.

3.—Según reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando el recurrente considera que el Tribunal ha interpretado mal la demanda y ha deducido por ese camino una acción o una petición no formuladas, o ha estimado que no aparece alguna que sí está contenida en ella, para obtener éxito en casación debe acusar la sentencia por error de hecho manifiesto en la interpretación del libelo, y violación indirecta consiguiente de los textos sustantivos pertinentes al caso. Pero no es viable la causal segunda, que mira a simple falta de consonancia entre la demanda y la sentencia, y en la cual carecen de importancia las consideraciones sobre violación de la ley. Sólo puede configurar esta causal lo que está dentro del concepto FORMAL de desarmonía entre lo demandado y lo fallado.

Por consiguiente, cuando el recurrente estime que se condenó o se dejó de condenar a algo, por haber interpretado el Tribunal la demanda en forma errada, el ataque debe dirigirlo a las consideraciones del fallo para demostrar el error y ponerlo en evidencia.

En tal caso ya no se tiene una desarmonía formal, sino sustancial, entre la interpretación dada por el Tribunal y el contenido de la demanda. Ello dá base para casación dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Son antecedentes de este pleito:

El señor Alfonso Caicedo constituyó hipoteca de primer grado a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para garantizarle el reembolso oportuno de un préstamo de dinero, caución real que recayó sobre un lote de terreno y edificaciones anexas, marcado en su puerta de entrada con el número doce cuarenta y cuatro S. (12-44 S.) de la carrera sexta (6ª) del Barrio de San Cristóbal de Bogotá, que hace parte de la manzana treinta y cuatro (34) del plano de la Urbanización de Santa Ana, protocolizado por medio de la escritura pública número 558 de veinticinco (25) de febrero de 1920, otorgada en la Notaría Segunda de este circuito. El lote tiene una área de tres mil (3.000) varas cuadradas y aparece debidamente determinado por linderos.

En el referido lote de terreno funciona una Empresa o Fábrica de Tubos de gres, con sus instalaciones de maquinarias, enramadas y demás accesorios.

Dentro del juicio ejecutivo que adelantó la Caja de Crédito Agrario contra el deudor Caicedo ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, el señor Antonino Papa remató por la cantidad de dos mil cien pesos ($ 2.100.00) el solo lote de terreno a que se ha hecho referencia; es decir, con exclusión de las edificaciones y maquinarias que forman la fábrica aludida.

El remate, hecho el 4 de diciembre de 1945 y aprobado por auto de 1º de marzo de 1946, se registró bajo partida número 12128 de 8 de agosto del mismo año. El numeral 5º del auto aprobatorio dispuso: "Entréguese por el secuestre al rematante el lote rematado".

Después por escritura pública número 5962 de fecha veintidós de noviembre de 1946, otorgada en la Notaría Cuarta de la ciudad de Bogotá, el señor Papa permutó aquel lote de terreno urbano por la finca rural denominada La Cueva, sita en jurisdicción del Municipio de Colombia, Departamento del Huila, de propiedad del doctor Hernando Llaña Vesga, quien figura en la actualidad como poseedor inscrito del lote en que funciona la mentada Fábrica de Tubos de Gres. En esta escritura de permuta consta que el contratante doctor Llaña Vesga adquirió la nuda propiedad del suelo o superficie del lote, a sabiendas de que la posesión material y el usufructo del mismo no estaban en poder de su tradente Antonino Papa.

El pleito

En libelo repartido al Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, el doctor Hernando Llaña Vesga, obrando en propio nombre, formuló demanda ordinaria de mayor cuantía contra el señor Alfonso Caicedo, mayor y vecino de la misma ciudad, con el fin de que se declare la obligación y se le condene a pagar **el valor de las mensualidades de arrendamiento** que me adeuda y las que se causen en lo futuro, correspondientes a una finca de mi propiedad, marcada con los números 12-00, 36-44 S. de la carrera 6ª al Sur de esta ciudad".

Al efecto formuló estas peticiones:

"Que se declare a favor del suscrito demandante y a su cargo del señor Alfonso Caicedo, sus representantes o sucesores, la obligación de pagar el arrendamiento por mensualidades anticipadas y las que adeuda a partir del día cuatro de diciembre del año de 1945, a razón de quinientos pesos ($ 500.00) mensuales moneda cte. desde tal día hasta aquel en que cese la ocupación, sea materialmente o porque se produzca el fenómeno jurídico de la confusión por acción o por adjudicación.

"**Segunda.** — Que tal obligación subsiste, cualquiera que llegase a ser el canon, sea por regulación judicial, gubernamental o de libre estipulación.

"**Tercero.**—En subsidio que se me adjudique la propiedad de las edificaciones, instalaciones y el establecimiento industrial (artículo 658 del C. C.), como anexos o partes inmuebles, las prensas, calderas y máquinas que forman parte del estable-

cimiento industrial adherente al suelo, que son inmuebles según el artículo 658 y el 656 del Código Civil".

Como petición **accesoria** pidió que se notificara al demandado, señor Alfonso Caicedo, la cesión de derechos contenida en la escritura pública número 5962 de 22 de noviembre de 1946 de la Notaría Cuarta de Bogotá, como parte del traslado de la demanda.

Hechos

a) El demandante doctor Llaña Vesga es propietario del lote de terreno distinguido con los números 12-00, 36-44 S. de la carrera 6ª de Bogotá, dentro de los siguientes linderos: "Norte, en sesenta metros treinta y ocho centímetros (60-38 mts.) con la calle 12 Sur S.; por el Oriente, en veintinueve metros cincuenta y ocho centímetros (29-58 mts.) con parte de la manzana treinta y cuatro (34) de la urbanización de Santa Ana; por el Sur, en sesenta y cinco metros treinta y tres centímetros (65-33 mts.) con parte de la misma manzana treinta y cuatro (34) de dicha Urbanización; y por el Occidente, en treinta y dos metros (32 mts.) con la carrera sexta". Este lote lo adquirió a título de permuta al tenor de la escritura número 5962 de 22 de noviembre de 1946 de la Notaría 4ª de Bogotá, del señor Antonino Papa, quien a su vez lo adquirió en remate verificado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá el 4 de diciembre de 1945, en que el rematador cumplió lo de su cargo;

b) El demandado señor Alfonso Caicedo ha tenido y tiene ocupado el lote de terreno ya deslindado, con edificación e instalaciones de una fábrica de ladrillo y tubos de gres, por lo cual el demandante no ha entrado en el goce y entera disposición del inmueble, como fue adjudicado por el Juzgado que hizo el remate.

c) El demandado y ocupante no ha pagado al actor suma alguna por el valor de arrendamiento ni por ningún otro concepto.

Causa de pedir—Alega el demandante que siendo como es propietario del lote de terreno alinderado en los hechos de la demanda, debe gozar de él en pleno dominio y posesión, junto con sus anexidaes, accesiones y usos, y percibir los frutos naturales y civiles que el goce por un extraño le produzca. Pero el demandado señor Caicedo tiene ocupado el lote con edificación e instalaciones de una fábrica y, en consecuencia, está obligado a pagarle el arrendamiento por el uso y goce de la finca, mientras no la desocupe o se adjudique al demandante lo que constituye inmueble por destinación, según los artículos 656 y 658 del C. C.

Derecho: — Cita el demandante los preceptos constitucionales sobre propiedad privada, el Título 26 del Libro 4º del C. C., y los artículos 740, 741 y 1959 y ss. del mismo Código.

La demanda inicial así concebida fue presentada al Juzgado con fecha 13 de mayo de 1947. El proceso a que dio lugar fue destruído durante los sucesos del mes de abril de 1948.

El demandante doctor Llaña Vesga promovió el respectivo incidente de reconstrucción del juicio. Una vez tramitado, fue decidido mediante providencia de fecha 25 de julio de 1949 en que se reconoce la preexistencia del proceso, y se declara que al momento de la destrucción estaba para fallarse un incidente de objeciones al dictamen pericial, en el cual no se probaron los hechos en que se apoyaban las objeciones.

Notificado el auto de reconstrucción las partes alegaron de conclusión.

En sentencia pronunciada con fecha 28 de noviembre de 1949, el juzgador de primera instancia decidió **no hacer** las declaraciones principales ni las subsidiarias pedidas en la demanda, y en consecuencia absolvió al demandado de todos los cargos, sin hacer condena en costas.

Sentencia recurrida

Ambas partes apelaron ante el Tribunal Superior de Bogotá. Este, en sentencia fechada el 18 de septiembre de 1950, revocó el fallo del Juez **a quo** y en su lugar dispuso:

"1º—Se condena al demandado Alfonso Caicedo, hoy su sucesión, a pagar al demandante doctor Hernando Llaña Vesga, el valor de los frutos y productos naturales y civiles, percibidos y perceptibles, del lote de terreno urbano determinado en el hecho primero de la demanda, desde el 9 de agosto de 1946 en adelante, hasta la fecha en que cese la ocupación del mismo por la parte demandada.

"**Parágrafo.**—El importe líquido de esta condena se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J. — 2º No es el caso de decidir sobre lo demás pedido. — 3º Sin costas en ninguna de las instancias".

Los fundamentos del fallo se encuentran condensados en los párrafos que se transcriben:

"De otro lado, de acuerdo con los mismos datos del proceso y con las declaraciones ratificadas dentro del incidente de reconstrucción, de los señores Carlos Rozo Vargas y Jorge Campillo Camargo, resulta la prueba legal suficiente de que el demandado Alfonso Caicedo (hoy la sucesión) ha ocupado y usufructuado el lote adquirido por el demandante doctor Llaña Vesga. Esta ocupación y goce de la finca por parte del demandado Caicedo no nace ni se deriva de ningún contrato celebrado por el doctor Llaña Vesga con el demandado, puesto que en la demanda no se invoca contrato alguno y en posiciones que absolvió el demandante en esta segunda instancia acepta expresamente la inexistencia de todo vínculo convencional entre los dos.

'Es cierto, pues, que ninguna obligación de naturaleza contractual puede deducirse a cargo del demandado (sucesión) y a favor del demandante, por concepto de mensualidades o cánones de arrendamiento del lote tantas veces citado, como lo solicita expresa y reiteradamente en la súplica principal de la demanda. Y que la acción de pago de mensualidades de arrendamiento vencidas y por vencerse, expresada en la primera petición de la demanda, es de naturaleza exclusivamente contractual, se deduce no sólo del tenor literal de la petición sino también del fundamento de derecho que le asigna el demandante en el Título 26, Libro 4º del Código Civil que regula el 'contrato de arrendamiento'. Por lo que, con base en esa súplica inicial de este pleito y ciñéndose al principio legal del artículo 471, inciso 3º del Código Judicial, el sentenciador de la causa debe resolver en consecuencia, que la acción principal y contractual sobre pago de cánones o mensualidades de arrendamiento del lote de terreno de propiedad del demandante no puede prosperar, como bien se decide en la sentencia apelada.

"En la **segunda** súplica principal, debidamente relacionada con los **hechos** de la demanda, con lo expresado en ella sobre la **causa de pedir** y con los alegatos escritos del demandante, se encuentra la verdadera **intención** o finalidad principal del actor. En efecto, la forma genérica como en esta petición se demanda la obligación de pagar un canon o precio periódico al demandante, en razón o por causa de que la parte demandada ha tenido el uso y disfrutado del lote adquirido por aquél en la permuta, ocupación que ha llevado a efecto de manera continua y sin mediar contrato alguno que le confiera al demandado esos elementos (**jus utendi** y **jus fruendi**) integrantes del dominio pleno del inmueble, y el aserto legal de que en su calidad de propietario del lote o superficie de terreno el demandante debe "percibir los frutos naturales y civiles que el goce por un extraño le produzca", conexionados con los principios legales que a continuación se citan, convencen a la Sala sentenciadora de que la verdadera acción principal por desatar en el presente fallo consiste en una acción personal de pago de **frutos** civiles o naturales del lote perteneciente al actor, fundada en el título legal de la **accesión de frutos.** (Título 5º, Capítulo 1° del C. C.)"

Más adelante dice la sentencia:

"Separada la propiedad del inmueble o terreno de la empresa o fábrica, por el acto del remate, dicha empresa dejó de ser inmueble por destinación y su ocupante o explotador asumió respecto al nuevo propietario el papel de simple detentador o mero **tenedor** a nombre de dicho propietario que adquirió con el suelo la **posesión animus domini** de todos los accesorios del lote. La tenencia material de la Empresa y el derecho de retenerla como garantía de la indemnización a que puede tener derecho la parte demandada, en razón de las edificaciones, etc., caso de que el dueño del lote resuelva 'recobrarla', no confieren a la parte demandada en este juicio la condición jurídica de 'poseedor de buena fe', con derecho a hacer suyos los frutos del lote percibidos antes de la contestación de la demanda y con arreglo a los artículos 964, ordinal tercero, y concordantes del C. C."

El recurso

Contra esta sentencia ha interpuesto recurso de casación la parte demandada.

En tres capítulos se divide la acusación contra el fallo del Tribunal. De cada uno de ellos se extracta lo fundamental.

Dice el primero:

"El Tribunal en la sentencia demandada (primera parte transcrita) creó por sí y ante sí y con hechos supuestos, una nueva petición o demanda tácita, como vamos a demostrarlo. La "petición tácita o creación del Tribunal viola directamente de hecho y en derecho las siguientes disposiciones: En el **hecho**: 1º Parte el Tribunal de la base falsa de que el demandado está gozando, usando o usufructuando del lote del demandante, contra-

riando expresamente el acta de secuestro que demuestra todo lo contrario, puesto que tal inmueble fue entregado real y materialmente al secuestre Sr. Lleras. 2º Parte el Tribunal de la base falsa que secuestrado un inmueble, es el demandado quien puede percibir los frutos, productos o cánones de arrendamiento por su uso y goce, cuando ellos precisamente por efecto de la entrega real y material al secuestre, corresponde percibirlos al mismo. 3º Parte el Tribunal de la base falsa de que mi representado haya gozado, usufructuado y tomado los frutos del lote referido, 'de manera continua, sin base de ninguna naturaleza'. 4º Y parte el Tribunal de la base falsa de que la intención —expresada en el libelo se desprende de los hechos enunciados en la demanda sobre petición de frutos—, causa para pedir y el derecho alegado sobre esta petición, nociones inexactas que por cuanto carecen de realidad, desquician el fallo acusado; y 5º Es igualmente inexacto, que Caicedo o sus sucesores, estén usando, gozando o usufructuando el lote, con la fábrica, pues uno y otro, fueron secuestrados... Por otro aspecto o sea en el orden legal, el Tribunal en la sentencia demandada, viola directamente las siguientes disposiciones sustantivas: El artículo 2273 del C. C. por cuanto que '**El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituírla al que obtenga una decisión a su favor'.** Si de acuerdo con el acta que en copia fue traída a los autos y tomada del juicio ejecutivo seguido **por la Caja de Crédito Agrario y otros contra** Caicedo, de fecha 26 de junio de 1936 (folio 61 vuelto), el inmueble o lote rematado fue entregado real y materialmente al señor Jorge Lleras, es a éste a quien le compete hacer entrega de él y no al demandado, como absurdamente lo decide el Tribunal.

"Igualmente se viola el artículo 2276 del C. C. en su inciso 2º por medio del cual, el secuestro judicial 'se constituye por decreto del juez y no ha menester otra prueba'. Por consiguiente si el lote se secuestró por decreto del Juez competente y el acta de secuestro no necesita el adicionársele en forma alguna, el Tribunal viola en forma directa y manifiesta la disposición a que venimos refiriéndonos. Igualmente viola la sentencia referida el artículo 2279 del C. C. por cuanto que, si el secuestre de un inmueble tiene en relación con él las facultades y deberes de un mandatario y debe dar cuenta de su administración al adjudicatario, al demandarse de mi mandante el cumplimiento de tales obligaciones, se incurre en error manifiesto. Igualmente se viola el artículo 2280 por cuanto que mientras no recaiga sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada, el secuestro se mantiene, es decir, que la cosa no puede considerarse como salida de las manos de quien la recibió y por consiguiente al pretender el actor que sea el demandado quien retiene la cosa y no el secuestre y al patrocinar el Tribunal tan absurda petición, viola en forma directa la ley sustantiva.

"Adviértase también que de conformidad con el artículo 2281 del C. C. 'pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia (adjudicación), debe el secuestre restituír el depósito al adjudicatario'. Si el Tribunal apreciando indebida como informalmente la Ley, cree que quien debe hacer la restitución y quien tiene directamente y bajo su responsabilidad la cosa, con derecho a percibir sus cánones, usufructos y productos es el demandado y no el secuestre, como en forma determinante y expresa lo determina la ley y como eso coincide con la realidad del pleito, la viola en forma directa, interpreta erróneamente las disposiciones referidas y en consecuencia debe infirmarse el fallo por este error tanto de hecho como de derecho, manifiestos. Es más: quiere olvidar el Tribunal en la sentencia recurrida el artículo 741 del C. C. en su inciso 3º por medio del cual: 'En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el Juez su representante legal', Si fue la judicatura quien en ejercicio de este poder público privó a mi mandante del lote o inmueble reclamado por el actor, y fue la misma judicatura quien lo secuestró y subastó; existiría una verdadera injusticia, como la falló el Tribunal, al exigir que quien fue privado forzadamente de una cosa sea obligado a restituir, pagar o compensar arrendamientos, frutos, usufructos o productos, que la misma judicatura entregó a un mandatario que se denomina secuestre y que es quien en definitiva, por haberla recibido —se repite— debe hacer entrega a quien se la haya adjudicado.

"En forma indirecta viola igualmente el Tribunal el artículo 2142 del C. C. que reglamenta el mandato, comoquiera que el depositario tiene las mismas obligaciones de un mandatario remunerado y por consiguiente la administración de lo que es objeto de su cargo. Igualmente en forma

indirecta se viola el artículo 2158 del C. C. que determina entre otras, las funciones del mandatario —secuestre—. Debe considerarse igualmente como violados: el artículo 205 del C. J. por medio del cual se estatuye lo que debe considerarse y contener un libelo de demanda. Si el actor demandó el reconocimiento y pago de arrendamientos, el juzgador no puede cambiar su solicitud para reconocerle frutos o productos no solicitados; si el actor demandó el reconocimiento, de que por accesión la fábrica que se halla establecida sobre un lote que dice ser de su propiedad, le pertenece por accesión, al juzgador no le es dado declarar que le pertenece por otro título no invocado. Esta violación se extiende también al artículo 208 de la misma obra, comoquiera que si la demanda puede corregirse, aclararse o enmendarse, tal aclaración o enmienda debe efectuarse antes de que el juicio se abra a prueba y por consiguiente si el Tribunal declara que tal aclaración y enmienda se deduce de los alegatos o de la causa para pedir, comete agravio que debe enmendarse por esa H. Corte por inexactitud en la apreciación de este trivial concepto. Igualmente viola la sentencia referida al hacer la declaración sobre frutos, el artículo 1051 del C. J. y la propia sentencia aprobatoria del remate por cuanto que, en el inciso 5° de esta disposición se ordena expresamente que la entrega de la cosa rematada debe efectuarse por el secuestre al rematante y no por el ejecutado como lo decide el Tribunal en la sentencia recurrida, violando en forma directa la Ley. Igualmente se viola por el Tribunal el artículo 1052 del C. J. por cuanto que si la diligencia de remate y el auto aprobatorio del mismo se equiparan a escritura pública que debe inscribirse en la oficina de Registro y si por tal acta y auto aprobatorio, se ordena que sea el secuestre y **no mi mandante** quien debe efectuar la restitución de lo secuestrado, es manifiesta la aplicación indebida de la Ley".

Se considera:

En primer lugar se observa que el cargo adolece de graves deficiencias de técnica de casación. Se fundamenta principalmente en la interpretación que el Tribunal le dió al libelo de demanda. Pero el recurrente se limita a criticar el concepto del Tribunal, y no alega, como ha debido hacerlo, el error manifiesto de hecho en tal interpretación. Además, los textos legales que cita como violados, no son pertinentes.

En la parte inicial del cargo, comprendida "en el **hecho**", se refiere el recurrente únicamente a la infracción de "disposiciones"; y luego hace varias consideraciones sobre el arrendamiento, el secuestro, el goce y uso del inmueble por el demandado, para concluír que es absurdo lo afirmado por el Tribunal. Pero no indica una sola prueba en cuya calificación el Sentenciador hubiera incurrido en error manifiesto de hecho o de derecho, ni alega ese error en la interpretación de la demanda.

En el aparte destinado al "orden legal", el recurrente se detiene en consideraciones acerca de los artículos 2.273, 2.276, 2.279, 2.280, 2.281 del Código Civil sobre el secuéstro; artículo 741 inciso 3º ibídem sobre ventas en subasta pública; artículo 2.142. 2.158 de la misma obra sobre mandato; artículos 205, 208, 1051, 1052 del C. Judicial sobre demanda y su corrección, y sobre remate en juicio de venta.

Ninguna de estas normas tiene nada que ver con la fundamentación que el Tribunal le dió a su sentencia, ni podrían haberse violado en forma directa. La infracción sería indirecta, si la hubiera, como resultado de error en la apreciación de las pruebas, y tal error no se alega y menos se demuestra. El Tribunal estimó que el inmueble estaba en poder del demandado, por haberlo gozado y disfrutado a pesar de la diligencia de secuestro que sobre él se practicó. De ahí que le hubiera impuesto a aquél la obligación de pagar al demandante los frutos y productos. El recurrente no ha desvirtuado tal concepto mediante el ataque a la apreciación de la prueba.

Además, la circunstancia de haberse secuestrado el bién, pero dejándolo en poder del demandado, no puede apreciarse con el alcance que lo pretende dar el recurrente, pues ello equivaldría a dejar impune esa detentación en perjuicio del dueño. Precisamente era al demandado a quien correspondía probar que por existir un secuestre, él había pagado a éste los arrendanmientos y nada debía, por lo tanto.

En casación no es suficiente razonar acerca de los fundamentos probatorios del juicio y de la sentencia y exponer un concepto opuesto al expresado por el Tribunal. El recurrente tiene la obligación de señalar concretamente las pruebas mal estimadas, fijar el sentido del error, si de hecho manifiesto o de derecho, y demostrarlo. Luégo debe deducir la violación de ley sustantiva, señalando el sentido y alcance de ella y explicando su repercusión en lo resolutivo del fallo. Los mismos

requisitos se imponen, siempre que se trata de diferencias en la interpretación de la demanda, pues éstas, como lo tiene consagrado la Corte, sólo pueden dar lugar a casación cuando configuran un error manifiesto de hecho por parte del Tribunal, y el recurrente lo alega y lo demuestra.

Igualmente, cuando el juzgador deja de estimar como probados unos hechos o los tiene por ciertos sin estar probados, la violación consiguiente de la ley no es posible sino como consecuencia del error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas. Y si el recurrente no lo alega y demuestra en debida forma, la acusación es improcedente.

El cargo, pues, debe rechazarse.

Segundo cargo.—"La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas entre los litigantes. Quedó establecido anteriormente y en forma indubitable, que el Tribunal desató la litis, creando por sí y ante sí una petición principal, no enunciada en el proceso, pero que según el sentenciador aparece de la causa para pedir, de los alegatos y de los hechos relacionados por el actor en el libelo de demanda. Como norma de procedimiento general debe observarse que toda demanda debe contener: designación de Juez; nombres del actor y del demandado, su estado y vecindad; lo que se pide o demanda; los fundamentos de derecho en que crea apoyar su petición, todo de acuerdo con el artículo 205 del C. J. El artículo 207 de la misma obra preceptúa: "Que la demanda puede corregirse o aclararse antes de que el juicio se abra a prueba. Cerrado así el debate y trabadas las partes por medio de la "Litis Contestatio", no le es dado a las partes el cambiar la materia sujeta a la decisión ni sus respectivas pretensiones, porque, ello implicaría el crear sobre un proceso otros y otros adicionales y hasta contradictorios del primitivo o inicialmente intentado, en cuyo caso si le fuera dado a una de las partes cambiar lo que es materia de la decisión, implicaría una violación manifiesta del artículo 49 de la Carta por medio del cual nadie puede ser condenado sin haber sido oído ni vencido en juicio. El Tribunal Superior en la sentencia demandada, viola las disposiciones referidas como quiera que insinúa que "la segunda súplica principal, debidamente relacionada en los hechos de la demanda, con lo expresado en ella sobre la causa para pedir y con los alegatos escritos del demandante, se encuentra la verdadera intención o finalmente principal de la acción." La transgresión en la sentencia demandada es manifiesta: Dejamos anteriormente transcritos los hechos en que se fundó la demanda, y todos ellos hacen relación a la petición declarativa de existencia de un contrato de arrendamiento y al pago de cánones deducidos de dicho contrato. Sobre estos mismos hechos, el Tribunal negó no solamente la existencia del contrato de arrendamiento, sino también el pago de los cánones demandados. En la causa para pedir y que quedó igualmente transcrita, aparece que nuevamente el actor insinúa el pago de los mismos arrendamientos cuando dice: "Son fundamentos de esta demanda... 'el demandado señor Alfonso Caicedo tiene ocupado el lote de mi propiedad con edificaciones e instalaciones de una fábrica y en consecuencia está obligado a pagarme **arrendamiento** por el uso y goce de la finca..." Y obsérvese finalmente que el derecho lo fundó: ..."en los preceptos constitucionales sobre propiedad privada; en el Título 26 del C. C. Libro IV y en los artículos 740, 741, 1959 del mismo Código y en el C. J. Anótese que la Carta no reglamenta nada en relación con la propiedad privada y que el Título 26 del C. C. reglamenta el contrato de arrendamiento y los otros artículos anotados hacen referencia a la tradición y dominio. Al crear el Tribunal la nueva petición en forma ideal no solamente parte de bases supuestas sino que constituyéndose parte, mejor sustituyendo el actor, insinúa como fundamentos de derecho de su ideación petitoria: El Título 5º, Capítulo 1º del C. C. que no pasaron por la mente del actor. El Tribunal como consecuencia violó también el artículo 471 del C. J. que reglamenta la manera como debe proferirse la sentencia, que debe someterse única y exclusivamente al objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes, conexionados con las cuestiones de derecho y las disposiciones legales en que se sustentan. No es posible en consecuencia a la luz de tales disposiciones sustantivas y adjetivas, mantener el fallo del Tribunal en la parte que condena a mi mandante a pagar frutos no demandados por el actor y con bases supuestas e inexistentes y por tanto debe infirmarse el fallo, para absolver a mi representado de todos los cargos de la demanda, como lo hizo el Juez de instancia".

Se considera:

El recurrente acusa la sentencia por incongruencia o falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Y alega que la condena impuesta es totalmente ajena a los pedimentos de la demanda, pues el actor única-

mente solicitó se condenara al demandado a pagarle los **arrendamientos** del lote de terreno. En parte alguna solicitó, pues, el pago de frutos o productos.

Evidentemente, en ninguna de las peticiones de la demanda se refirió el demandante, siquiera fuese en forma indirecta, al pago de frutos o productos como consecuencia de la posesión material del demandado. Por el contrario, se limitó a exigir el pago de "arrendamiento por mensualidades anticipadas" desde diciembre de 1945 hasta el día en que "cese la ocupación" (petición primera); y agrega que "tal obligación subsiste", es decir, la de pagar esos arredamientos, "cualquiera que llegase a ser el **canon,** sea por regulación judicial, gubernamental o de libre estipulación"; (petición segunda). Luégo, en forma subsidiaria, se limita a pedir la adjudicación de las edificaciones e instalaciones del establecimiento industrial, anexas al terreno, y la notificación de la cesión de derechos contenida en la escritura Nº 5962 de 1946.

De tal manera, sin que pueda alegarse oscuridad al respecto, el alcance de las peticiones quedó circunscrito a los arredamientos debidos y por deber, sea que su canon se señale judicial o "gubernamentalmente", o por libre estipulación.

Los hechos de la demanda confirman plenamente lo dicho en las peticiones, de conformidad con su expresión literal. En el hecho a) se afirma que el demandante es propietario del terreno; en el b) que el demandado ocupa y ha ocupado el terreno, con la fábrica allí instalada; y en el c), que "el demandado y ocupante no ha pagado al actor suma alguna por valor de arrendamiento ni por ningún otro concepto." Es decir: los fundamentos de hecho reafirman la petición de cobro de arrendamientos exclusivamente.

El encabezamiento de la demanda también tiene el mismo claro sentido. Efectivamente, en la copia del libelo, anexa a la demanda de reconstrucción, al comienzo del primer párrafo aparece lo siguiente: "En mi propio nombre... formulo demanda...con el fin de que se le declare la obligación y se le condene a pagar el valor de las mensualidades de arrendamiento que me adeuda y las que se causen en el futuro, correspondientes a una finca de mi propiedad..."

En el aparte titulado "son fundamentos de esta demanda los siguientes", párrafo segundo, se dice: "...y en consecuencia está obligado a pagarme arrendamientos..."

Los fundamentos de derecho terminan de confirmar el claro sentido del libelo. Se mencionan los artículos 740, 741 del C. C. sobre la tradición; los artículos 1959 y siguientes del mismo Código sobre cesión de créditos; y el Título 26 del C. C. Libro 4º, relativo al contrato de arrendamiento.

No osbtante que la demanda no presenta la menor obscuridad en cuanto al alcance y sentido de las peticiones, el Tribunal resolvió interpretarla con apoyo en los hechos y causa petendi, para deducir de la segunda subsidiaria que el actor demandaba el pago de frutos y productos, y no únicamente de arrendamientos.

Pero esta interpretación del Tribunal está reñida en forma clara y manifiesta con el tenor literal de la demanda, no sólo en su encabezamiento y en sus peticiones, sino en los hechos y fundamentos de derecho. Contra la conclusión del sentenciador, desprovista por completo de soporte, está el texto íntegro del libelo.

Las demandas deben interpretarse de manera racional, lógica, teniéndose en cuenta su texto completo y no aislando sus peticiones como si fueran partes independientes, pues se trata de actos jurídicos emanados de una voluntad que persigue expresamente determinados fines, tal como ocurre con los contratos. Las dudas que su texto presente, la obscuridad de sus peticiones, inclusive la equivocada denominación de las acciones incoadas o de los hechos o actos jurídicos que se relacionan, pueden sortearse adecuadamente, si del contexto general resulta en forma suficientemente clara, cuál es su verdadero sentido y alcance. Por eso la Corte ha llegado a aceptar que no obstante hablarse de nulidad respecto a un contrato de carácter ficticio, porque no hubo intención de celebrarlo realmente, se debe admitir que la verdadera petición incoada ha sido la de simulación de dicho contrato.

Pero la facultad de interpretación de las demandas, que es natural en el juzgador, no puede llegar hasta desconocer su claro tenor o su sentido indudable, para hacerle producir efectos jurídicos que el actor no persigue, o para deducir peticiones que no aparecen formuladas ni tienen respaldo claro en los hechos y fundamentos de derecho. Y esto es lo que ha sucedido en el presente juicio. So pretexto de interpretar la demanda, el Tribunal se separó totalmente de ella e hizo una condena que no le fué pedida, que no tiene apoyo alguno en el libelo, y que está evidentemente reñida con los términos expresos de todas y cada una de las partes de aquél.

Mas, no obstante este manifiesto error del Tribunal, por impericia en la formulación del car-

go no puede la Sala casar la sentencia. En efecto, según reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando el recurrente considera que el Tribunal ha interpretado mal la demanda y ha deducido por ese camino una acción o una petición no formuladas, o ha estimado que no aparece alguna que sí está contenida en ella, para obtener éxito en casación debe acusar la sentencia por error de hecho manifiesto en la interpretación del libelo, y violación indirecta consiguiente de los textos sustantivos pertinentes al caso. Pero no es viable la causal segunda, que mira a simple falta de consonancia entre la demanda y la sentencia, y en la cual carecen de importancia las consideraciones sobre violación de la ley. Sólo puede configurar esta causal lo que está dentro del concepto **formal** de desarmonía entre lo demandado y lo fallado.

Por consiguiente, cuando el recurrente estime que se condenó o se dejó de condenar a algo, por haber interpretado el Tribunal la demanda en forma errada, el ataque debe dirigirlo a las consideraciones del fallo para demostrar el error y ponerlo en evidencia. En tal caso ya no se tiene una desarmonía formal, sino sustancial, entre la interpretación dada por el Tribunal y el contenido de la demanda. Ello da base para casación dentro de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial.

En atención a lo expuesto, la Sala debe rechazar el cargo.

Capital tercero.—"Por apreciación errónea, falta de apreciación de las pruebas oportunamente aducidas al proceso. Ante el H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá y en término oportuno solicité que el actor doctor Hernando Llaña Vezga absolviera las posiciones que le formulé. Esta diligencia se desarrolló el 20 de mayo de 1950 y de ella se deduce: Primero. Que entre el actor y mi representado nunca se había celebrado contrato alguno de arrendamiento. Segundo. Que entre demandante y demandado no se **celebró contrato de ninguna naturaleza.** Tercero. Que entre demandante y demandado no se celebró ningún contrato ni pacto, con relación al pago de frutos, productos ni de ninguna naturaleza. Cuarto. Que las edificaciones y la empresa general de El Vencedor, nunca fueron materia de contrato alguno, celebrado entre el actor y el demandado ni materia de lo que le cedió el rematante señor Papa.

Si de acuerdo con esta confesión y con lo que nos enseña el artículo 1769 del C. C. no puede admitirse prueba en contrario a menos que se justifique error de hecho en el confesante o que no estaba en completo uso de sus sentidos, debe llegarse a la conclusión que el Tribunal violó de hecho y de derecho tal precepto cuando le quitó el carácter de plena prueba. Esta disposición hace referencia al artículo 606 del C. Judicial que determina el valor probatorio de esta clase de probanzas. En autos aparecen copias tomadas del juicio ejecutivo de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y otros contra el señor Alfonso Caicedo, juicio que se siguió ante el Juzgado 3º del Circuito Civil de Bogotá. De ésta se desprende que todos los acreedores trabaron para el pago de sus acreencias, bienes del deudor, consistentes en el lote cuestionado, unas edificaciones, unas instalaciones y en general la "empresa" para fabricación de materiales, levantada sobre el lote referido; que todos los inmuebles y muebles relacionados anteriormente se secuestraron así: el lote en manos del señor Jorge Lleras quien declaró recibirlo real y materialmente a su entera satisfacción de manos del juez del conocimiento y el resto de los bienes se entregaron al secuestre señor Jorge Fernández quien lo recibió con el carácter de tal; aparece de la misma que el señor Antonio Papa hizo postura al renglón marcado con el número 1 en subasta pública y que le fue adjudicado tal lote, ordenándose en el auto aprobatorio de la subasta que le fuera entregado por el secuestre señor Lleras. Si el Tribunal sentenciador desconoció voluntariamente la prueba a que me he referido, violó todas las disposiciones relacionadas con el secuestro y ya analizadas anteriormente, lo mismo que las relacionadas con el procedimiento ejecutivo, también analizadas atrás. Afirma el Tribunal por sí y ante sí y contra la realidad de los hechos y del derecho —los bienes estaban secuestrados— que mi mandante es el usufructuario y tenedor de la fábrica El Vencedor o de los bienes en general así muebles como inmuebles, que se levantan o aparecen sobre el lote **que dice el actor es de su propiedad.** Mas como está demostrado en autos que todo fué secuestrado, y las actas y documentos presentados, tienen el carácter ya de auténticos o de instrumentos públicos, tan gratuita afirmación debe desecharse y por consiguiente el fallo tanto por los numerales anteriores como por el derecho invocado debe infirmarse para declarar como lo solicito el que se revoque y reponga la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por falta de apreciación, por apreciación errónea de las pruebas oportunamente deducidas en el juicio entre los litigantes".

Se considera:

Se fundamenta en falta de apreciación y estimación errónea de las pruebas. Pero se limita a acusar la sentencia por falta de apreciación de las posiciones absueltas por el actor en segunda instancia, y de las copias del juicio ejecutivo dentro del cual tuvo lugar el secuestro del bién. De lo cual deduce el recurrente que el Tribunal violó de hecho y de derecho el artículo 1769 del C. Civil y el 606 del C. J. sobre valor probatorio de la confesión, y las normas sobre secuestro.

La falta de técnica de casación aparece también ostensible en este cargo. No puede hablarse de violación de hecho de normas legales. Otra cosa es que los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas puedan conducir a la violación indirecta de normas legales. No se demuestra en el cargo por qué haya desconocido el Tribunal esas pruebas, pues la existencia del secuestro no es incompatible con la afirmación hecha por el Sentenciador, de que el demandado ha sido el usufructuario de la fábrica, como aparece claramente del conjunto probatorio del juicio. El demandado ni siquiera intentó probar que no disfrutó del inmueble o que reconoció al secuestre como arrendador, o que a cualquier otro título le pagó algo por la tenencia de la fábrica. Es un hecho evidente que aquél se ha mantenido en dicha tenencia, sin pagar ni reconocer canon o suma alguna por ningún concepto, ni al secuestre ni al demandante.

Por último, se observa que la cuestión planteada en este cargo es secundaria, pues el fundamento del fallo fue la interpretación dada por el Tribunal al libelo de demanda. Basta que uno de los varios fundamentos expuestos por el Tribunal en apoyo de su decisión quede en pie, y sea suficiente a mantenerla, para que la casación no pueda prosperar.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Hernando Llaña Vesga contra Alfonso Caicedo, con fecha 18 de septiembre de 1950.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

DURANTE EL RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION, NO PUEDEN PROPONERSE NUEVAS OBJECIONES CONTRA ESTE TRABAJO

1.—La sucesión hereditaria es un fenómeno jurídico complejo. Además de la adquisición de elementos patrimoniales activos y pasivos, por ella el heredero como representante del difunto toma para sí, las relaciones jurídicas de éste, y queda investido de todos sus derechos y obligaciones transmisibles, como si originariamente hubiesen surgido en la persona de aquél.

Cuando concurren varios llamados a una misma herencia, surgen, a la vez, una serie de relaciones jurídicas entre los coherederos, como el acrecimiento de la cuota vacante, la colación e imputación, así como la presencia de una comunidad. Todo lo cual implica que la sucesión no es tan sólo la adquisición de derechos preexistentes y asunción de preexistentes obligaciones, sino que es también causa de extinción de relaciones jurídicas y de creación de obligaciones nuevas que tienen su título en la ley, tal como acontece en los casos de confusión de los patrimonios del causante y su heredero, en relación con las acreencias y deudas del difunto.

La circunstancia de que a una misma herencia sean llamadas distintas personas conjuntamente, origina, como se tiene dicho, entre ellas, una comunidad que comprende todo elemento patrimonial activo o pasivo, que se distribuye entre los coherederos en proporción a sus cuotas. Se sale de esta comunidad por la división, la que se rige por los principios generales de la de los bienes comunes: formación de la masa y estimación de los bienes que la integran. Esto es, activo y pasivo sucesoral.

2.—La doctrina dominante en lo que se refiere con el pasivo de toda sucesión, es la de que éste está integrado: a) por las deudas hereditarias u obligaciones contraídas en vida por el causante con el carácter de transmisibles; b) por deudas testamentarias que se originan en el testamento y de las cuales no existe siquiera un principio de prueba por escrito, y c) por las costas o gastos comunes a que dan motivo la apertura de la sucesión, la secuela del juicio respectivo, impuestos, inventarios y la partición. (Artículo 1016 del C. C.).

El Código Civil regula la forma de pago de las deudas hereditarias y testamentarias, no así lo relativo a la de las costas o gastos comunes. De aquí, la aplicación analógica del artículo 1142 del C. J., que autoriza el 8º de la ley 153 de 1887, en cuanto el primero prescribe que: "el comunero que haga los gastos que corresponden a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes comunes o del producto de la venta".

Y porque: "La posible igualdad de que habla la regla 7ª del artículo 1394 del C. C. y que ha de guardarse en la distribución de los elementos hereditarios, no se rompe porque al heredero que ha sufragado los gastos del juicio de sucesión se le adjudiquen del acervo común bienes suficientes, según la tasación de peritos hecha en la diligencia de avalúos, como reembolso, desde luego que a ese heredero es al único a quien es posible entregársele bienes en tal concepto. Los demás como no tienen la calidad de acreedores, están excluídos de la posibilidad de adjudicaciones de tal naturaleza".

3.—El hecho de que hubiera prosperado la tacha presentada contra el dictamen no implica que los avaluadores no prestaran sus servicios y que no tengan derecho a percibir su correspondiente remuneración, la que según la ley se debe desde la fecha del auto que ordena el traslado a las partes de la diligencia de avalúo.

4.—El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no dá campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad le-

gal, que no es otra sino la del término del traslado que de la cuenta dá a las partes el Juez.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

El doctor **Carlos Luna Tello,** como partidor nombrado en el juicio sucesorio de la señora **Rafaela Pinillos vda. de Pérez,** llevó a cabo y presentó ante el Juzgado Civil del Circuito de Palmira, el trabajo de partición y adjudicación de los bienes sucesorales.

Agustín Barona Pinillos, uno de los interesados en el juicio, en escrito de 30 de julio de 1947, formuló contra la partición las siguientes objeciones:

"El señor partidor no podía adjudicar pasivo distinto al de $ 513.26 m. cte. en favor de la mencionada señora Pinillos de Jaramillo, pues para aumentar a la cantidad a que lo hizo, era menester que hubiera actuación judicial referente a la inclusión de los créditos correspondientes en favor de la persona que sufragara los gastos que aparecen hechos en el juicio para impuestos, peritos, etc.

"Se advierte —de otra parte— que en la adjudicación de los lotes de terreno, se ha incurrido en errores notorios en la discriminación —linderos y componentes— que desfiguran totalmente la verdad procesal vivida, con los inventarios y avalúos de bienes".

El Juez del Circuito de Palmira, surtido el incidente respectivo, desechó las objeciones y aprobó el trabajo presentado por el partidor. Apelada esta decisión por el objetante, el Tribunal Superior de Cali después de los trámites de rigor, la confirmó en sentencia de 23 de febrero de 1949. El mismo objetante ha recurrido en casación de este fallo y se procede a decidir el recurso.

El recurrente no señala la causal en que apoya su demanda, pero de sus términos se deduce que se trata de la primera del artículo 520 del C. J. y la cual contiene dos cargos.

Primer cargo.—En el fallo se incurrió en error de hecho manifiesto, porque: a) Se aceptó la afirmación del partidor de que los gastos comunes del juicio ascendían a la cantidad de $ 5.311,71, cuando en los autos no aparece que los interesados hubieren aceptado esta suma, sino la de $ 513.26, que es la que figura en la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes sucesorales; b) los gastos no están liquidados y el partidor se limitó a "enunciar el lazareto, peritos, estampillas, honorarios del partidor, etc.", y fijar una suma global bajo el pretexto de estar aceptadas las partidas, sin permitir a los interesados discutirlas y verificar cada uno de esos gastos; y c) al aceptar como prueba de esos gastos los recibos expedidos por los peritos, cuando su dictamen había sido desechado, y el del partidor sin que sus honorarios hubieren sido tasados por el Juez, ni aceptados los convenidos por los interesados.

En esta forma, "el fallo quebrantó los artículos 566 y 567 del C. J. y el 60 de la Ley 63 de 1936, en relación con el artículo 1757 del C. C. que dispone que incumbe probar las obligaciones a quienes las alegan. La señora de Jaramillo que alega el pago de esos gastos, no la probó; y especialmente se violaron los artículos 1390 y 1394 del C. C. d) Porque: el partidor no tiene facultad para dar en pago de deudas hereditarias o testamentarias bienes raíces de la sucesión, cuando la deuda es de dinero, porque aquél no es sino un perito liquidador sin atribuciones dispositivas, tal como lo ordenan los artículos 1394 y 1395 del C. C. Que de acuerdo con estas disposiciones el partidor no tiene facultad para adjudicar bienes raíces en pago de gastos o costas comunes, porque ello equivale a una dación en pago, para lo cual carece de facultad legal. Y "como el fallo recurrido afirma y sostiene que el partidor tiene facultad para dar en pago bienes raíces de la sucesión, quebrantó directamente el artículo 1394 del C. C., porque este canon, solamente le asigna al partidor, las funciones de simple liquidador sujeto a reglas que esa disposición enumera taxativamente y en ninguna de ellas se le faculta para dar en pago bienes raíces ni a acreedores hereditarios o testamentarios. Si no hay dinero contante en la sucesión, la ley ofrece los medios del remate.

"Quebrantó pues, el fallo los artículos 1626 y 1627 del C. C. porque admite contra lo claramente prescrito en estas disposiciones, que una deuda de dinero debe pagarse forzosamente, con bienes raíces, siendo así que el pago efectivo es la 'pres-

tación de lo que se debe' y 'lo que se debe', en el caso de autos, es dinero y el pago debe hacerse 'bajo todos respectos' al tenor de la obligación".

Se considera:

La sucesión hereditaria es un fenómeno jurídico complejo. Además de la adquisición de elementos patrimoniales activos y pasivos, por ella el heredero como representante del difunto toma para sí, las relaciones jurídicas de éste, y queda investido de todos sus derechos y obligaciones transmisibles, como si originariamente hubieren surgido en la persona de aquél.

Cuando concurren varios llamados a una misma herencia, surgen, a la vez, una serie de relaciones jurídicas entre los coherederos, como el acrecimiento de la cuota vacante, la colación e imputación, así como la presencia de una comunidad. Todo lo cual implica que la sucesión no es tan sólo la adquisición de derechos preexistentes y asunción de preexistentes obligaciones, sino que es también causa de extinción de relaciones jurídicas y de creación de obligaciones nuevas que tienen su título en la ley, tal como acontece en los casos de confusión de los patrimonios del causante y su heredero, en relación con las acreencias y deudas del difunto.

La circunstancia de que a una misma herencia sean llamadas distintas personas conjuntamente, origina, como se tiene dicho, entre ellas, una comunidad que comprende todo elemento patrimonial activo o pasivo, que se distribuye entre los coherederos en proporción a sus cuotas. Se sale de esta comunidad por la división, la que se rige por los principios generales de la de los bienes comunes: formación de la masa y estimación de los bienes que la integran. Esto es, activo y pasivo sucesoral.

De acuerdo con el cargo que se estudia, basta considerar lo relacionado con el pasivo sucesoral, por cuanto las objeciones se limitan a atacar ese elemento.

La doctrina dominante en lo que se refiere con el pasivo de toda sucesión, es la de que éste está integrado: a) Por las deudas hereditarias u obligaciones contraídas en vida por el causante con el carácter de transmisibles; b) por las deudas testamentarias que se originan en el testamento y de las cuales no existe siquiera un principio de prueba por escrito, y c) por las costas o gastos comunes a que dan motivo la apertura de la sucesión, la secuela del juicio respectivo, impuestos, inventarios y la partición. (Artículo 1016 del C. C.).

El Código Civil regula la forma de pago de las deudas hereditarias y testamentarias, no así lo relativo a la de las costas o gastos comunes. De aquí, la aplicación analógica del artículo 1142 del C. J., que autoriza el 8º de la ley 153 de 1887, en cuanto el primero prescribe que: "el comunero que haga los gastos que corresponde a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes comunes o del producto de la venta".

Y porque: "La posible igualdad de que habla la regla 7ª del artículo 1394 del C. C. y que ha de guardarse en la distribución de los elementos hereditarios, no se rompe porque al heredero que ha sufragado los gastos del juicio de sucesión se le adjudique del acervo común bienes suficientes, según la tasación de peritos hecha en la diligencia de avalúos, como reembolso, desde luego que a ese heredero es al único a quien es posible entregársele bienes en tal concepto. Los demás como no tienen la calidad de acreedores, están excluídos de la posibilidad de adjudicaciones de tal naturaleza".

En el caso sub judice, adjudicóse a la heredera Lucía Pinillos de Jaramillo, en la partición, bienes del acervo común sucesoral para reembolsarle la suma pagada por ella, por concepto de gastos hechos para la prosecución del juicio sucesorio, impuestos, etc., en beneficio de todos los coherederos, previa presentación de los comprobantes que los justifican, los cuales han figurado en el proceso sin objeción alguna por parte de los interesados, circunstancia que implica un reconocimiento tácito. (Artículo 645 C. J.).

En cuanto al pago de los honorarios de los peritos, en el expediente consta que fueron fijados por el Juez en uso de la facultad que le confiere el artículo 60 de la Ley 63 de 1936; y el hecho de que hubiera prosperado la tacha presentada contra el dictamen no implica que los avaluadores no prestaran sus servicios y que no tengan derecho a percibir su correspondiente remuneración, la que según la ley se debe desde la fecha del auto que ordena el traslado a las partes de la diligencia de avalúo.

No se ve cómo ni por qué de la aplicación de las reglas anteriores por el Tribunal, surja la violación indirecta por error de hecho manifiesto o directo de los preceptos que cita el recurrente. No es, pues, admisible el cargo.

Segundo cargo. — a) Incurrió el Tribunal en

"error de derecho al confundir, equiparar o considerar iguales, el título 'acción' que implica un derecho personal mueble, extraño para adjudicar derechos hereditarios en bienes raíces, que sólo tienen vigencia en los contratos sociales, con derechos en común o proindiviso en los inmuebles inventariados, que ellos sí son derechos reales vinculados en los bienes hereditarios. Mediante tal error quebrantó el fallo indirectamente los artículos 2079 y 2081 del C. C.; 507 del C. de Co. y el artículo 4º de la Ley 26 de 1922; y directamente los artículos 1391 y 1392 del C. C."

Son fundamentos del cargo: "El partidor en su trabajo distribuyó **acciones de a peso**. La acción es un crédito personal mueble, según los artículos 2079, inc. 1º; y 2081 en su inciso 2º del C. C.; 507 del C. de Co. y artículo 4º de la Ley 26 de 1922. No es lícito al partidor cambiar los bienes inventariados ni su valor, para la adjudicación de las especies a los asignatarios, según el artículo 1391. Objetada la partición por "errores notorios en la discriminación, linderos y componentes de los bienes que desfiguraron totalmente la verdad procesal vivida con los inventarios y avalúcs de los bienes", respondió el fallo recurrido "que en las 'Notas' se encuentran los linderos de los lotes, los cuales están de acuerdo con las diligencias de inventarios", pero no advirtió y pasó por alto el fallador, que el partidor no adjudicó bienes raíces, sino bienes muebles, porque el **título** de propiedad con el cual adjudica los bienes, es el de acccionista o sea título personal mueble; a cambio del verdadero título que les corresponde, o sea el de condueños o dueños en común o proindivisamente, o copropietarios de derechos hereditarios en una comunidad singular, vinculados en determinado inmueble".

b) Por el mismo concepto anterior, se "incurrió en error de hecho manifiesto y evidente con lo cual se quebrantó indirectamente los artículos 948, 1010, 1401 del C. C.; y directamente los artículos 1394 y 1392 ibidem, porque no se distribuyeron en la partición los efectos hereditarios inventariados y avaluados en el juicio, sino bienes distintos, **acciones** que pueden dar derecho a la **cosa** pero no **en la cosa**".

c) En la partición se incurrió en el fundamental error de dejar indeterminado el inmueble a que se refiere la "Nota Segunda". "En efecto, el inmueble en referencia fue determinado por el partidor suprimiéndole el lado **occidental** y en cambio señalándole dos lados **orientales**. Error de hecho visible que aparece de modo manifiesto en la determinación del referido lote. Así quedó sin identificar como cuerpo cierto y en desacuerdo con la diligencia de inventarios. Y el error de hecho alegado en las objeciones a la partición y reconocido por la parte contraria, fue desechado por el fallo recurrido, con lo cual quebrantó indirectamente los artículos 669 y 762 del C. ..; 27 de la Ley 63ª de 1936 y 967 del C. J.; y directamente los artículos 1392 y 2594, incisos 1º y 2º del C. C.

Se considera:

Los dos primeros reparos versan sobre defectos en la redacción de la cuenta presentada por el partidor. En verdad en esa acta se emplea impropiamente la expresión a que alude el impugnador. Pero por incorrecta que sea la fórmula criticada, de ello no puede deducirse la violación de las disposiciones citadas, porque ella no se opone al fin esencial de la partición, como es el de poner término a la indivisión, la cual desaparece desde el momento en que los derechos de los herederos sobre la masa global hereditaria se concretan sobre determinados bienes, lo que acontece con la adjudicación **ad valorem** o material de los mismos. Más cuando, como en el presente caso, el partidor tuvo como base para las adjudicaciones el inventario de los bienes herenciales y su respectivo avalúo pericial, circunstancia que fue la que tuvo en miente el Tribunal para aprobar el mencionado trabajo.

Además, la cuestión planteada en este cargo, no fue formulada como objeción en el respectivo pliego presentado ante el Juzgado del conocimiento. Y como es sabido, "el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no dá campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino la del término del traslado que de la cuenta dá a las partes el Juez".

En cuanto al error de hecho, por hallarse indeterminado el lindero occidental del inmueble a que se refiere la "Nota Segunda" del mismo trabajo, cabe observar, que no existe tal indeterminación. El aparece definido en el título por medio del cual el causante adquirió dicho bien, y en la diligencia de inventarios y avalúos, sólo que por un **lapsus cálami**, en el escrito presentado por el partidor, se repitió la palabra oriental, por la occidental. Error que no incide en la parte resolutiva del fallo, pues, a la misma decisión habría de llegar la Corte en el que le correspondiera dictar para reemplazarlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 23 de febrero de 1949, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CURADURIA LEGITIMA. — ESTA REPRESENTACION NO PUEDE EJERCERSE SIN EL CORRESPONDIENTE DISCERNIMIENTO

1.—El artículo 946 del C. C., define lo que es acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituir. De consiguiente, es condición indispensable para que prospere una acción de esta naturaleza que demuestre quien la ejercite ser dueño de un bien determinado, no estar en posesión del mismo, y que ese bien lo posea la persona que se designe como demandada. Sin que estos tres hechos fundamentales se demuestren con plenitud, no puede decirse que la acción reivindicatoria puede prsoperar.

2.—El artículo 457 del C. C., dispone que la curaduría legítima corresponde en tercer lugar a los ascendientes legítimos de uno y otro sexo, es decir, a la falta del padre y de la madre del incapaz; pero esa representación no puede ejercerse sin el correspondiente discernimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Procedente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y en virtud del recurso de casación propuesto contra la sentencia dictada con fecha 4 de julio de 1949, vino el juicio ordinario promovido por Bernardino Cardoso B. contra Valerio Oliveros. En la demanda se pide lo siguiente:

"**Primera.**—El demandado Valerio Oliveros restituirá al demandante las mejoras de la finca del Guadual y el terreno en que se hallan plantadas con sus frutos naturales y civiles percibidos y no solamente los percibidos sino también los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la finca en su poder. Si los frutos no existen, deberá el valor que hubieran tenido y pagará también los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la finca de julio de mil novecientos treinta y siete en adelante hasta la entrega.

"**Segunda.** — El demandado restituirá a la vez las llaves de las puertas de la casa de habitación que había en ella y los candados y cadenas que aseguraban las puertas de entrada a los potreros de la finca.

"**Tercera.**—El demandado pagará los perjuicios del despojo y los que ha originado la privación del goce de la finca en el tiempo transcurrido o provenientes de la indebida administración.

"**Cuarta.**—El demandado pagará las costas del juicio si se opone".

"Linderos de la finca del Guadual: Norte, el camino del Guadual que conduce de la montaña a la ciudad de Neiva; oriente, cerramientos de Belisario Perdomo y Adela Arce Romero; Sur, potreros de Pío Losada y Agustín Alvarez; Occidente, el camino de San Mateo —hoy Rivera— que conduce del Guadual a la población de Rivera, antiguamente San Mateo y cerramiento de Rafael Cuéllar, hoy de Jacinto Cuéllar. Esta finca radica dentro de la comunidad del Guadual y de Pantanogrande, en jurisdicción de Rivera. Los linderos del Guadual son estos: 'De un mojón de piedra que está a orillas de la quebrada del Guadual pasando por otra línea recta a la quebrada de La Honda en la desembocadura de la zanja de Las Arenas; de este punto, quebrada de La Honda arriba hasta enfrentar con otro mojón de piedras que está al borde de un barranco en la misma quebrada; de este mojón pasando por otros de piedra, línea recta a la quebrada del Guadual y ésta aguas abajo, hasta el primer lindero'.

"Lindero de Pantanogrande: Norte, la quebrada del Guadual; Oriente, el globo común de Guadual de los Cuéllares; sur, el riofrío; y occidente, terrenos del globo común del Diomato pasando la línea divisoria por la mitad de Pantanogrande". "Quinta. Petición o declaración: El demandado restituirá también la casa de San Mateo, hoy Rivera, alinderada así: norte, solar de la casa de Manuel

Escobar; oriente, calle en medio con casa y solar de Francisco Narváez de Crespo; sur, con la calle pública de la población de Rivera; y occidente con el solar de la casa que fue de Delfín Dussán por los cercos respectivos. "Esta casa es de bahareque y palmicha con cocina de la misma construcción, servicio sanitario, solar esquinero cercado de piedra y barro y en parte de guadua".

Como hechos fundamentales enumeró los siguientes: "1º El demandante adquirió derecho real sobre la finca del Guadual poseída hoy por el demandado y con aquella adquisición entró a poseerla de manera exclusiva restableciéndola y ejecutando hechos positivos de señor o dueño sin intervención del demandado;

"2º El demandante reconstruyó los cercos y los corrales, replantó los pastos por medio de roserías de los potreros y riego de semillas, la tuvo en su poder por sí mismo o por medio de arrendatarios y fue reconocido dueño de tales mejoras por tiempo mayor de cinco años continuos;

"3º El demandante fue privado por medio de la fuerza del goce de las mejoras de su propiedad por medio de despojo del Juez Primero de este Circuito el año de mil novecientos treinta y siete, cuando provisto de herrero con cegueta y de fuerza armada, rompió las cadenas y los candados que la mantenían asegurada y la secuestró para asegurar bienes incorporales embargados en una ejecución ya fenecida;

"4º El embargo no había sido de bienes corporales sino de derechos indeterminados que pudiera tener el demandado sobre la comunidad del Guadual y el secuestro se hizo para facilitar la aprehensión de cuerpo cierto por hallarse la comunidad comprendida en diversas fincas y no tener el demandado posesión sobre ellas.

"5º Cuando el demandante dueño de las mejoras volvió a ocupar la finca con ganados, el demandado lo repelió por la fuerza llevándole sus ganados al coso, rompiendo nuevamente las cadenas y candados e impidiéndole el goce de lo propio restablecido sin su anuencia;

"6º Durante la pésima administración del demandado, la finca se deterioró hasta el extremo de acabarse el pasto, esterilizarse el terreno por el cultivo del arroz con riego de corrientes impetuosas, de perder varias acequias de regadío por falta de ejercicio, de permitir el establecimiento de servidumbres de tránsito, de perder la casa de habitación de la finca sus comodidades de confort.

"7º La finca en que radican las mejoras que debe restituír el demandado, se componía: de seis potreros de pasto artificial, limpios y debidamente cercados, provistos todos de riego abundante; casa de habitación de bahareque y palmicha en buen estado con solar cultivado de sementeras; de tres matas de guadua en producción; puertas de golpe de madera en todos los potreros; corral de piedra y otros materiales, palmicha y maderas para la conservación de la finca; exención de servidumbres de tránsito y seguridades en las puertas.

"8º La casa de Rivera estuvo también en poder del demandante durante varios años no interrumpidos y al suceder el despojo de la finca del Guadual se consumó también el despojo de la mencionada casa que había poseído exclusivamente el demandante por medio de sus arrendatarios;

"9º Este inmueble sufrió también el deterioro consiguiente durante la administración del demandado.

"El valor de las mejoras tiene hoy como valor comercial la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) y ésa es la cuantía de este asunto.

"10º El demandado no tiene título inscrito de sus derechos sobre las comunidades de Mesa del Guadual y Pantanogrande ni siquiera copia de la diligencia de remate".

El demandado al contestar la demanda se opuso a las declaraciones impetradas negó la mayoría de los hechos y propuso una excepción dilatoria, la que se tramitó en forma legal y fue fallada negativamente.

Tramitada la primera instancia de acuerdo con la ley, en el término probatorio las partes hicieron uso de sus respectivos derechos trayendo copias de varios documentos auténticos y haciendo que se recibiera la exposición de varios testigos los que depusieron de acuerdo con las pretensiones de la parte que los citó. El Juez de la primera instancia dictó su sentencia el 8 de septiembre de 1948 absolviendo al demandado de los cargos de la demanda y condenando en costas al actor.

Contra este fallo interpuso apelación el demandadnte y el Tribunal Superior de Neiva en la sentencia que se citó al principio, confirmó la de primera instancia haciendo igual condenación en costas.

Tramitado el recurso, conforme a la Ley, el recurrente acusa la sentencia así:

"El motivo por el cual acuso el aludido fallo del Tribunal senteciador, es el primero de los previstos en el artículo 520 del C. J., o sea por ser él

violatorio de la ley sustantiva, de acuerdo con los conceptos siguientes:

Capítulo II

"El sentenciador incurrió en error evidente de hecho que lo llevó a violar los artículos 946, 947, 949 y 950 del C. C., al afirmar, después de aceptar la viabilidad de la acción reivindicatoria en cuestión, y por lo que hace a la propiedad de las mejoras reivindicadas, que 'examinando las pruebas aducidas por el demandante, tan sólo uno o dos testigos hablan de rocerías y de reforce de cercas, como también que no parece claramente establecido que las mejoras alegadas por el actor abarquen la totalidad de la finca de El Guadual.' E incurrió, digo, en error evidente de hecho, porque dejó de apreciar los siguientes testimonios, explícitos todos al referirse precisamente a las circunstancias que echó de menos el Tribunal en los párrafos transcritos".

En el segundo capítulo de acusación el recurrente dice: "El sentenciador, además, en el mismo fallo recurrido infringió directamente los artículos 946, 947, 949 y 950 del C. C., puesto que no obstante reconocer 'que resulta comprobado el derecho de dominio que el demandante tiene sobre la cosa sujeta de la acción', son sus palabras, se negó a deducir las consecuencias que, establecido esto, necesariamente debe fluír a favor de mi poderdante de tales disposiciones, pretextando que 'el derecho de dominio alegado no es absoluto o total sobre la cosa, sino en comunidad y conjuntamente con el demandado".

Concretando las acusaciones del recurrente, que divide en cuatro capítulos, todas las apoya, según lo transcrito atrás, en la primera causal de las enumeradas en el art. 520 del C. J., o sea la de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

En el primer capítulo sostiene que la sentencia es violatoria de los artículos 946, 947, 949 y 950 del C. C., por cuanto dejó de apreciar varias de las declaraciones traídas por el demandante en apoyo de sus derechos y que hablan de la posesión exclusiva ejercida por el mismo como dueño y señor de la finca de El Guadual.

En el segundo capítulo acusa la sentencia de ser violatoria de los mismos artículos del Código Civil, por cuanto el Tribunal a pesar de reconocer el derecho de dominio que el demandante alega sobre la cosa materia del pleito, se negó a decretar la reivindicación, pretextando que tal derecho no es absoluto o total sobre la cosa sino en comunidad conjuntamente con el demandado.

En el tercer capítulo acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 946, 952, 981, 762, 772 y 774 del C. C., por cuanto que, según el recurrente, el Tribunal dejó de apreciar los testimonios que obran en el juicio y que demuestran, según él, que el demandado es el actual poseedor del inmueble de que se trata y que es poseedor violento, según lo afirmó el mismo Tribunal al ponerle fin al incidente de excepciones dilatorias propuestas en este juicio.

Por último en el capítulo cuarto, alega que el fallo viola las mismas disposiciones del C. C. citadas en el cargo 3º, al afirmar que a Concepción Oliveros, en el juicio de sucesión de Silveria hereditarios, quien a su vez los transmitió por causa de muerte a su hijo Luis Angel Mora. Que el Tribunal violó las disposiciones de que acusa el fallo, por cuanto conceptuó que el demandado poseía la finca de El Guadual a nombre de su nieto sin que haya demostrado en parte alguna la representación de éste.

El demandante Cardoso alega haber sido poseedor único del predio de El Guadual y dueño de las mejoras plantadas en él, pero de las pruebas que trajo su apoderado así como las que trajo el apoderado del demandado y que obran en el expediente resulta demostrado con plenitud que tal alegación es infundada.

En efecto:

El apoderado de Oliveros trajo a los autos copia del memorial firmado por Cardoso con fecha 22 de septiembre de 1933, dirigido al Juez 1º Civil del Circuito de Neiva, mediante el cual solicita embargo preventivo de la finca de El Guadual y sus mejoras, o sea del inmueble que se pretende reivindicar, que en esa fecha poseía el señor Valerio Oliveros, o sea el propio demandado. En esta diligencia, que tuvo lugar el 21 de noviembre de 1933, se encontró al señor Valerio Oliveros como poseedor del inmueble, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 281 del C. J., el secuestro se hizo efectivo entregándole la finca y las mejoras al depositario, señor José Antonio Calderón. Este secuestro continuó indefinidamente hasta que en el año de 1937, el demandado Oliveros solicitó del mismo Juez que cambiara el secuestre y al efecto, con fecha 15 de abril de 1937 se practicó

la diligencia entregándole el inmueble al nuevo secuestre, señor Castor Santofimio y definiendo de una vez por todas, todo lo relacionado con el secuestro.

En esta diligencia Cardoso se opuso a que el secuestro se llevara a cabo, pero el juez le negó su oposición, como puede verse de los siguientes apartes de la diligencia.

El Juez dijo entonces:

"Acto seguido el Juzgado procedió a considerar la oposición del señor Cardoso para lo cual considera: en la diligencia de secuestro verificada el día 5 de abril de 1935, el señor Cardoso hizo igual oposición a la de hoy y el Juzgado resolvió llevar a efecto el secuestro no solamente del terreno sino también de las mejoras, y resolviendo que el señor Oliveros ejecutado era poseedor inscrito de la finca. Posteriormente este Juzgado resolvió la articulación de desembargo propuesta por Cardoso V., en el sentido de negar el desembargo, porque no apareció por parte alguna la prueba que el articulante fuera el poseedor de la finca, ni que las mejoras de ella las hubiera puesto él. Apelado dicho auto el H. Tribunal resolvió en el suyo de fecha 13 de agosto de 1936, confirmándolo (sic) con las mismas razones expuestas por el Juzgado en el auto apelado y reconociendo que las mejoras reclamadas ya existían cuando al ejecutante y al ejecutado se les adjudicó la finca en el juicio especial sobre venta de bienes hipotecados que siguieron contra Juan de Jesús Fierro. En cuanto a la copia de la diligencia de entrega que le hizo el Juez 1º Municipal, el 11 del mes pasado, el Juzgado considera que tuvo lugar en virtud de un lanzamiento decretado contra el señor Alberto Gasca, como arrendatario y el señor Cardoso como arrendador, pero en ningún caso este documento viene a constituír un título de propiedad; y por otra parte, eso fue establecido y decretado después de estar la finca embargada y secuestrada por este Juzgado, sin que el auto de embargo se haya revocado, ni tal diligencia es suficiente para que por ella se revoque de hecho la misma providencia de embargo, pues cuando se estableció el juicio de lanzamiento y falló, la finca estaba fuera del comercio y en poder únicamente de la justicia.

"Por las razones expuestas anteriormente, el juzgado no acepta la oposición del señor Cardoso, por ser ya cosa juzgada que él no tiene derecho a oponerse al depósito de las mejoras que manifiesta le pertenecen, por haberlas puesto a su costa y trabajo en la finca tantas veces citada, y procede a efectuar la entrega al secuestre".

La anterior transcripción demuestra con absoluta claridad, cuál es la verdadera situación de la finca cuya reivindicación se pide. Es indudable que mediante un juicio ejecutivo, adelantado contra el señor Juan de Jesús Fierro, demandante y demandado obtuvieron la adjudicación de la finca, junto con sus mejoras, la entrega de la misma debió verificarse —no hay copia del acta respectiva— el 14 de agosto de 1933, según copia del auto de fecha 31 de julio del mismo año. En esta providencia el Juez 1º del Circuito de Neiva negó al señor Valerio Oliveros reconocer a Bernardino Cardoso como su apoderado para que lo representara en el acto de la entrega, de consiguiente, es de suponer que esa entrega se verificó conjuntamente a los adquirentes.

Así las cosas, no hay base para sostener que uno de los dos ha plantado mejoras a su costa y a título de señor y dueño.

Los cargos que se formulan contra la sentencia, como se sintetizó atrás, todos se apoyan en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., y se citan como violados los artículos 946, 947, 949 y 950 del Código Civil.

El primero de los textos citados define lo que es acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituír. De consiguiente, es condición indispensable para que prospere una acción de esta naturaleza que demuestre quien la ejercite ser dueño de un bien determinado, no estar en posesión del mismo, y que ese bien lo posea la persona que se designe como demandada. Sin que estos tres hechos fundamentales se demuestren con plenitud, no puede decirse que la acción reivindicatoria puede prosperar.

El 947 del mismo Código, dice que pueden reivindicarse no sólo las cosas muebles sino también las inmuebles; el 949, permite la acción reivindicatoria contra una cuota determinada proindiviso de una cosa singular; es decir permite al comunero reivindicar contra un tercero, o contra otro comunero que le arrebate sus mejoras. Finalmente, el 950, no hace sino repetir lo que dijo el 946, al fijar la persona que puede intentar la acción.

Estas cuatro disposiciones son las que cita el recurrente como violadas en los dos primeros cargos. En los dos últimos, cita además los artículos 952, 981, 762, 772 y 774 del C. C.

El demandante, con un sinnúmero de declaraciones, algunas de las cuales cita el recurrente en su demanda, pretendió demostrar que él plantó las mejoras que están sobre la finca de El Guadual, pero contra esa prueba está la consignada en un documento público, como es el acta de la diligencia de secuestro, practicado el 15 de abril de 1937 que arriba se transcribió, y la copia del acta de remate, que el demandante resolvió no citar en su demanda. Por el contrario, en la petición primera dice:

"El demandado Valerio Oliveros restituirá al demandante las mejoras de la finca de El Guadual y el terreno en que se hallan plantadas con sus frutos naturales y civiles percibidos y no solamente los percibidos sino también los que el demandante hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, teniendo la finca en su poder".

En el hecho 1º de la demanda sostiene el mismo demandante que él adquirió un derecho real sobre la finca y que entró a poseerla exclusivamente, dejando la sensación de que reclamaba un cuerpo cierto no un derecho en común sobre un predio indiviso.

El Tribunal a espacio estudia las pretensiones del actor, y al efecto en algunos de sus apartes dice:

"El apoderado del demandante en su alegato de esta instancia se empeña en sostener que la acción reivindicatoria recae en este caso únicamente sobre las mejoras y no sobre el terreno en que se hallan plantadas; y que, por consiguiente, no es el dominio sobre la tierra lo que dá derecho a la acción incoada, sino la propiedad de las mejoras a que alude la demanda, necesitándose para la comprobación del dominio del suelo el título escriturario de adquisición, debidamente registrado, más no para demostrar el dominio de las mejoras.

"El señor apoderado del demandado para rebatir esta afirmación de su contraparte, transcribe, con buen juicio, la primera súplica de la demanda, de la cual resulta, que la acción reivindicatoria comprende "las mejoras de la finca de El Guadual y el terreno en que se hallan plantadas."

"Pero aún suponiendo que se tratase de reivindicar unas mejoras establecidas por el comunero Cardoso sobre la comunidad y de las cuales se hubiese visto privado por el comunero Oliveros, lo que sí es perfectamente aceptable en el derecho procesal, habría sido menester, para que la acción prosperase, que el demandante hubiese establecido que dichas mejoras habían sido puestas a sus propias expensas, estableciendo de modo claro en qué consistían y cómo se hallaban delimitadas dentro de la comunidad, si es que comprendía solamente una parte de ella. "El demandante alega entre los hechos de la demanda el de la implantación por él de mejoras determinadas, pero es muy dudoso que puedan considerarse como mejoras establecidas por el demandante y sobre las cuales pueda reclamar su posesión y dominio las que se enuncian en el hecho segundo de la demanda en la forma siguiente:

"El demandante reconstruyó los cercos y los corrales, replantó los pastos por medio de rocerías de los potreros y riego de semillas, la tuvo en su poder por sí mismo..." Porque tales actos más parecen de simple conservación de la cosa que de mejoras que aumentan realmente el valor venal de la finca en que se establece, porque, en efecto, la práctica enseña que las cosas se deterioran por el uso natural de ellas y que en materia de fincas rurales es preciso reparar las cercas, rozar los potreros y aún regarles semillas cuando la naturaleza de las tierras no es tan óptima que no permita el agotamiento de los pastos.

"Pero aún suponiendo que tales actos pudiesen considerarse como implantamiento de mejoras que aumenten el valor venal de la cosa, examinando las pruebas aducidas por el demandante, tan sólo uno o dos testigos hablan de rocerías y de reforce de cercas".

Estas afirmaciones del Tribunal corroboradas con las constancias que dejó el Juez 1º del Circuito de Neiva, en la diligencia de entrega que tuvo lugar el día 15 de abril de 1937, se encargan de desvirtuar por completo las pretensiones del actor.

De otro lado, el recurrente no dice el concepto por el cual el Tribunal violó los artículos que invoca como fundamento de sus cargos. El inciso 2º del artículo 520 del C. J. dice:

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, **demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de hecho o de derecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".**

Esta prueba no aparece por ninguna parte en el alegato de casación.

Hasta aquí los tres primeros cargos son infundados; resta únicamente estudiar el cuarto cargo, o sea el relacionado con el argumento de la parte demandada, de que los derechos que adquirió con-

juntamente con el demandante en el juicio ejecutivo seguido contra Fierro, pertenecen hoy a su nieto, señor Luis Angel Mora, porque en la sucesión de su esposa Silveria Quintero de Oliveros, se adjudicaron esos derechos a su hija Concepción, quien murió, lo mismo que su esposo, dejando como único heredero a su hijo Luis Angel Mora. La parte demandada alega que tiene la finca de El Guadual a nombre de su nieto y para ello trajo a los autos las partidas que demuestran el parentesco de consanguinidad con éste, y copia de la hijuela formada a Concepción Oliveros, madre de Luis Angel Mora en la sucesión de su madre la señora Silveria Quintero de Oliveros, expedida por el Notario 1º del Circuito de Neiva. En esta hijuela se adjudica el total derecho que adquirió el demandado en el juicio ejecutivo seguido conjuntamente con el demandante, contra Fierro, sobre la finca de El Guadual.

Es verdad que el Tribunal acepta las pruebas de origen notarial con las que se demuestra que el derecho que adquirió el demandado fue adjudicado en la sucesión de su esposa a su hija Concepción Oliveros. El demandado desde el primer momento presentó este hecho como excepción que le fue negada al fallarse el incidente respectivo; pero luégo el Tribunal en la sentencia que se examina, acepta que el demandado Oliveros está ejerciendo una agencia oficiosa al tener la finca a nombre de su nieto. No demostró tener la representación legal, discernida en un juicio de curaduría; pero sí dá una razón muy valedera, como es la atención que debe tener sobre los bienes de su nieto, corroborada con la prueba de la posesión inscrita del mismo derecho.

El artículo 457 del C. C. dispone que la curaduría legítima corresponde en tercer lugar a los ascendientes legítimos de uno y otro sexo, es decir, a la falta del padre y de la madre del incapaz; pero esa representación no puede ejercerse sin el correspondiente discernimiento. Valerio Oliveros es el abuelo materno de Luis Angel Mora, según las partidas de origen eclesiástico y notarial que obran en el expediente; pero no hay prueba de que el Juez, siguiendo el procedimiento establecido en el Código Judicial, en armonía con los arts. 463 y siguientes del C. Civil, le haya discernido esa guarda al demandado; en esto el recurrente tiene razón, pero no como fundamento de un cargo contra la sentencia porque por este aspecto no hay violación de ley sustantiva; pero como el demandado desde el primer momento, afirmó no poseer a nombre propio sino a nombre de su nieto, y al efecto llevó la prueba de su afirmación, cumplió exactamente con lo dispuesto en el artículo 214 del C. J., a fin de que el demandante pudiera dirigir la acción contra la persona que debía responder.

Las razones que preceden serían bastantes para negar este cuarto cargo, si por otra parte, la diligencia de secuestro que se copió atrás, no demostrara que las mejoras y los derechos que Oliveros remató, están desde el año de 1933 embargados y secuestrados; es decir, de los documentos que tiene al estudio la Sala resulta que ninguno de los litigantes puede ejercer actos materiales de posesión.

La Sala estima que las consideraciones hasta aquí expuestas son bastantes para negar el recurso y no casar la sentencia.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de fecha cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ACREEDOR HIPOTECARIO PUEDE DEMANDAR UNICAMENTE A QUIEN POSEA LA FINCA GRAVADA

En sentencia de 29 de mayo de 1941, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

"a) La hipoteca es un derecho real que afecta el dominio y puede afectar a la postre, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, inscrita o material. De ahí que el artículo 2452 del C. C. siente el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.'

"b) El antiguo Código Judicial adolecía del vacío de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria, adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. Según el artículo 1022 de esa extinguida obra, cuando se persiga una hipoteca el ejecutado será el que con juramento y bajo su responsabilidad designe el ejecutante, como actual poseedor de la finca hipotecada. Desarrolla ese mismo principio el artículo 1045 cuando dice que, en tal caso, las notificaciones se entenderán con el deudor obligado o con un defensor que lo represente, que defienda la hipoteca, en cuanto hubiere lugar".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

La señora Magdalena Angel de Velásquez por medio de apoderado y con fecha 8 de junio de 1948, ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, demandó al señor Manuel Angel para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º—La señora Magdalena Angel de Velásquez es propietaria única de un derecho proindiviso de mil cuatrocientos noventa y ocho pesos ($ 1.498) sobre un avalúo de cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500) en el inmueble descrito en el numeral tercero de esta demanda y conforme se especifica en el título correspondiente que es la hijuela número 3 de la escritura número 3.303 de 14 de agosto de 1929, pasada en la Notaría 2ª de esa ciudad de Medellín.

"2º—Ningún título es oponible al que legítimamente tiene mi mandante, la señora Magdalena Angel de V., habido en la sucesión de su madre Mercedes Angel, por haberlo heredado en debida forma y no haberlo transmitido por ninguno de los medios especificados para ello. Cualquier otro título de la cuota inmobiliaria dicha es nulo, porque esa cuota no ha salido del patrimonio de mi poderdante.

"3º—Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el demandado Manuel Angel, está en la obligación de poner en posesión legítima, real y material a mi mandante, la señora Magdalena Angel de V. de la cuota inmobiliaria especificada en la escritura número 3.303, hijuela número 3 que le fue adjudicada a dicha mi mandante, y dentro del término que le señale después en la ejecutoria de la correspondiente providencia.

"4º—El demandado está en la obligación de restituir la parte proporcional correspondiente de los frutos de que es propietaria mi mandante. Para efectos de dicha restitución, el demandado se considerará de mala fe de conformidad con lo estatuído y determinado por el artículo 964 del C. C.

"5º—En todo caso, el demandado debe pagar las costas del juicio".

Como subsidiarias impetró las declaraciones que a continuación se expresan:

"1ª—El demandado Manuel Angel está en la obligación de pagar a mi poderdante el valor correspondiente, a la fecha de la sentencia, de la cuota hereditaria contenida en la hijuela número 3 de la escritura número 3.303 de 14 de junio de 1929 pasada en la Notaría 3ª de esta ciudad; en virtud de que habiéndosele adjudicado la hijuela de gastos en la sucesión de Mercedes Angel y de habérsele indemnizado suficientemente para que se hiciera cargo de una deuda hereditaria a favor de Antonio Gaviria, no satisfizo esa obligación,

de tal modo que por su culpa y a su cargo, salió del patrimonio de mi mandante la cuota del inmueble descrito en el numeral tercero de la demanda.

"2ª subsidiaria.—Como consecuencia de la anterior declaración el demandado Manuel Angel está en la obligación de pagar asimismo los frutos de la cuota de que habla la hijuela número 3 de la escritura número 3.303, desde la fecha de la misma hasta que se haga el pago, tiempo desde el cual adquirió mi mandante la cuota inmobiliaria dicha y que es la misma fecha que se considerará para la restitución de que habla la petición 4ª principal".

El demandado, padre de la demandante, en memorial de 9 de agosto siguiente contestó la demanda negando la mayoría de los hechos, oponiéndose a las declaraciones pedidas y proponiendo las excepciones de petición antes de tiempo, petición de modo indebido y la que resulte de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Con la demanda se presentó copia parcial del trabajo de partición de los bienes de la sucesión de la señora Mercedes Angel de Angel, cuyo juicio de sucesión se protocolizó en la Notaría 2ª de Medellín. La copia acompañada es la correspondiente a la hijuela formada a la demandante en el juicio de sucesión dicha, mediante el cual se le adjudicó en común y proindiviso una cuota de $ 1.498 sobre un avalúo de $ 4.500, dado a un globo de terreno distinguido por los siguientes linderos:

"Por el frente, con la carretera que gira para Medellín; por un costado, con propiedad de Juan Pablo Arangó, Francisco Villa, Gonzalo López y Jesús M. Estrada; por atrás, con predio de Jesús M. Estrada; y por el otro costado, con herederos de Antonio Lema y con una calle de servidumbre".

En la primera instancia la parte demandante, fuéra de la copia de la hijuela formada a la señora Angel de Velásquez en la sucesión de su madre, no se trajo ninguna otra prueba. El demandado tampoco hizo uso del término probatorio para allegar pruebas al proceso.

El Juez del conocimiento en sentencia que lleva fecha 30 de septiembre de 1948, absolvió al demandado de los cargos que contra él se formularon y ordenó la cancelación del registro de la demanda. Apoyó su resolución en que la parte actora no demostró o estableció la identidad del inmueble cuyo dominio reclama. Apelada la sentencia de primera instancia el Tribunal Superior de Medellín con fecha 10 de septiembre de 1949 desató la litis en la forma siguiente:

"1º—La señora Magdalena Angel de Velásquez es propietaria de una cuota de $ 1.498 en relación con un avalúo de $ 4.500 en el inmueble determinado en el hecho 3º de la demanda, según la hijuela número 3 formada a la actora en el juicio de sucesión de la señora Mercedes Angel de Angel, la cual fue protocolizada por medio de la escritura número 3.303 de 14 de agosto de 1929 de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín.

"2º—Ordénase la restitución de la cuota determinada en el aparte anterior a la demandante señora Magdalena Angel de Velásquez, lo que se hará por el demandado una vez ejecutoriada esta sentencia.

"3º—La parte demandada es considerada como poseedora de buena fe para el efecto de las prestaciones mutuas las cuales se liquidarán a su tiempo y por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

"4º—No hay lugar a hacer las demás declaraciones.

"5º—Se declaran no probadas las excepciones opuestas en la contestación de la demanda".

En esta segunda instancia ambas partes hicieron uso del término probatorio; el demandado en forma legal hizo venir a los autos copia de la escritura pública número 482 de 1º de marzo de 1924 de la Notaría 1ª de Medellín, por la que Florencio Alvarez vendió a Manuel M. Angel una finca raíz deslindada así: "Por el frente u oriente, con la carretera que de esta ciudad conduce a Itagüí; por el Norte, con la quebrada Jabalcona y terrenos de Evaristo Villa; por el centro u Occidente, con predios de Tomasa Estrada y Eleuterio Gaviria; por el Sur, con propiedad de los herederos de Antonio Lema y una calle de servidumbre". También hizo venir a los autos en forma legal, copia de algunas de las piezas del expediente que contiene el juicio ejecutivo que Antonio J. Gaviria adelantó ante el Juez primero Civil del Circuito de Medellín contra el señor Manuel M. Angel. Estas copias son, la de la demanda, la del auto ejecutivo; las de intimación de este auto; la de la diligencia de remate, la del auto aprobatorio del mismo, la de la nota de registro del remate y una nueva copia de la escritura número 482 de 1º de mayo de 1924 del Notario 1º de Medellín, de que ya se habló.

A su vez la parte demandante acompañó una

carta fechada el 9 de febrero de 1942, firmada por el señor Manuel Angel y dirigida a la señora Magdalena Angel de V., una copia de la hijuela formada al demandado en la sucesión de su esposa por su cuota de gananciales en la sociedad conyugal, una nueva copia de la escritura 482 de que ya se habló; una copia de la hijuela número 1 formada en la partición de bienes pertenecientes a la sucesión de Mercedes Angel de Angel por la suma de $ 1.504, en derechos común y proindiviso sobre la finca inventariada, como hijuela de deudas, que se adjudicó al señor Manuel Angel para pagar los gastos en el juicio de sucesión y el crédito hipotecario. Con esta copia viene la del auto aprobatorio de la partición y la de la nota de registro de la hijuela en el libro de Causas Mortuorias únicamente; un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Medellín, de fecha 26 de marzo de 1949 en el que se hace constar que la hijuela formada a la demandante en la sucesión de su madre no ha sido cancelada por ninguno de los medios que señala el artículo 789 del C. C. Hizo que se recibieran declaraciones a José de la Cruz Arango, Juan Pablo Arango, Jesús M. Etrada y Aurentino Restrepo. También se recibieron posiciones al demandado que las absolvió el 31 de enero de 1949 y, finalmente, se hizo practicar una inspección ocular con intervención de peritos con el fin de identificar el predio demandado. Se trajo a los autos también copia de la partida de nacimiento de la demandada.

Estas son las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal al dictar el fallo cuyo recurso está estudiando la Sala.

La sentencia la acusa el recurrente así:

"Acuso la sentencia de 19 de septiembre de 1949, proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Magdalena Angel de Velásquez contra Manuel Angel, por ser violatorio de la ley sustantiva, de la cual infringió las siguientes disposiciones: artículos 1583 y 1748 del C. C.; 457 del C. J.; 213 de la ley 105 de 1890; 2º y 40 de la ley 153 de 1887. Alego, por tanto, la primera causal del artículo 520 del C. J."

Luégo el autor del recurso hace una extensa disertación sobre la negativa del fallador a reconocer las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, emite conceptos y hace suposiciones que no están respaldadas en el expediente. Finalmente, funda así el recurso:

"10—El artículo 213 de la Ley 105 de 1890, otorgaba el derecho a reivindicar bienes rematados en juicios ejecutivos sin imponer la obligación de que fuese declarada previamente la nulidad de tales remates. Esta disposición fue aplicada indebidamente por el fallador porque habiendo sido iniciado el juicio en mil novecientos cuarenta y ocho, debió aplicar en su lugar el ordinal 2º del artículo 457 de la ley 105 de 1931, que abrogó el primero desde el año de mil novecientos treinta y dos. La nueva disposición hace obligatoria la previa anulación del remate, con citación del rematante, y fue infringida en forma directa, por falta de aplicación.

"11. — Las normas procesales propias de cada juicio son de orden público, y por tanto, de obligatoria aplicabilidad desde el momento en que entran en vigencia. Según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tienen prevalencia las posteriores sobre las anteriores, principio que fue violado en la sentencia por infracción directa, por falta de aplicación.

"12.—También fue infringido en forma directa, por falta de aplicación, el artículo 1748 del C. C., el cual consagra el principio de que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, lo que significa que sólo se puede reivindicar contra un tercero después de declarada la nulidad del remate. Aquí se admitió la acción reivindicatoria contra el tercero Manuel Angel sin anulación previa del remate hecho por Antonio Gaviria.

"13.—De manera flagrante fue violado por el fallador en forma visible, por errónea interpretación, el ordinal 1º del artículo 1583 del C. C., que concede al acreedor hipotecario el derecho de dirigir su acción contra el heredero que en la partición recibió el encargo de pagar el pasivo, pues a Gaviria le niega este derecho, exigiéndosele que demande también a la coheredera por su cuota parte, cosa no prescrita en tal disposición y que pugna con lo dispuesto en el artículo 2433 del mismo Código, en donde se establece la indivisibilidad de la hipoteca.

"14.—El ordinal 3º del mismo artículo 1583 del C. C. otorga al acreedor el derecho de dirigir su acción contra el heredero que en la partición haya recibido el encargo de pagar la deuda, o contra cada uno de los herederos por la cuota correspondiente. El fallador no tuvo en cuenta este derecho de opción, puesto que si así lo hubiese hecho, la sentencia hubiera sido adversa a las pretensiones de la demanda, por cuyo motivo resulta esta disposición violada en forma directa, por falta de aplicación".

En los numerales 10, 11, 12, 13 y 14 que se acaban de transcribir, el recurrente expone los pun-

tos de derecho que en su concepto son suficientes para acusar el fallo.

En el expediente existen las copias pertinentes que del juicio ejecutivo citado, adelantó Antonio J. Gaviria con acción real y personal contra el demandado; allí se ve que por remate celebrado el 15 de junio de 1932, que aprobó el juez de la causa en providencia de 20 de junio siguiente y que se registró en la oficina correspondiente el 8 del mes de octubre del mismo año, la finca sobre la cual versa el derecho que quiere reivindicarse salió del patrimonio del demandado desde el año de 1932.

La parte demandante en la demanda, no reconoce este hecho en forma explícita aun cuando sí da a entenderlo en el hecho 9° de la demanda, cuando dijo lo siguiente: "Se ha negado el mentado señor Manuel Angel a poner en posesión de la cuota proindiviso que corresponde a su hija, mi poderdante, la señora Magdalena Angel de Velásquez, alegando para ello **transmisiones ilícitas**, simuladas o nulas de la misma propiedad, amén de pretendidos derechos de personas distintas en la cuota de mi mandante. Pero es lo cierto que la señora Angel de Velásquez no ha transmitido su hijuela". Luégo en el alegato de segunda instancia el apoderado de la demandante dice:

"En el caso presente el demandado Angel podría alegar para descontar la hijuela de la demandante en el juicio de sucesión, el proveniente del remate verificado por Antonio Gaviria en el año de 1931 (sic) y que al decir propio de él en la contestación de la demanda, adquirió nuevamente con posterioridad a dicho remate. Pero ya hemos visto que este título está viciado básicamente, porque en el remate tantas veces mentado, no actuaron los poseedores del inmueble en ese entonces, ya que fue denunciado como tal, solamente el señor Manuel Angel sin que la menor de ese entonces fuera llamada a comparecer en juicio, por sí, ni por interpuesta persona, ya que se le había conferido y otorgado una cuota en el inmueble que se trataba de rematar. Nulo es por tanto ese remate y no puede ser opuesto a la demandante, quien tiene su título vivo al tenor de la exposición que anteriormente hice. Carece, pues, de justo título el demandado para alegar prescripción porque el que tiene podrá talvez ser opuesto, al señor Gaviria pero no a la demandante quien tiene su título en regla".

El recurrente dice que al desconocer el Tribunal el derecho que el inciso 1º del artículo 1583 del C. C. da al acreedor hipotecario para demandar únicamente al codeudor que posea la cosa hipotecada, violó tal principio y el artículo 2433 de la misma obra, que establece la indivisibilidad de la hipoteca.

En realidad, la argumentación del recurrente es fundada, porque en el título por el cual la sociedad conyugal Angel Angel adquirió la finca, o sea la escritura 482 de 1º de marzo de 1924 de la Notaría 1ª del Circuito de Medellín, consta la deuda y aparece como único responsable de ella el señor Manuel M. Angel, o sea el demandado; por tanto, Gaviria tenía que demandar a éste, y no estaba obligado a enterarse de que en la sucesión de la esposa de Angel la finca había sido dividida, toda vez que en la acción real, que fue la intentada, se perseguía la cosa misma. Además, como lo anota el recurrente, el numeral 1º del artículo 1583 del C. C. concede al acreedor hipotecario la facultad para demandar únicamente a quien posea la finca gravada.

Y no se diga que a virtud de lo dispuesto en los artículos 1434 del C. C. y 451 del C. J., es necesario notificar los títulos ejecutivos contra los herederos del difunto antes de iniciar o seguir adelante la ejecución, so pena de nulidad, porque para llegar a este resultado la señora demandante, por lo menos como peticiones principales en este juicio, ha debido demandar la nulidad del remate y del juicio ejecutivo, citando para ello al señor Antonio J. Gaviria, a fin de que la nulidad pudiera decretarse con audiencia de quienes intervinieran en el juicio. Decretada la nulidad ya en peticiones principales de esta misma demanda o en juicio separado, era procedente la acción reivindicatoria al tenor de lo dispuesto en el artículo 1748 citado.

La Corte en repetidos fallos ha sostenido igual doctrina. En efecto en casación de 29 de mayo de 1941 dijo:

"Del estudio de tales normas y de su armónico contexto deduce la Corte las siguientes conclusiones:

"a) La hipoteca es un derecho real que afecta el dominio y puede afectar a la postre, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, inscrita o material. De ahí que el artículo 2452 del C. C. siente el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido;

"b) El antiguo Código Judicial adolecía del

vacío de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria, adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. Según el artículo 1022 de esa extinguida obra, cuando se persiga una hipoteca el ejecutado será el que con juramento y bajo su responsabilidad designe el ejecutante, como actual poseedor de la finca hipotecada. Desarrolla ese mismo principio el artículo 1045 cuando dice que, en tal caso, las notificaciones se entenderán con el deudor obligado o con un defensor que lo represente, que defienda la hipoteca, en cuanto hubiere lugar".

No debe olvidarse que la acción se intentó antes de la vigencia del actual Código Judicial, cuando no se exigía al acreedor para iniciar la acción otro requisito que el de designar bajo juramento al poseedor de la finca hipotecada.

En vista de lo que se deja dicho, y de la jurisprudencia transcrita, la Sala encuentra fundado este cargo y por tanto debe casarse la sentencia del Tribunal, en cuanto a la acción principal.

Casada la sentencia es preciso dictar la que corresponde en instancia. Lo hasta aquí dicho, sirve para negar, como ya se dijo, las peticiones principales, pero quedan por estudiar las dos peticiones subsidiarias transcritas al principio.

Estas peticiones son acciones personales que la demandante inició contra el demandado. En la primera, se pide que se condene a Manuel Angel a pagar a la demandante el valor de la cuota que a ésta se adjudicó en la sucesión de su madre y de que dá cuenta la hijuela antes citada. En la segunda petición, se pide que se le condene al mismo a pagar los frutos de esa cuota, desde la fecha en que se hizo la adjudicación hasta el día en que el pago se verifique.

En la sucesión de la esposa del demandado se adjudicó a éste una cuota de $ 1.504, sobre un valor de $ 4.500.00 dado al inmueble de que dá cuenta la escritura número 482 de 1º de marzo de 1924 de la Notaría 1ª de Medellín, para pagar con ella el crédito hipotecario por $ 1.100 constituído por el demandado a favor de Florencio Alvarez y las costas del juicio de sucesión. El resto de los derechos proindivisos se adjudicó por mitad al señor Angel y a su hija, quedando todos sometidos al gravamen hipotecario.

La adjudicación hecha al padre, constituye una verdadera dación en pago, que no es permitida tratándose de una sucesión donde hay menores, pero como el acreedor, según se anotó, ejercitó la acción real hipotecaria y en este juicio no hubo postor distinto del ejecutante, a pesar de la pública subasta, no se ve, la responsabilidad que tenga el padre de la demandante por el hecho del remate en el que ella haya perdido su hijuela y el valor de la misma. Si en este juicio se hubiera demostrado que el señor Manuel Angel, obró con culpa o dolo, es decir, de mala fe o con descuido en contra de su hija, entonces sería procedente la acción subsidiaria debido a estos actos dolbsos; pero tal prueba no sólo no se dio sino que ni siquiera se pretendió hacerlo.

El juicio de sucesión de la señora Mercedes Angel de Angel se liquidó y la partición de bienes fue registrada el 18 de julio de 1929. Antes de vencerse el año, o sea el 3 de julio de 1930, el acreedor hipotecario adelantó su acción real ejecutiva contra la finca que garantizaba su crédito. Seguramente el padre de la demandante no pudo cancelar la hipoteca durante el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda y la diligencia de remate. Entre estas dos fechas transcurrieron dos años, lo que indica que no hubo la colusión de que habla la demanda, porque si así hubiera sido, la acción no hubiera durado tanto tiempo.

El mismo señor Angel perdió la cuota que a él se le adjudicó a título de gananciales y es más, no sólo esa cuota, sino más del cincuenta por ciento del valor de la hijuela de deudas, ya que según el acta de remate, toda la finca se avaluó en $ 1.400 y después de varias licitaciones se adjudicó al ejecutante por el cincuenta por ciento de ese avalúo, o sea por $ 700.00.

Si la finca se hubiera rematado por una suma superior al valor del crédito hipotecario, por el excedente estaría obligado el demandado Angel a pagar proporcionalmente a su hija, la cuota que por este concepto le pudiera corresponder por razón de su hijuela, pero como se ha dicho, el remate se hizo por una suma inferior al valor del crédito hipotecario.

La síntesis anterior es bastante para negar también las peticiones subsidiarias y confirmar la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

En presencia de lo dispuesto por el artículo 538 del C. J. la Sala no entra a estudiar las otras causales alegadas.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha diez y nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve y CONFIRMA la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

En el Capítulo Tercero el recurrente expresa que existe prueba sobre los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, y que como el Tribunal no la declaró, cometió errores de hecho y de derecho; pero sin que el recurrente diga qué textos legales se violaron, lo cual es esencial para que el cargo tenga fundamento.

El Tribunal no examinó esos elementos de reivindicación, porque como se ha dicho, él se concretó al estudio sobre confrontación de posesiones, para declarar que ambas partes habían ganado por prescripción el dominio sobre el inmueble. Y dice el recurrente "que el fallador cometió error de hecho al afirmar que se está en el caso de confrontación de títulos que no pueden coexistir con el mismo valor probatorio, porque o es válido el del demandante o es válido el del demandado".

Muy bien. Pero para echar a tierra la confrontación, ha debido acusarla el recurrente, mostrando que en el examen que se adelantó sobre el título del demandado, se dio mérito a una escritura no traída a los autos, y a una posesión material que no fue establecida en forma legal. Pero no hizo esto el recurrente, y este cargo, como los otros, resulta inoperante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Un pequeño lote, llamado "El Pedregal", situado en el Municipio de Fontibón, es el objeto de este pleito. Le fue adjudicado a **Luis Arturo Angel** como cesionario de unos derechos hereditarios en el juicio sucesorio de Pilar Say y de José de Jesús Say, cuya partición se aprobó el veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y siete.

Mas resulta que por escritura 5.100 de la Notaría Cuarta de Bogotá, de 9 de octubre de 1944, registrada en noviembre 27 del mismo año, María Ascensión González vendió a Juan Antonio Cortés un derecho de usufructo sobre el lote llamado "El Pedregal", situado en Fontibón, con la siguiente explicación que se lee en aquella escritura: Que por la 2653 de 8 de diciembre de 1928, la mencionada González, acompañada de Santiago González y María Zoila González, vendieron a Rosa Emilia Jiménez el lote llamado "El Pedregal", pero se estipuló "que los vendedores se reservaban el usufructo de la finca vendida durante la vida de los vendedores y que si la compradora muriere antes que ellos, la finca volverá a poder de los vendedores sin indemnización ninguna por parte de ellos"; que los señores Santiago González y María Zoila González, en asocio de los cuales hizo la citada venta, ya fallecieron, y por consiguiente, la única sobreviviente de los vendedores es la compareciente; que por medio de la presente escritura la exponente cede a título de venta en favor de Juan Antonio Cortés el referido derecho de usufructo que se reservó al tenor de la escritura 2653, en las mismas condiciones pactadas en ella, es decir, que si la compradora muere antes de la actual vendedora, la tercera parte que le corresponde queda de propiedad del actual comprador Cortés. Y por escritura 518 de 16 de octubre de 1944, extendida ante el Notario de Agua de Dios, Rosa Emilia Jiménez vendió al citado Cortés el mismo lote "El Pedregal", comprado a los González por la citada escritura 2653, según se dice, advirtiendo que se exceptúa el usufructo a que tiene derecho María Ascensión Angelina González como única sobreviviente de los vendedores "que se reservaron tal derecho de por vida".

Sostiene Angel que el inmueble a que se refieren estas dos escrituras es su inmueble habido por adjudicación en el juicio mortuorio de los mentados Say, y que como Cortés está en posesión de él, resuelve demandarlo, y lo demandó ciertamente, ante el Juzgado Primero del Circuito de Bogotá, a fin de que se declare que el actor es dueño de ese inmueble llamado "El Pedregal" y que el demandado Cortés debe restituírlo.

El Juzgado decidió el negocio absolviendo a

Cortés de los cargos de la demanda entablada por Angel.

Apeló éste, y el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta, confirmó la de primera instancia.

Por sí sola, no encuentra aceptable el Tribunal la hijuela de adjudicación del inmueble a favor de Angel, pero dice:

"Sin embargo, el demandante Angel adujo los testimonios de Félix Sopó, Carlos Corredor, Abraham Tibabuso, etc., para demostrar que los tradentes del demandante Angel tuvieron la posesión material **animus domini** del terreno, antes de que el demandado Cortés obtuviera el título inscrito que trata de oponerle en esta causa. Al efecto, resulta que los testigos, en número de seis, hábiles y capaces, concuerdan en el hecho de esa posesión y sus circunstancias, puesto que afirman que conocieron de vista y trato a Pilar Say y a su hijo José Say, la primera como dueña de la finca de "El Pedregal", ubicada en el Municipio de Fontibón, donde habitaba en una casita de bahareque y paja construída por ella, finca que arrendaba a los señores Nicolás y Pedro González; y que una vez muerta Pilar Say, sus descendientes Jesús y Martín Say contiuuaron arrendándola a Santiago González a quien vieron pagar cánones de arrendamiento a Jesús Say, correspondientes a los años de 1918 a 1930 según los testigos Sopó y Tibabuso. De esta prueba testimonial resulta, pues, que los antecesores o tradentes del demandante Angel sí ejercitaron verdadera posesión material con ánimo de dueños exclusivos durante un lapso de tiempo mayor de treinta (30) años, transcurridos entre el 22 de mayo de 1878 en que se registró la adjudicación proveniente del Reparto del Resguardo, hasta el año de 1929, 3 de enero, en que se registró la escritura 2.653 de 8 de diciembre del mismo año por la cual adquirió Rosa Emilia Jiménez, de Santiago, Ascensión y María Zoila González A. el dominio inscrito del mismo lote. Por lo que, de acuerdo con los artículos 2521, 2522, 2526 y 2531 del Código Civil, se estima que los herederos tradentes del adjudicatario señor Angel tenían ganado el dominio del terreno por prescripción adquisitiva cuando Rosa Jiménez, tradente del actual demandado, adquirió de los González".

Discriminando este párrafo, se subrayan las siguientes cuestiones que han de influir en el presente fallo:

Primera: Que los tradentes del actor Angel tuvieron la posesión material del inmueble, antes de que el demandado Cortés obtuviera el título inscrito que presenta contra las pretensiones de Angel. O en otros términos: que la posesión del actor es anterior al título inscrito presentado por el opositor.

Segunda: Que los antecesores o tradentes de Angel ejercieron verdadera posesión material con ánimo de dueños exclusivos por más de treinta años transcurridos entre el 22 de mayo de 1878 en que se registró la adjudicación proveniente del reparto del resguardo, hasta el 3 de enero de 1929, en que se registró la escritura 2653 de 8 de diciembre del mismo año, por la cual adquirió la Jiménez, de los ya mentados Santiago, Ascensión y María Zoila González, el dominio inscrito del mismo lote".

Tercera: Que por virtud de los hechos anotados y de los artículos 2521, 2522, 2526 y 2531 del C. C., los herederos tradentes del adjudicatario Angel tenían ganado el inmueble por **prescripción adquisitiva** cuando Rosa Jiménez, tradente del actual demandado, adquirió de los González; y

Cuarta: Que el Tribunal pone en juego la escritura 2653, no obstante: que en el proveído de reconstrucción (el expediente fue incendiado) dijo el Juzgado que el demandado presentó las escrituras 5.100 de 9 de octubre de 1944 y 518 de 16 de octubre del mismo año; que en la sentencia de primera instancia se dijo que en la contestación de la demanda el reo anunció "que acompañaba también copia de la escritura 2653 de 8 de diciembre de 1928, sobre venta de Ascensión González y otra a Rosa Emilia Jiménez, pero tal escritura no figura en autos"; que en la segunda instancia no hubo término probatorio, por lo cual el Tribunal al hacer la historia del negocio, no habla sino de aquellas dos escrituras como presentadas por el reo; y por último, lo que es más expresivo, que la mencionada escritura número 2653 no figura en el proceso.

Sostiene el Tribunal que si los títulos de demandante y demandado emanan de distinto origen, sin que conste cuál ha adquirido el inmueble del verdadero dueño, se considera a aquéllos como de igual situación jurídica respecto del dominio de la finca, caso en el cual se aplica el principio **in pari causa melior est causa possidentis**, y citando jurisprudencia de la Corte, expresa el Tribunal que esta doctrina "es pertinente al caso del presente pleito". Mas para buscar ese equilibrio entre los dos contendores con respecto al derecho de dominio sobre el inmueble, después de

haber declarado, como se vio arriba, que el actor tiene razón en sus pretensiones de reivindicador, dice lo siguiente:

"Entonces, para determinar y decidir sobre la prevalencia de los títulos de dominio enfrentados en la causa, basta y es suficiente definir si al demandado y poseedor actual del terreno le es posible adquirirlo por virtud de la prescripción ordinaria, ganada a partir del año de 1929 en adelante, en virtud de su título de 1928 y la posesión material que tiene... Pues bien; la venta hecha por los González a Rosa Emilia Jiménez mediante la escritura 2653 de 8 de diciembre de 1928, Notaría 4ª de Bogotá, es título traslaticio de dominio (artículo 765 del C. C.). Y la circunstancia inferida de los testimonios del demandante y relativa a que los vendedores González eran arrendatarios del terreno, no se opone a la buena fe de la compradora, desde que no está establecido en autos que el arrendamiento constara por escritura pública inscrita ni que la compradora Jiménez conociera esa relación de mera tenencia de sus tradentes respecto a la finca. Por tales motivos, el título del demandado Cortés, agregado al de su tradente Rosa Emilia Jiménez y acompañado de la posesión material de la finca por el titular, debe prevalecer en esta causa respecto a la hijuela del demandante, en fuerza del principio arriba anunciado de que en igualdad de situaciones de los títulos, es preferible la causa del poseedor demandado".

Descomponiendo estos párrafos, se subrayan también las siguientes cuestiones:

Primera: Que el demandado adquirió el dominio del inmueble "por virtud de la prescripción ordinaria ganada a partir de 1929 en virtud de su título de 1928 y la posesión material que tiene". (El título de 1928 es la escritura 2653 ya citada, y que no se halla en el expediente).

Segunda: Que el período de la prescripción arranca desde la venta hecha por los González a Rosa Emilia Jiménez mediante la escritura 2653 de 8 de diciembre de 1928; y

Tercera: Que el título del demandado, agregado al de su tradente Rosa Emilia Jiménez y acompañado de la posesión material de la finca por el titular, prevalece sobre el título del demandante "en fuerza del principio arriba enunciado de que en igualdad de situaciones de los títulos, es preferible la causa del poseedor demandado".

Comentado así el fallo del Tribunal, la Sala emprende el estudio de la demanda de casación.

Dice el recurrente que acusa la sentencia por violación de la ley sustantiva, ya en forma directa, ya en forma indirecta por aplicación indebida e interpretación errónea que llevaron al Tribunal a incurrir en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas; y desarrolla sus acusaciones en tres capítulos, como se va a ver:

En el primer capítulo expresa el recurrente que acusa la sentencia por haber violado directamente los artículos 1759, 669, 673 y otros del C. Civil al afirmar que la hijuela del actor no es título suficiente para acreditar el dominio del reivindicante, porque no se trajo a los autos el título contentivo de la adjudicación que en 1878 se hizo a Pilar Say, pues apenas se hace alusión de este título en el certificado del Registrador.

En el hecho 3º de la demanda el actor dijo que Pilar Say, a quien tiene como antecesora en el dominio del inmueble de que trata el juicio, lo adquirió con fecha 22 de mayo de 1878 bajo el número 169 en la adjudicación de los Resguardos de Indígenas de Fontibón. Y examinando esto dijo el Tribunal que como esta adjudicación número 169 no fue traída a los autos, faltando ella, "es claro que la hijuela del señor Angel no es título inscrito de dominio oponible por sí solo al tercero demandado señor Cortés".

Con respecto a la titulación del actor Angel el Tribunal consideró dos situaciones jurídicas: la que se acaba de enunciar, conforme a la cual su hijuela, sin el respaldo de la prueba de la adjudicación hecha a favor de la Say, no es oponible al título del demandado, situación ésta que le es desfavorable al actor, pero sobre la cual no se fundó el fallo del Tribunal. Ese fallo se fundó en la otra situación: la de que el actor tenía ganado por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble, según párrafos que se copiaron atrás.

Si la primera situación no dio pie a la sentencia del Tribunal pues se trataba de dos consideraciones sobre el dominio por parte del actor, y se adoptó una de ellas, dejando de lado la consideración en que el recurrente funda el cargo del Capítulo I, este cargo se hace en el vacío porque el Tribunal nada fundó en esa consideración de la hijuela desprovista de respaldo.

Con respecto al Capítulo Segundo, se tiene: Como se acaba de expresar, el Tribunal afirmó que el actor tenía ganado por prescripción el dominio del inmueble; y con respecto al demandado, dijo: "el título del demandado Cortés, agregado al de su tradente Rosa Emilia Jiménez y

acompañado de la posesión material de la finca, debe prevalecer respecto a la hijuela del demandante, en fuerza del principio arriba enunciado de que en igualdad de situaciones de los títulos, es preferible la causa del poseedor demandado". Y el Tribunal declaró que el demandado también había ganado el dominio por prescripción ordinaria.

Una confrontación de posesiones y de prescripciones dio ocasión a la sentencia del Tribunal por la cual se confirma la absolución de la primera instancia.

El recurrente estima que el Tribunal incurrió en un error de hecho "por cuanto afirma que se acepta la posesión por parte de los Say hasta el año 1930, y luégo concluye que al mismo tiempo se acepta el título del demandado que comienza en 1928, y que no puede haber dos posesiones de igual derecho al mismo tiempo".

El Tribunal dijo, como se copió atrás, después de estudiar una prueba testimonial presentada por el actor: "De esta prueba resulta que los antecesores del demandado Angel ejercieron verdadera posesión material durante un tiempo mayor de treinta años transcurridos desde 1878, **hasta el año 1929, 3 de enero, en que se registró la escritura 2653 por la cual Rosa Emilia Jiménez compró el inmueble"** (la Sala subraya).

Y ya hablando de la titulación del demandado, dice que debe examinarse si éste pudo ganar por prescripción ordinaria el dominio sobre el inmueble, prescripción **"ganada a partir del año 1929 en adelante,** en virtud de su título de 1928, y la posesión material que tiene". **(También subraya** la Sala). El título de 1928 es la escritura a favor de la Jiménez.

De esta suerte, el Tribunal hizo llegar la posesión del demandante, según lo subrayado arriba, hasta 1929; e hizo principiar la posesión del demandado desde 1929. Este año, según la argumentación del Tribunal, es punto de partida para ambas posesiones: la del actor hacia atrás, hasta más de treinta años; y la del demandado hacia adelante, agregando la posesión material de la Jiménez a su título inscrito.

Y si de acuerdo con la sentencia del Tribunal las dos posesiones concluyen y apenas se tocan en el año 1929, no se puede acusar la sentencia de haber reconocido "dos posesiones de igual derecho al mismo tiempo", en lo cual consiste el cargo que se formula en este capítulo.

La realidad jurídica en la confrontación de prescripciones a que llega el Tribunal, es la siguiente: en la sentencia se hizo uso de la escritura 2653 que no puede estimarse como prueba porque no figura en el expediente; y se hizo uso, para argumentar, de una posesión material por parte de la Jiménez, posesión que no se estableció porque el demandado ni siquiera pidió pruebas en instancia. La escritura en mención, la posesión material de la Jiménez y esta misma, son cosas que no han debido tenerse en cuenta en el juicio, y sin embargo se tuvieron para declarar una prescripción a favor del demandado.

Mas como la sentencia, no fue acusada por estos motivos, es decir, que nada dijo el recurrente sobre la declaración de prescripción ordinaria sin las pruebas apropiadas, nada puede hacer la Corte ante el descuido del recurrente, si no es decir que el cargo no puede prosperar.

En el Capítulo Tercero el recurrente expresa que existe prueba sobre los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, y que como el Tribunal no la declaró, cometió errores de hecho y de derecho; pero sin que el recurrente diga qué textos legales se violaron, lo cual es esencial para que el cargo tenga fundamento.

El Tribunal no examinó esos elementos de reivindicación, porque como se ha dicho, él se concretó al estudio sobre confrontación de posesiones, para declarar que ambas partes habían ganado por prescripción el dominio sobre el inmueble. Y dice el recurrente "que el fallador cometió error de hecho al afirmar que se está en el caso de confrontación de títulos que no pueden coexistir con el mismo valor probatorio, porque o es válido el del demandante o es válido el del demandado".

Muy bien. Pero para echar a tierra la confrontación, ha debido acusarla el recurrente, mostrando que en el examen que se adelantó sobre el título del demandado, se dio mérito a una escritura no traída a los autos, y a una posesión material que no fue establecida en forma legal. Pero no hizo esto el recurrente, y este cargo, como los otros, resulta inoperante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — NO ES CAUSAL DE NULIDAD EL QUE EN UN JUICIO ACTUE UNA PERSONA QUE NO ES ABOGADO TITULADO E INSCRITO

1.—Sólo pueden ser invalidados como nulos ciertos actos procesales, por determinados vicios que expresamente la ley consagra, como ya se advirtió. Es lo contrario de lo que acontece en los actos civiles, en que son nulos los que se ejecutan contra expresa disposición legal (artículo 6º del C. C.).

Esto sentado, se tiene: el artículo 40 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo número 1º de 1945) establece que: nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones que indique el legislador.

En desarrollo de tal precepto, la ley 69 de 1945 recogió el mismo principio en su artículo 1º y señaló las excepciones al respecto, como, entre otras, la que permite litigar a los no inscritos, en causa propia o ajena, en los juicios cuya cuantía no excede de cien pesos ($ 100.00), etc.; pero entre estas excepciones, que son muy limitadas, no está la que permitiera a quien no es abogado inscrito litigar en causa propia ante los Jueces de Circuito, en asuntos de mayor cuantía, como es el caso planteado en el negocio que se estudia.

Como pena por la violación del precepto, no se señaló la de nulidad de lo actuado, ni del juicio, ni sanción especial para el litigante, en contravención con su mandato. La ley se limitó a prohibir el hecho, lo que impide que quien haga gestiones judiciales en dichas condiciones, pueda ser oído; pero, si a pesar de la prohibición, se le oye por algún Juez, Magistrado o funcionario jefe de oficina, la sanción no es otra que una multa hasta de doscientos pesos ($ 200.00) a la autoridad judicial o administrativa que le haya dado curso a la solicitud, por primera y segunda vez, y en caso de reincidencia, será sancionado con la pérdida del cargo y de las prestaciones que pudieran corresponderle, por la tercera vez; sanciones que, de oficio o a petición de cualquier persona, deberá imponer el respectivo superior.

2.—La acción de dominio, según la propia definición que dá la ley, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que la cosa que se trata de reivindicar, debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones, ni a violaciones de derecho ajeno (artículo 946 del C. C.).

El título en que apoya su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título o en un plano topográfico levantado conforme a las pretensiones del actor, o a la interpretación que éste por su parte dé a los linderos de su propiedad, sino que hay que poner en relación uno y otro, con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador, no solamente el instrumento escriturario debidamente registrado, sino la prueba plena, inequívoca acerca de la identidad del bien que reclame como propio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Palmira, Departamento del Valle, la sociedad "Hacienda de Perodías, Ltda.", promovió demanda ordinaria contra Enrique Caicedo, a fin de que por sentencia definitiva se declare que es propietaria de una faja o zona de terreno situada en el Municipio de Florida, de una superficie aproximada de cuatro hectáreas con 8.137 metros cuadrados, cul-

tivada de café, cacao, caña de azúcar, por los linderos que se señalan; que, en consecuencia, el demandado está obligado a entregar a la sociedad demandante tal zona con sus componentes, dependencias y anexidades; que el mismo es responsable de los deterioros que por su culpa ha sufrido la finca, y por último, que se le condene a cubrir los frutos naturales y civiles que hubiere producido la cosa que se reivindica, y por las costas del juicio.

Aparece que la sociedad demandante, constituída por escritura número 2436 de 20 de octubre de 1945, de la Notaría de Cali, es dueña de la hacienda de "Perodías", del Municipio de Florida, delimitada como allí consta, con una extensión de 947 fanegadas, la cual es parte de la antigua finca del mismo nombre, que tuvo una área de 1.745 hectáreas y cuyos límites fueron precisados y determinados técnicamente en el plano general de la propiedad que en el año de 1894 levantó por cuenta de sus dueños el ingeniero Víctor Estrada.

A la demanda se acompañaron la escritura de propiedad actual y una del año de 1902, el plano en referencia, y además, un croquis del globo de tierra que dentro de los límites de "Perodías", se afirma posee Enrique Caicedo.

Admitida la demanda, éste la contestó declarando no constarle los hechos relativos a la propiedad de los demandantes, levantamiento de planos, etc., y negando la mayor parte de los relativos a que la tierra que ocupa y que se le reclama, se encuentra comprendida dentro de los linderos de la hacienda de "Perodías". Sobre la posesión que se le atribuye de la zona disputada, observa que es propietario de una finca en la región de "Remolino", Municipio de Florida, "y por lo mismo ejerce su dominio y mantiene allí su posesión material con ánimo de señor y dueño, con justo título y buena fe", que hace depender de la escritura pública número 14 de 14 de febrero de 1938, la que constituye —dice— el último eslabón de una cadena de títulos que arranca desde 1893.

El Juez del conocimiento puso fin a la instancia por providencia de fecha primero de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, en la que declaró dueña a la sociedad de la cosa reivindicada y condena a Caicedo a entregarla con sus frutos, a partir de la contestación de la demanda.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por Caicedo en persona, **quien no aparece ser abogado inscrito,** los autos fueron remitidos al Tribunal Superior de Cali, donde con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta, se decidió la segunda instancia, absolviendo a Caicedo "de los cargos de la demanda".

Contra esta providencia interpuso recurso de casación la sociedad, el que concedido y sustanciado pasa a decidirse.

Se funda el Tribunal en las siguientes consideraciones:

1º Que para la identificación de un predio, es decir, para su determinación material y precisa, no basta presentar la escritura de propiedad donde conste la enunciación de sus linderos, "sino que hay que poner en relación el título con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal, y consiguientemente, la determinación e identidad del predio". Que es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador, no sólo el instrumento escriturario debidamente registrado, que lo acredite como dueño, sino la plena prueba, inequívoca, acerca de la identidad de la cosa que reivindica como suya.

2º Que según los términos de la demanda, la zona disputada a Enrique Caicedo, se halla dentro de los terrenos de unas 947 fanegadas de superficie, de que es dueña la sociedad, que forman parte del antiguo inmueble de "Perodías", que tuvo una extensión de 1.745 hectáreas, cuyo plano general levantó en 1894 el ingeniero Víctor Estrada, y cuyos linderos aparecen descritos en la escritura número 338 de 27 de octubre de 1902.

3º Al hacer el examen de la inspección ocular y dictamen pericial practicados en la primera instancia, observa lo siguiente:

a) Que la identificación a la cual se encaminó la diligencia se refiere a la porción o globo de tierra, que según la demanda, tiene una cabida de más o menos cuatro hectáreas y para lo cual se hizo el recorrido y reconocimiento correspondientes;

b) Que como aparece del acta de la diligencia, en el terreno fueron determinados los linderos norte, oriente y occidente de dicho globo de tierra, pero no sucedió lo mismo con la línea sur que lo encierra, pues no pudo ser precisada la madrevieja del río de "Las Cañas", en toda la longitud aproximada de los 450 metros, que por ese lado se indica como lindero arcifinio de la zona que se disputa;

c) Al hacer el estudio de la exposición de los peritos que intervinieron en la diligencia, encuentra lo siguiente: que en cuanto lo dicho por el doctor Lobo Guerrero, designado por la sociedad, si se tiene en cuenta que en la relación de linderos que contienen las escrituras del inmueble de "Perodías", no se expresa que el límite occidental esté determinado por cerca alguna, sino que se encuentra señalado por una simple línea matemática, y si tampoco en esa relación de linderos se dá como punto de referencia el camino de El Remolino, debió el perito dar a conocer en su dictamen las comprobaciones que llevó a efecto para establecer que a las correspondientes indicaciones contenidas en esas escrituras, se ajustan en el terreno los actuales elementos materiales mencionados en los títulos como signos de las líneas divisorias, lo que realizó sin expresar cuáles son éstos.

En cuanto al perito tercero, anota que éste no dice que hubiera localizado sobre el terreno alguna de las líneas que marca el plano general levantado en 1894, ni tampoco si las especificaciones de ese plano coinciden con las de las escrituras. Concretándose a la línea sur, el Tribunal dice que "era de especial importancia que los peritos hubiesen verificado sobre el terreno la identificación de esa línea en que los predios de los litigantes colindan, en lo que toca "a todo el sector de ella, formado por el antiguo cauce de 'Las Cañas'. Esta observación la respalda —agrega— el hecho de que esa antiquísima madrevieja se ha borrado o rellenado en muchos trayectos, y al presente no quedan allí sino leves e interrumpidos vestigios". Que sólo se pudo localizar parte de ese cauce.

Sobre el valor de la prueba pericial, anota el sentenciador que ha debido precisarse por los expertos, tanto los factores procesales que tuvieron en consideración y las razones que de acuerdo con los conocimientos técnicos que poseen sobre la materia objeto del examen, les sirvieron de apoyo para sus conclusiones. Todo lo cual era indispensable para calificar el dictamen, y a las partes para atacar la prueba por error grave, o por otro motivo.

4º Que en la inspección ocular practicada en la segunda instancia, de nuevo quedó "comprobada la solución de continuidad del antiguo cauce de "Las Cañas", en la parte del trayecto que de ese cauce está indicado como límite sur del globo de tierra objeto del litigio; trayecto que en el referido croquis o plano especial aparece indicado de oriente a occidente con las letras N. A. M. E.

5º Sobre la prueba testimonial presentada por una y otra parte, expresa que carece de importancia, pues en general los testigos declaran, por tener de oídas conocimiento de los hechos.

6º Como declaración final dice: "De manera que no puede afirmarse que resulta establecido que el cauce en mención es parte de la madrevieja de Las Cañas y por lo tanto constituye uno de los extremos del límite sur del lote de terreno que es objeto de reivindicación.

7º Tampoco halló el Tribunal demostrado otro de los elementos necesarios para que la acción de reivíndicación pudiera prosperar: no está claramente establecido —dice— que el demandado sea el poseedor de lo que se demanda, ya que éste sostiene que posee allí lo que le señala su título, y la parte que colinda con "Perodías" la posee su señora.

Los cargos propuestos

Contra la sentencia mencionada, aduce el recurrente, los que a continuación se estudian:

CAPITULO I

Cargos a) y b)

Invoca el demandante el motivo sexto de los señalados en el artículo 520 del C. J. y lo sustenta así: el acto legislativo número 1º de 1945, reformatorio de la Constitución, dispuso que nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito y que la ley establecería excepciones. Que tal principio constitucional y sus excepciones fue desarrollado en la ley 69 del mismo año.

Que no pudiendo el demandado en persona apelar de la sentencia que le fue adversa en la primera instancia, por no ser abogado inscrito, el superior no adquirió jurisdicción para conocer del negocio, según el artículo 448 del C. J.

Que de acuerdo con el artículo 473 del C. J., en armonía con el 494 del mismo Código, la sentencia de primera instancia es una decisión que sólo hubiera podido enmendar el Tribunal en beneficio de la parte demandante, única que legalmente apeló de dicho fallo, pues la demandada, por no ser persona hábil, no pudo hacerlo. Tal providencia, para esta parte, es sentencia firme, "que tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absoluta-

mente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria".

Se considera:

En materia procesal civil, nuestro legislador adoptó el sistema de determinación específica de las nulidades, es decir, señala taxativamente cuáles son las causales que las producen. Mientras todo acto del Juez puede ser impugnado (sea mediante la solicitud de reposición, o por apelación, casación o consulta), únicamente son nulos los que incurren en determinados vicios. La regla general está representada por aquéllos, y la excepción por éstos.

Siguiendo, en materia de nulidades adjetivas, nuestro Código el principio procesal que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia o acto de procedimiento podrá ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, somete el juicio a determinadas causales de nulidad, que son taxativas, es decir, de interpretación restrictiva, en el sentido de que sólo las establecidas en el Código la generan.

"Los motivos de nulidad adjetiva en la ley procedimental han quedado reducidos —ha dicho esta Sala— a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o a la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de personería de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". (G. J. números 1957 y 1958, pág. 554).

Así pues, sólo pueden ser invalidados como nulos ciertos actos procesales, por determinados vicios que expresamente la ley consagra, como ya se advirtió. Es lo contrario de lo que acontece en los actos civiles, en que son nulos los que se ejecutan contra expresa disposición legal (artículo 6º del C. C.)

Esto sentado, se tiene: el artículo 40 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo número 1º de 1945) establece que: nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones que indique el legislador.

En desarrollo de tal precepto, la ley 69 de 1945 recogió el mismo principio en su artículo 1º y señaló las excepciones al respecto, como, entre otras, la que permite litigar a los no inscritos, en causa propia o ajena, en los juicios cuya cuantía no exceda de cien pesos ($ 100.00), etc.; pero entre estas excepciones, que son muy limitadas, no está la que permitiera a quien no es abogado inscrito litigar en causa propia ante los Jueces de Circuito, en asuntos de mayor cuantía, como es el caso planteado en el negocio que se estudia.

Como pena por la violación del precepto, no se señaló la de nulidad de lo actuado, ni del juicio, ni sanción especial para el litigante, en contravención con su mandato. La ley se limitó a prohibir el hecho, lo que impide que quien haga gestiones judiciales en dichas condiciones, pueda ser oído; pero, si a pesar de la prohibición, se le oye por algún Juez, Magistrado o funcionario jefe de oficina, la sanción no es otra que una multa hasta de doscientos pesos ($ 200.00) a la autoridad judicial o administrativa que le haya dado curso a la solicitud, por la primera y segunda vez, y en caso de reincidencia, será sancionado con la pérdida del cargo y de las prestaciones que pudieran corresponderle, por la tercera vez; sanciones que, de oficio o a petición de cualquier persona, deberá imponer el respectivo superior.

En el presente proceso, don Enrique Caicedo interpuso personalmente el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, que le fue desfavorable, recurso que no interpuso su apoderado, y a pesar de que el referido demandado no es abogado inscrito, contra lo dispuesto en el artículo 40 de la C. N. y del artículo 1º de la ley 69 de 1945, la solicitud fue admitida y la apelación concedida.

En tales circunstancias, no constituyendo causal de nulidad el hecho apuntado, tal falta sólo dá lugar a la imposición de la multa al juez contraventor, en los términos del artículo 4º de la memorada ley 69.

No se trata de una sentencia ejecutoriada, como lo pretende el recurrente, de la cual no podía conocer el superior, porque la proferida en la primera instancia fue apelada y el recurso concedido. Que quien apeló no podía hacerlo y se le dio entrada a su petición, ello dá lugar a la multa al funcionario que contra mandato expreso de la ley le dio curso. No se trata de la incompetencia del Tribunal para conocer de la apelación. Cosa distinta es que quien interpone el recurso, no pudiera hacerlo.

En caso muy semejante, ha dicho esta Sala: "Como las causales de nulidad en un juicio están determinadas expresamente en forma taxativa por los artículos 448 y siguientes del C. J., no constituye causal de nulidad el hecho de litigar en causa propia el individuo que desempeña el

cargo de juez. Este hecho sólo le acarreará al litigante en esas condiciones, las consecuencias previstas y determinadas para quien viola la ley". (Casación, 7 de septiembre de 1943. GACETA JUDICIAL, Tomo 41 bis, pág. 132).

En el caso de autos, las consecuencias son para el funcionario que obró contra la prohibición.

Por lo expuesto, se declaran sin fundamento los cargos.

CAPITULO II

En los apartes tercero y cuarto de su demanda, acusa el recurrente la sentencia por violación de ley sustantiva, originada en la errónea apreciación de pruebas, por haber incurrido el juzgador en errores de hecho y de derecho. Se refiere a las dos bases de la sentencia para negar la reivindicación propuesta, por cuanto a juicio del Tribunal, no pudo efectuarse la identificación del inmueble que se reivindica, y porque "en la hipótesis de que hubiese quedado suficientemente comprobada la identidad del lote de terreno demandado y como parte integrante de los terrenos que actualmente forman la hacienda de "Perodías", quedaría por establecer que el demandado es su poseedor material".

Alrededor de estos dos puntos esenciales en la acción de dominio, hace el recurrente un detenido examen de los diversos elementos de prueba, en orden a establecer que hubo error de hecho y de derecho en su estimación, que llevaron al Tribunal a violar determinadas disposiciones sustantivas, que adelante se señalan.

Falta de identificación

a) El principal error lo hace depender "en la habitual tendencia a descoyuntar el expediente para analizar separadamente cada prueba o cada elemento procesal; en lugar de relacionarlos entre sí". El análisis de las inspecciones oculares, del dictamen pericial, de las declaraciones de testigos, de algunas de las escrituras aducidas, lo hizo el juzgador tomando cada prueba independientemente de las otras y tratando de hallar en cada una, aisladamente, la cabal satisfacción de todas sus exigencias para dar por hecha la identificación de la propiedad;

b) Que el sentenciador, al apreciar el plano antiguo del inmueble, dejó de relacionarlo con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, del cual se desprende que las ventas hechas de zonas de terreno de la primitiva hacienda de "Perodías", que tenía una cabida de 1.745 hectáreas, hasta reducirla a la de 950 plazas que hoy tiene, se hizo por un extremo distinto del lugar donde está ubicada la zona que ocupa Caicedo;

c) Que no obstante haber sido definida, como lo expresa el Juez de primera instancia, la línea que constituye el límite sur del inmueble que se reivindica, con la inspección ocular, el Tribunal niega tal circunstancia demostrada en el expediente, cometiendo así error de hecho; que el desconocimiento del carácter de plena prueba que tiene "el acta de inspección ocular respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez", constituye error de derecho por omisión del artículo 730 del C. J. Que contra la declaración del Juez, de que quedó definida la línea sur, sólo aparece la constancia del abogado de Caicedo y "las simuladas dudas del sumiso perito de la misma parte". Que fueron tales personas: abogado y perito de la contraparte, quienes afirmaron que el límite sur no quedó determinado.

Que con la demanda se acompañó un croquis del inmueble que se reivindica y un plano general de la antigua posesión de "Perodías", y que para dar al demandado la oportunidad de rebatir las afirmaciones objetivas contenidas en tales documentos, y al Juez la plena seguridad de que dichos instrumentos están ajustados a la realidad, se efectuó el objetivo primordial de la intervención de peritos ingenieros, para revisar dentro del juicio la veracidad, autenticidad y exactitud de los referidos planos y puntos geográficos. Que la diligencia sobre su revisión en el terreno tuvo por objeto establecer dentro del término de prueba, su exactitud técnica.

Dice que, si la sociedad no se hubiera anticipado a proveerse de los planos para ajustarlos a la demanda, dentro del término probatorio del juicio habrían podido ser hechos los mismos levantamientos por peritos agrimensores, y por este otro camino se hubiera llegado a resultados idénticos a los que se confrontan en el debate. Que si los planos levantados en el proceso por ingenieros nombrados, no hubieran podido ser rechazados, salvo objeción comprobada, los presentados por el actor con la demanda, revisados dentro del juicio por expertos en planometría, están en las mismas condiciones.

Ante los reparos que se hace a los dictámenes periciales, de no tener suficiente fundamento, se

pregunta que, si el levantamiento topográfico se hubiera practicado por ingenieros, en el respectivo término de prueba, ¿cabría tal objeción? Que no es posible acusar por falta de fundamentación el levantamiento practicado por los peritos, porque éstos no presentaron todos los detalles de las operaciones técnicas requeridas, ni las carteras de campo, ni indicaron dónde fueron colocadas las respectivas estacas de los puntos de referencia, sino que se limitaron a presentar su obra, con las conclusiones finales que de ellas se desprenden.

Que al acompañarse a la demanda los mencionados planos, pudieron tenerse como simples dibujos ilustrativos, pero revisados y localizados en el término probatorio, con audiencia de la contraparte y por expertos, adquirieron el carácter de documentos científicos irrefutables, puesto que las matemáticas son ciencias exactas. Que el Tribunal desconoció el carácter de plena prueba que tenían tales instrumentos, al tenor del artículo 722 del C. J.

Estudia luégo la exposición del perito López, designado por Caicedo, y observa que para este experto están definidos los linderos norte, oriente y occidente de la parcela que se reclama, pero que falta la línea o límite sur, que lo precisa o marca el cauce antiguo del río de Las Cañas, totalmente desaparecido y del cual sólo hay pequeños resquicios al final de los linderos oriental y occidental. Este perito sugiere un replantamiento del plano del ingeniero Estrada, y examen del subsuelo para saber si por el lugar señalado existen las características del lecho del río. Que, como se ve, la indeterminación es de unos pocos metros.

En cuanto al concepto del perito tercero, doctor Calero, manifiesta que éste presentó dos copias de su trabajo de replanteo de la línea, una de ellas en papel transparente, con el fin de que el juzgador pudiera superponerla al plano especial de la faja que se reivindica y establecer objetivamente la exacta coincidencia de la curva de este plano con la poligonal o línea quebrada y trazada sobre el terreno por dicho perito tercero. Que el sentenciador no se tomó tal trabajo, que bien pudiera hacerlo la Corte. Que el perito tercero, cuya misión es dirimir sobre los puntos en que no exista acuerdo entre los principales, cumplió su cometido, al **determinar científicamente** el tramo central del lindero sur, único punto de divergencia entre los peritos principales.

Finalmente dice:

"Si en los dos extremos del lindero Sur de la finca que se reivindica está perfectamente visible y aparente la madrevieja del río 'Los Cañas'; si ese antiguo cauce se ve claramente en el terreno en dos trechos del lindero, de alguna longitud; si sólo en un corto tramo central se han borrado los vestigios de ese mismo antiguo cauce; si hay un plano levantado desde 1894 que concuerda exactamente con los títulos escriturarios de aquella época y de la época actual en donde se describe el **curso magnético** de toda la madrevieja; y si por medio de peritos ingenieros se obtiene la determinación exacta de la parte invisible del cauce, encontrando perfecta coincidencia de los puntos visibles del cauce con los respectivos puntos del plano y haciendo los expertos las demás comprobaciones por ellos consideradas necesarias para dictaminar sobre la exactitud del plano, no puede el juzgador, sin invadir arbitrariamente la órbita técnica de los peritos, desatender el trabajo científico y material de identificación de líneas realizado por éstos, a pretexto de que los peritos no consignaron **"el antecedente"**, o fundamento de la prueba. Esa extralimitación de funciones en que incurrió el Tribunal, esa notoria invasión por juristas de la órbita reservada a los ingenieros, que llevó al sentenciador a desestimar el **trabajo** de localización sobre el terreno y comprobación de la exactitud de los planos presentados con la demanda, constituye error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

Señala como violadas las siguientes disposiciones: artículos 946 y siguientes del C. C.; artículos 785, 787, 789 y 2526 del mismo Código; los artículos 768, 769 y 2531 ibídem; los artículos 777, 961, 963, inciso primero, 964, inciso primero, 966, incisos penúltimo y último igualmente del C. C., y los artículos 593, 705, 722, 730 y concordante del Código Judicial.

Cargo b). Invoco de nuevo —dice— la causal primera de casación, y "acuso la sentencia del Tribunal de Cali como violatoria de ley sustantiva, por infracción directa proveniente de omisión y por aplicación indebida e interpretación errónea". Señala como violados, los artículos 1769 del C. C.; 604, 606, 607 y 609 del C. J., por omisión, porque se dejaron de aplicar, siendo el caso; de igual manera se violaron los artículos 1757 del C. C. y 214, 215, 328 y concordantes del C. C., y 946 de la misma obra.

Según el Tribunal, el demandante no presentó prueba alguna para demostrar la posesión por par-

te del demandado del inmueble que se reivindica. Que de la contestación de la demanda, no consta que la parte demandada hubiese aceptado ser poseedora material de lo reivindicado, ya que manifestó no ser ciertos los hechos referentes a esa posesión, y que posee —aclara— la propiedad que en el punto de Remolino ocupa, adquirida con justo título, según escritura que menciona.

Que no obstante la explícita declaración de posesión hecha por el demandado al contestar la demanda, la sentencia que se critica le hace decir lo contrario.

Que el Tribunal interpretó la respuesta al hecho 15º del libelo, como confesión dividua, haciendo una separación de lo expresado por el apoderado, que no venía al caso, pues separó la afirmación de que Caicedo posee materialmente, con ánimo de señor y dueño, todo el terreno que ocupa en el sitio de Remolino, de la afirmación del mismo que posee la finca descrita y delimitada en los hechos 9º, 10º y 11º de la demanda.

En resumen, al afirmarse en el fallo que el actor no demostró que el demandado es el poseedor material de la cosa que se le pide, violó la ley sustantiva, porque consideró no establecida la posesión, que se probó con su confesión, y por cuanto impuso al actor la carga de un hecho que le bastaba simplemente afirmar, ya que es al demandado a quien corresponde demostrar ser otro el poseedor.

Para resolver, se considera:

La acción de dominio, según la propia definición que da la ley, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que la cosa que se trata de reivindicar, debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones, ni a violaciones de derecho ajeno. (Artículo 946 del C.C.).

El título en que apoya su derecho el reivindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título, o en un plano topográfico levantado conforme a las pretensiones del actor, o a la interpretación que éste por su parte da a los linderos de su propiedad, sino que hay que poner en relación uno y otro, con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador, no solamente el instrumento escriturario debidamente registrado, sino la prueba plena, inequívoca acerca de la identidad del bien que reclama como propio. (G. J., Tomo 59, página 114.)

La determinación precisa de la zona que se reclama como comprendida dentro de los límites de "Perodías", su identificación, la relación de sus linderos con los del predio del cual se dice forma parte y que adquirió la sociedad por escritura número 2436 de 1945, es decir, la correspondencia de lo que rezan los títulos con la realidad geográfica y topográfica, en lo que se refiere al lindero sur del predio, fue lo que no pudo verificarse, ni demostrarse en el pleito, a pesar de los planos presentados, de las dos inspecciones oculares practicadas en el juicio, y demás documentos aportados.

En la demanda se trajeron copias de la escritura pública 2436 de 20 de octubre de 1945, de la Notaría Segunda de Cali, y de la escritura número 338 de 27 de diciembre de 1902, de la misma Notaría, y un plano levantado por el ingeniero Víctor Estrada en el año de 1894, además de un croquis de la zona que se dice ocupa Caicedo. Es de notar, que aquel plano fue elaborado a instancias de los propietarios del inmueble de "Perodías", de acuerdo con sus títulos y según la interpretación que de éstos pudo hacer el ingeniero, pero sin intervención de los dueños de los predios colindantes, para que pudiera tenerse como una prueba irrefragable de los puntos en ella señalados; con todo, es un documento de gran valor por su antigüedad en la determinación de los puntos geográficos que contiene; mas no puede ser la prueba definitiva y única de los linderos de la finca de "Perodías", en sus discusiones con los vecinos, por ser tal documento emanado exclusivamente de la parte que lo presentó. Era, pues, necesario demostrar que los levantamientos estaban acordes con la realidad topográfica, que coincidían con las líneas de demarcación y con los puntos indicados en las escrituras de propiedad de la finca de "Perodías", a la cual se afirma en la demanda pertenece parte de la parcela ocupada por el demandado Caicedo.

Sobre el particular, se tiene:

1º—La disparidad de concepto se origina en que los terrenos situados al norte de la antigua madre-vieja o cauce abandonado del río de Las Cañas, corresponde a la finca de "Perodías", por

cuanto en ésta se marcan como linderos por el sur, el referido lecho abandonado del río.

2º—Para el año de 1902, como consta de la escritura número 338 de 27 de diciembre de tal año, ya se consignaba como lindero del sur el **cauce antiguo.** Dicen los linderos: "Por el Sur, el antiguo cauce de Las Cañas, La Pasturera, el río Las Cañas y la quebrada denominada "El Muerto".

3º—Al determinarse los linderos de uno de los lotes en que se segregó la finca de "Perodías", traspasado a la sociedad demandante, se marcó el lindero sur en los siguientes términos: "Sur, el zanjón de la "Pasturera", al medio con terrenos de los señores Lozanos al otro lado de la carretera que de Florida conduce al Ortigal y en parte la madre-vieja de "Las Cañas", al medio, con el indiviso de El Remolino".

4º—Era, pues, necesario localizar en el terreno, los rastros por donde antiguamente corría el río de "Las Cañas" y para darse cuenta de la dificultad, hay que recordar que en el plano de 1894 y en la escritura de 1902, ya se hablaba de la antigua madre-vieja; y más difícil aún tal señalamiento, si se tiene en cuenta, como lo dice el apoderado de la sociedad, que "esta región de "Perodías" y del indiviso del Remolino, están formados por un terreno sumamente blando y arcilloso", lo que ha ocasionado que ese antiguo cauce se halla borrado o rellenado en muchos trechos y en la actualidad no quedan de él sino leves e interrumpidos vestigios.

En orden a la determinación del cauce, se practicó una inspección ocular con peritos ingenieros, sobre los siguientes puntos: 1º La exactitud del croquis o plano especial de la parcela de Caicedo, presentado con la demanda; 2º la exactitud del plano general de la hacienda, acompañado en la misma forma, haciendo la localización de dicho plano sobre el terreno, al menos en cuanto a la línea limítrofe sobre la cual se halla ubicada la finca que se reivindica y de acuerdo con las escrituras ya mencionadas. Los peritos debían comprobar si los linderos expresados en esas escrituras coinciden con los del plano levantado en 1894; 3º si al demandado Enrique Caicedo le queda sobrando, una vez deducida la extensión de terreno materia del juicio de reivindicación, una porción de tierra ubicada al otro lado de la madre-vieja del río de "Las Cañas", en el indiviso de El Remolino, como de cuatro plazas, de acuerdo con linderos y títulos de la propiedad del mismo.

De la prueba pericial, el juzgador encontró que los peritos estuvieron acordes en lo relativo a los linderos oriental, norte y occidental, mas no así en el del sur, porque a tiempo que el perito de los demandantes dice haber localizado el cauce de la madre-vieja del río de "Las Cañas", el de los demandados conceptúa que éste se localizó en el lindero oriental hasta el punto marcado A, de donde parten dos ramales: uno que se dirige al norte y se interna en el predio de "Perodías", y otro que va al sur hasta un punto marcado D. Y en cuanto al otro extremo de la línea, los mismos están acordes hasta el punto marcado M; de tal manera, que no coincidieron en un trayecto de 450 metros, o sea en la distancia de los puntos M.A. Hay, pues, una zona completamente indeterminada, donde no existe el menor vestigio del antiguo cauce del río, o sea la zona comprendida entre los indicados puntos, que tiene la extensión ya dicha y que es precisamente el lindero sur.

El perito tercero se limitó a localizar sobre el terreno en esta parte, el levantamiento hecho por el ingeniero Estrada, "en los puntos en que no existe el menor rastro del cauce que se investiga", y dice: "De este punto N en adelante, se localizó una poligonal compuesta por rumbos y distancias individuales paralelas a la indicación del plano del ingeniero Estrada como madre-vieja de Las Cañas".

Al estudiar la inspección ocular, encuentra el Tribunal que el Juzgado de primera instancia que la practicó, no localizó o determinó el límite sur de lo que se reivindica, porque no se señaló ni determinó el cauce antiguo del río de "Las Cañas".

Con respecto al dictamen del perito López de los demandados, observa que éste conceptúa dando las explicaciones del caso, que no fue posible marcar o señalar en el terreno el lindero sur de la finca de "Perodías", que hubiera precisado qué parte del terreno ocupado por el demandado, está dentro de él.

El Tribunal hace el siguiente comentario del dictamen del perito Lobo Guerrero:

"Mas decir respecto de la mencionada madre-vieja, que se nota una depresión del terreno que sigue la misma dirección del plano, en más o menos ciento treinta metros, donde empieza a desaparecer, para más adelante volver a aparecer, siguiendo determinada dirección, es dejar en pie el problema que quedó planteado al practicar la diligencia de inspección ocular, o sea el de la indeterminación de parte de la línea sur de que se trata por no haberse precisado materialmente, en la correspondiente extensión de ella, el antiguo cauce de Las Cañas".

Entra luégo el sentenciador a examinar la exposi-

ción del perito tercero y objeta que las comprobaciones de que da cuenta su dictamen sobre el sector comprendido entre las mejoras de los herederos de Isidro Mosquera hasta las mejoras de Herminia Caicedo, o sea el trecho comprendido dentro del terreno ocupado por el señor Caicedo, se limitaron a la localización de la poligonal de que trata su exposición.

Examina también la prueba testimonial presentada por una y otra parte, y llega a la conclusión de que sus aseveraciones carecen de valor, porque no declaran por conocimiento personal, sino de oídas. De todo lo cual concluye que no pudo comprobarse el antiguo cauce del río de "Las Cañas", lindero sur del predio que se reivindica.

El estudio minucioso y circunstancial que la Corte ha hecho de las pruebas aducidas al proceso y que examinó y tuvo en cuenta el sentenciador para negar la acción instaurada, ha llevado a la Sala a la convicción de que no existe la apreciación errónea o la falta de apreciación de las pruebas, de que no hubo error de hecho o de derecho en la forma como el Tribunal analizó y estimó los elementos de convicción llevados a los autos. No pudo lograrse la identidad de la finca raíz que se reivindica, la que resulta de confrontar la realidad territorial con la descripción que de aquélla se hace en la demanda y en los títulos que acreditan el dominio.

El antiguo cauce o lecho abandonado del río de "Las Cañas", no pudo concretarse sobre el terreno, ya por ser de muy antigua data el cambio de dirección del río, ya por la calidad de arcillosos y movedizos de aquellos terrenos. Se trata de una exigua zona de cuatro hectáreas en una cabida de 1750, que tenía la finca cuando se levantó el plano de ella, en 1894 y en una extensión de 450 metros, lindero en el cual era necesario ubicar el cauce abandonado por la corriente.

El plano levantado en 1894 es un importante documento para la localización, pero dados los pocos detalles en relación con la pequeña zona, era imprescindible determinar éstos de otro modo, como lo sería precisando el viejo lecho de las aguas.

La Corte ha dicho sobre tales elementos de prueba:

"De otra suerte este documento (el plano de una finca que presenta su dueño) sólo puede tenerse como dato exhibido por el dueño para aclarar dudas, para conocer mejos los sitios, etc., pero nunca como prueba que obliga a su contraparte ni al juzgador". (Casación, 30 de agosto de 1919.)

Por lo expuesto, se considera sin fundamento el cargo.

Cargo b).

Se ataca de nuevo la sentencia, por cuanto, a juicio del recurrente, sí se demostró la posesión de la zona en disputa por el demandado, condición requerida también para la viabilidad de la acción de dominio propuesta.

Mas la Corte observa, para abstenerse de considerar el reparo, que habiendo quedado en firme una de las bases tenidas en cuenta por el sentenciador para negar la reivindicación pedida, o sea la falta de identidad del bien demandado y su comprensión dentro del inmueble de la hacienda de "Perodías", tal circunstancia es razón suficiente para mantener la sentencia, y porque, aún admitido, la providencia no podría casarse.

Sentencia:

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE FILIACION NATURAL. — EL CESIONARIO DE DERECHOS HEREDITARIOS NO TIENE EL CARACTER DE CAUSAHABIENTE RESPECTO DEL DE CUJUS. — CUANDO ES PROCEDENTE EN CASACION EL EXAMEN DE PRUEBAS

1.—El cesionario de derechos hereditarios no es causahabiente del causante.

2.—El artículo 403 del Código Civil habla de que en los juicios de paternidad el legítimo contradictor es el padre. Tomando pie en este artículo, una vez expedida la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural, los jueces negaban toda demanda sobre filiación natural cuando el presunto padre había muerto; mas se reaccionó contra esta doctrina, y la jurisprudencia se generalizó en el sentido de aceptar como demandados a los herederos, muerto el padre.

3.—El recurso extraordinario de casación es un debate sobre confrontación de tesis jurídicas o sobre examen de pruebas, cuando ello sea necesario, pero de pruebas que hayan servido de base a la sentencia recurrida, y no de otras, y que hayan sido acusadas por error de hecho evidente o de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Por vía de casación debe examinar esta Sala el fallo de seis de junio de mil novecientos cincuenta y uno, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual, revocando el de primera instancia, se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, y como consecuencia, no se atendió a ninguna de las peticiones de la demanda, entre las cuales estaban la de declaratoria de filiación natural y la de petición de herencia.

Varias personas, unas mayores y otras menores de edad, aspiran a que se declare que son hijos naturales de Luis Antonio Barrero, y al efecto, demandaron a María Barrero Castillo, "en su condición de cesionaria de la heredera y adjudicataria de los bienes de la sucesión de aquél".

Elpidia Castillo fue reconocida como heredera del causante Barrero, y en tal carácter cedió todos sus intereses herenciales a la demandada, según escritura pública 2127 de diciembre de 1939, Notaría Quinta de Bogotá.

Defraudados los presuntos hijos naturales por la sentencia del Tribunal, interpusieron contra ella el recurso extraordinario, que se entra a estudiar, haciendo primeramente anotación de las razones expuestas por el Tribunal para sostener su negativa a lo demandado, revocándose así el fallo de primera instancia.

Dijo el Tribunal:

Que siendo la acción principal la de filiación natural, "se ha debido demandar a los herederos del causante Luis Antonio Barrero, y como así no se ha hecho, falta el último de los presupuestos procesales, la legitimación en causa, también denominada ilegitimidad sustantiva de la personería".

Que "'la jurisprudencia tiene establecido que la acción de filiación natural puede proponerse contra el legítimo contradictor, para producir un fallo **erga omnes**, o puede también plantearse contra los herederos del padre, no como representantes del legítimo contradictor, sino como simples continuadores de su personalidad jurídica, llamados á afrontar todas las controversias que hubieren podido proponerse contra el causante, a fin de generar en derecho determinados efectos."

Que "se halla perfectamente acreditado en autos que en la sucesión de Luis Antonio Barrero se reconoció como su único heredero a la señorita Elpidia Castillo Rueda, y que ésta hizo cesión de todos sus derechos herenciales a María Barrero Castillo a quien en tal condición se le hizo la correspondiente adjudicación de los bienes sucesorales. Siendo esto así, y al tenor de los artículos 403 y 405 del Código Civil, la acción de filiación natural ha debido dirigirse contra la única heredera de Luis Antonio Barrero, que como continuadora de la personalidad jurídica del causante, es la llamada a afrontar las controversias que hubieren podido proponerse contra éste."

Que no hay duda de que la demanda se ha debido dirigir contra María Barrero Castillo, porque en ella se pide restitución de los bienes; "pero también es indudable que para la prosperidad de la primera petición, es requisito primordial el dirigir la acción, además, contra el heredero del causante Luis Antonio Barrero, pues como ya se dijo, la calidad de heredero no se trasmite; y como la acción de filiación es eminentemente personal, sólo los continuadores de la personalidad jurídica del causante, sus herederos, pueden intervenir debidamente en un debate sobre el estado civil."

Que en el caso de venta o cesión de herencia no se trasmite la calidad de heredero, pues esta calidad es personal e intransmisible. "El heredero que ha vendido la herencia sigue, pues, siendo heredero, pero ha dejado de ser propietario del patrimonio hereditario; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza." (Sobre esto último ninguna objeción se hizo por el recurrente.)

CASACION — CAPITULO I

De los cinco capítulos en que el recurrente divide la demanda de casación, se destina el primero a algunas consideraciones de derecho que conviene estudiar antes de entrar en el examen de los cargos contra la sentencia.

Principia el recurrente por sentar que la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que muerto el padre, legítimo contradictor en el juicio sobre filiación natural, "la acción puede dirigirse contra los herederos, puesto que éstos son continuadores del causante." Y agrega: "La Corte solamente ha decidido hasta ahora la siguiente cuestión: cuando el padre ha muerto, es posible adelantar la controversia sobre filiación con los herederos; "pero la Corte no ha decidido aún, y lo tiene que decidir aquí, si muerto el padre es posible dirigir esa acción contra personas que, aunque hipotéticamente no tengan la calidad de herederos, sean cesionarios de los derechos herenciales o tengan un interés jurídico en los resultados del juicio, es decir, que sean por uno u otro concepto interesados".

En seguida dice que la Corte tiene ya admitido que la acción se puede adelantar "contra los herederos o contra los causahabientes del difunto"; y transcribiendo algunos párrafos que se dice son tomados de sentencias de la Corte, redondea así su argumentación sobre el particular: "La Corte, pues, no solamente ha sostenido y repetido que la acción se puede promover contra los herederos, una vez fallecido el padre, sino que también puede promoverse contra causahabientes del padre. Y no se negará por nadie que los cesionarios de herederos, o los legatarios, o los cesionarios de legatarios, son causahabientes del causante."

Merece la pena de adelantar algún comentario relacionado con estos puntos de vista del recurrente.

Los argumentos expuestos por el Tribunal para revocar la sentencia del Juez y despachar desfavorablemente la demanda, declarando probada una excepción, argumentos transcritos atrás, se pueden reducir a este razonamiento simple:

De acuerdo con jurisprudencia de la Corte, se puede dirigir la acción de filiación natural, no sólo contra el presunto padre, si vive, sino contra sus herederos; el heredero cedente de derechos hereditarios traspasa los bienes patrimoniales pero en ningún caso el título de heredero; de donde resulta que la presente acción no se podía enderezar solamente contra María Barrero, cesionaria de la heredera Elpidia Castillo, y ha debido demandarse también a ésta como heredera del causante Luis Antonio Barrero, presunto padre de los demandantes.

Ante esta argumentación, el recurrente manifiesta: sí se puede demandar al cesionario, porque es causahabiente del **de cujus**; "la Corte no ha decidido aún, y lo tiene que decidir aquí, si muerto el padre es posible dirigir la acción de reconocimiento de hijo natural contra personas que, aunque hipotéticamente no tengan la calidad de herederos, sean cesionarios de derechos hereditarios o tengan un interés jurídico en los resultados del juicio, o sean por uno u otro concepto interesados en el sentido de que el fallo los afecta patrimonial o legalmente en alguna forma."

Y agrega esto, dentro de la anterior exigencia categórica: "La Corte entra a decidir, por primera vez que yo sepa, si la acción puede ejercitarse contra personas que, aunque no sean cesionarias de heredero, son sin embargo causahabientes de éste, y en último término, causahabientes del causante."

En pocas palabras, lo que el recurrente aspira es a que la Corte decida ya, de inmediato, si un simple cesionario, por tener interés patrimonial en la herencia y aunque sea un extraño al causante, debe hacerle frente a una acción de paternidad natural. O en otros términos: que no sólo contra los herederos sino contra quienes tengan algún interés simplemente patrimonial en la sucesión del presunto padre, se puede adelantar la acción de filiación natural.

El recurrente no tiene para el caso ideas muy claras sobre causahabientes; le da a este término un sentido que no es adecuado, y de esta suerte, su razonamiento carece de base jurídica.

El **de cujus** es "causante"; quienes dependen directamente de él y lo heredan, son sus "causahabientes". El causahabiente deriva su derecho rectamente del causante. De esta suerte, sólo los herederos y los legatarios son causahabientes del **de cujus.**

Dice el Profesor Carrizosa Pardo: "El difunto de cuya sucesión se trata es el causante; el heredero o legatario es su causahabiente. Este adquiere, por sucesión **mortis causa,** el derecho que se le trasmite (todo el patrimonio o una cuota, si es heredero; o determinado bien, si es legatario), reputándose que el causahabiente ha sucedido al difunto sin solución de continuidad en la propiedad de su derecho. (**Las Sucesiones,** página 9.)

Demolombe, citado por el comentador Bonnecase, expresa: "Los causahabientes de una persona son de dos clases: unos universales o a título universal, y otros a título particular. Los primeros son aquellos que reciben de su autor derechos sobre la universalidad de sus bienes o sobre una parte alícuota de esta universalidad. Los segundos reciben derechos sobre tal o cual bien determinado, considerado a título singular." Y agrega, para aclarar el concepto: "El comprador es causahabiente del vendedor, con relación a la cosa vendida; el legatario o donatario, causahabiente del testador con relación a la cosa donada o legada." (Bonnecase, Tomo II, página 84. **Elementos de Derecho Civil.)**

Dice Josserand: "Entiéndese por causahabiente de una persona quien trae un derecho de dicha persona, la cual tiene, con relación a él la posición de **autor** (causante); por ejemplo, un comprador es el causahabiente de su vendedor, un donatario es el caushabiente de su donador, un heredero es el causahabiente del difunto a quien hereda; se puede pues decir que el causahabiente es **lato sensu,** el sucesor del causante. Puede la trasmisión afectar la totalidad o una parte alícuota del patrimonio del causante —la mitad, el tercero, el décimo— y se dice en ese caso que el causahabiente es **universal** o a **título universal:** la mayor parte de las transmisiones por causa de muerte presentan este carácter: recaen sobre un patrimonio o sobre una parte alícuota del patrimonio." (**Derecho Civil,** edición en español, Tomo I, volumen 1º, página 150.)

Y no hay necesidad de más citas.

Sentado esto, no se puede aceptar el concepto de que el cesionario de un heredero sea causahabiente del causante; no: es causahabiente del cedente, es decir, del heredero. En el presente caso, María Barrero es causahabiente de su cedente, la heredera Elpidia Castillo, y nada tiene que ver, entonces, con el causante Luis Antonio Barrero. Se aclara esto, considerando lo siguiente: si la Barrero fuera causahabiente de Luis Antonio Barrero, lo sería también la persona a quien aquélla traspasara sus derechos. La Barrero trasmite, por ejemplo, a A lo mismo que adquirió; A lo trasmite a B; éste lo trasmite a C., y así sucesivamente, resultando de ello que al cabo de muchas trasmisiones, y de muchos tiempos, el último adquirente sería causahabiente de Luis Antonio Barrero. Enunciación ésta que resulta disparatada. No es así: A sería causahabiente de la Barrero; B sería causahabiente de A., y así sucesivamente, de manera que en esas trasmisiones, desde la primera, nada tiene que ver con el causante.

El Capítulo I que se examina tiene como título "La Jurisprudencia de la Corte sobre filiación natural" y creyendo el recurrente sacar de unas sentencias de casación partido para su tesis, hace algunas transcripciones que no son propiamente de los tres fallos que cita, sino frases con que la Relatoría introduce la publicación de sentencias; mas se puede aceptar que esas frases corresponden al texto de los fallos, para decir: si la Corte ha dicho que contra los causahabientes del difunto se puede adelantar la acción de que se trata, según se lee en aquellas frases, ha dicho bien porque ella se está refiriendo a los herederos, que son causahabientes del **de cujus;** y en los juicios a que tales sentencias se refieren, fueron demandados precisamente los herederos del presunto padre natural.

CAPITULO II

Dice el recurrente en este Capítulo que la sentencia es violatoria "por interpretación errónea o al menos por aplicación indebida de los artículos 403 y 405 del C. C. y por ello la acuso."

Expresa además que se viola el artículo 405 por aplicación indebida, porque él se refiere a un caso que no es el contemplado en el juicio; y que se viola el artículo 405 (se quiso sin duda citar el 403) "en cuanto se le hace contener la obligación ineludible de demandar, una vez muerto el padre, única y exclusivamente a los herederos."

Sobre este particular dijo el Tribunal que como

en la sucesión de Luis Antonio Barrero se reconoció como única heredera a Elpidia Castillo, y en tal carácter se le hizo adjudicación de la herencia, al tenor de los artículos 403 y 405 del C. C. la acción de filiación natural ha debido dirigirse contra la única heredera de Barrero, como continuadora de la personalidad jurídica de éste."

El artículo 403 citado habla de que en los juicios de paternidad el legítimo contradictor es el padre. Tomando pie en este artículo, una vez expedida la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural, los jueces negaban toda demanda sobre filiación natural cuando el presunto padre había muerto; mas se reaccionó contra esta doctrina, y la jurisprudencia se generalizó en el sentido de aceptar como demandados a los herederos, muerto el padre. En el siguiente párrafo, tomado de una de las sentencias de casación que se citan al final, está cristalizado el pensamiento de la nueva jurisprudencia que se abrió paso después de muchas opiniones contradictorias, y que hoy está rigiendo uniformemente en el país: "Si todas estas reflexiones imponen el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre, a quien, viviendo, le habría tocado responder ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones transmisibles (art. 1155 del C. C.). Querrá decir tan sólo que la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos tendrá el alcance relativo a toda sentencia y que, por ende, no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido parte en la controversia, en contraste con la que se dictara en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto **erga omnes**, en virtud de la declaración excepcional del artículo 401, ya que la locución **legítimo contradictor** de que el artículo 402 se vale para señalar al padre, tiene ese preciso sentido y resultado, y no la sugestión que había querido vérsele **a contrario sensu** de ilegitimidad en cualquiera persona distinta." (Casación, 1º octubre 1945, LIX, 684. - 28 julio 1946, LX, 717. - 29 julio 1946, LX, 777. - 23 septiembre 1946, LXI, 68. - 5 noviembre 1946, LXI, 415. - 18 septiembre 1947, LXIII, 27. - 11 mayo 1948, LXIV, 371. - 14 septiembre 1948, LXIV, 751.)

Como se ve, la nueva teoría se basa principalmente en los artículos 402 y 403 del C. C., y en ella nada tiene que ver el artículo 405, que versa sobre la prueba de colusión en el respectivo juicio sobre filiación.

Quiere ello decir que este artículo no fue aplicado en el razonamiento del Tribunal, sino mal citado, y se quiso sin duda citar el artículo 402. No hubo entonces violación del artículo 405, como lo sostiene el recurrente, sino citación mal hecha, igual a la que hizo el mismo recurrente en su argumentación, al citar el mismo artículo 405 por el 403.

Y en lo que respecta al artículo 403, cuya violación apunta también el recurrente, no la hubo tampoco, porque basándose en él y en las voces uniformes de la jurisprudencia, el Tribunal extendió su razonamiento, que resulta entonces jurídico.

No prospera el cargo.

CAPITULO III

Dice en este Capítulo el recurrente que el Tribunal violó directamente el artículo 406 del C. C., lo cual llevó a la interpretación errónea del artículo 403, y a una aplicación indebida del artículo 405. Y agrega: "Con efecto, este artículo 406 permite la controversia de filiación natural entre **cualesquiera personas** (subraya el recurrente), claro que con las limitaciones para cuando el padre está vivo..."

Ya se vio que el Tribunal no interpretó erróneamente el artículo 403, sino que hizo de él una correcta interpretación; y se vio también que del artículo 405 no hubo aplicación indebida, porque el Tribunal no lo aplicó al caso sino que lo citó por error.

El artículo 406 que se cita como violado dice: "Ni prescripción ni fallo alguno entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce."

La simple lectura de este artículo deja ver que él es extraño al caso que se estudia, pues ninguna relación tiene con lo resuelto por el Tribunal.

No prospera el cargo que se ha estudiado.

CAPITULO IV

Rompe así este Capítulo: "La sentencia acusada viola el artículo 343 del C. J., por aplicación indebida, y ésta determinó a su vez la violación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 en sus numerales 4º y 5º."

Y para tratar de fundamentar esta queja, expresa que el Tribunal declaró probada la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, sin que obre prueba del hecho constitutivo de tal excepción, con lo cual violó aquel artículo 343 o por falta de apreciación de las pruebas, o por errónea interpretación de ellas.

A cuáles pruebas específicas se refiere el recurrente? No se dice.

¿En qué error incurrió el Tribunal por la falta de apreciación de pruebas o por errónea interpretación de ellas? No se dice tampoco.

Y entonces, el cargo estuvo mal formulado, y por estarlo, la Sala está eximida de estudiarlo. Mas se dice algo al respecto:

De acuerdo con el artículo 343 que se cita como violado, los jueces pueden declarar de oficio las excepciones perentorias, cuando hallen justificados los hechos que las constituyan.

¿Estaban justificados los hechos que para el Tribunal pudieran dar cabida a la excepción? El Tribunal encontró suficiente la prueba, y a la Corte no le es dado desconocer esa convicción del Juzgador, no habiendo de por medio un error de hecho evidente, que ni siquiera se alegó.

¿Considera el recurrente que las pruebas estuvieron mal apreciadas o no aplicadas por el Tribunal? Ha debido decirlo, especificándolas, y ni siquiera las citó.

No se violó, por tanto, el artículo 343 del C. Judicial, ni el 4º de la Ley 45 de 1936 que se presenta como consecuencial.

No prospera el cargo.

CAPITULO V

La demanda dice en algunos de sus hechos:

Que el causante Luis A. Barrero murió (hecho 9);

Que dentro del juicio de sucesión de aquél fue reconocido como heredera Elpidia Castillo (hecho 10);

Que esta heredera cedió sus derechos hereditarios a su hija María Barrero, quien en seguida se hizo reconocer como cesionaria (hecho 11); y

Que dentro del mismo juicio mortuorio el Juzgado respectivo decretó la posesión efectiva de la herencia a favor de la demandada María Barrero (hecho 12).

Ya se vio que el Tribunal sostuvo que ha debido ser demandada, no sólo la Barrero como cesionaria de los derechos hereditarios, sino también la heredera porque está de por medio una solicitud de declaración de la filiación natural a favor de los demandantes.

Y se vio también que el recurrente sostiene que esto no es así porque la Barrero es causahabiente del **de cujus** como cesionaria que es de un heredero, punto que ya fue estudiado.

Mas en este Capítulo el recurrente, después de presentar ante la Corte la partida correspondiente a la defunción de la heredera Elpidia Castillo antes de iniciarse el juicio, sostiene que "el demandante sólo tenía y tiene la obligación de demandar de acuerdo con los hechos o con la situación existente al momento de presentar la demanda", y que si la heredera "no vivía, bastaba al demandante formular su demanda contra la heredera cesionaria, sin que se pueda pretender que en tal caso no intervino en el juicio la heredera de la heredera cedente."

Y tomando pie en estos hechos y en este razonamiento, sostiene el recurrente que el Tribunal violó el artículo 403 del C. C.

¿Por qué concepto lo violó? No lo dice el recurrente, y el cargo así es inválido.

Dice el recurrente que la obligación del actor era demandar de acuerdo con los hechos o con la situación existente en el momento de la demanda. Y esto es aceptable. ¿Pero dónde están esos hechos, o dónde deben estar los hechos que den razón de la situación existente al presentarse el libelo? En éste, y ya se vio lo único que el actor dijo en los hechos 9, 10 y 11. Para nada se habló allí ni en ninguna parte, sobre la muerte de la heredera. A la Barrero se le demandó como cesionaria y no como heredera de la cedente.

Esto, pues, es un hecho nuevo, que no se puede considerar en casación; y la prueba con que el recurrente trata de establecer ante la Corte ese hecho nuevo, ni siquiera se puede examinar aquí, porque el recurso extraordinario es un debate sobre confrontación de tesis jurídicas o sobre examen de pruebas, cuando ello sea necesario, pero de pruebas que hayan servido de base a la sentencia recurrida, y no de otras, y que hayan sido acusadas por error de hecho evidente o de derecho.

Este cargo, pues, como los otros, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha seis de junio de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía.—Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda.—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE INTERVENCION EN POLITICA

1.—Pueden hacerse las más variadas interpretaciones sobre las palabras "debate político", que emplea el Código Penal al tratar del delito de intervención en política. Mas, en todo caso, no resulta ser jurídica la que circunscribe esa noción al simple significado electoral, en el sentido de que la Ley sólo prohibe con el texto penal la actividad dirigida a fines de naturaleza electoral. Ello traería como consecuencia que de no tener aquel carácter, ese hecho estaría excluído de la sanción penal. La norma quiso sentar una prohibición categórica para los empleados públicos, porque consideró que esas actividades son incompatibles con las funciones públicas. De manera que quien en calidad de funcionario tome parte en un debate político, delinque, cualquiera que sea la situación en que esté colocado, porque la violación de la ley penal está determinada por el carácter del empleado que actúa en funciones que no le corresponden.

No es menester, pues, que el hecho se cometa cumpliendo actividades propias del cargo, sino que esta calidad se tenga cuando se ejecutan actos que la persona que los cumple está imposibilitada legalmente para realizarlos.

2.—El artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, como su contenido lo explica con suficiente claridad, está destinado a dar una norma al funcionario instructor o juez de la causa cuando en la investigación de un delito apareciere que en él ha tenido participación alguna de aquellas personas que en virtud del fuero especial que les reconoce la Carta, deben ser juzgadas por el Senado. En este evento, aquella disposición ordena pasar esas diligencias informativas a la Cámara de Representantes, a fin de que ésta decida si propone o no la acusación ante el Senado.

Siendo ello así, como fácilmente se descubre del texto legal, esto sólo tiene cumplimiento cuando en un delito sea PARTICIPE una persona que goce de fuero para su juzgamiento por el Senado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo cinco de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

VISTOS:

Ejecutoriado el auto calificador proferido en este proceso contra el doctor Antonio Ordóñez Ceballos, se dispuso abrir el juicio a prueba, conforme al procedimiento vigente a seguir de que trata el Decreto número 1231 de 1951, sin que las partes hubieran solicitado la práctica de pruebas. Conforme a la misma disposición ejecutiva nombrada, se señaló fecha para la audiencia, la que se llevó a cabo con observancia de los requisitos legales. Como se halla agotada la tramitación a que alude aquel Decreto, ha llegado el momento de dictar la sentencia que ponga fin al proceso y a ello se procede.

Se relacionaron los hechos así en el auto de proceder:

El doctor Darío Samper, director del periódico "Jornada S. A.", en memorial dirigido el 31 de agosto de 1950, al Superintendente de Sociedades Anónimas, da cuenta de que el doctor Antonio Ordóñez Ceballos, Contralor General de la República, ha intervenido en política, ya que como miembro de la Junta Directiva de ese periódico participa abiertamente en un debate de tal carácter "con el ánimo de cambiar la orientación política de 'Jornada' para que ese periódico no adelante el debate político en que se empeña con la Dirección Nacional Liberal", lo que es violatorio del artículo 180 del Código Penal.

El memorial se remitió al Ministerio de Justicia y éste a su vez lo envió a la Corte, con copias autenticadas de la Resolución número 691 de 1950 de la Superintendencia de Sociedades Anónimas y del acta de la sesión extraordinaria de la Junta Directiva de "Jornada S. A.", del 17 de agosto del mismo año.

También en comunicación dirigida al señor Ministro de Justicia, el mismo doctor Samper dio cuenta de que el Contralor General de la República, doctor Antonio Ordóñez Ceballos, había dado orden de que se descontara a todos los empleados de su dependencia una cuota para adquirir acciones de "Jornada", acciones falsificadas que éste y sus amigos estaban vendiendo, imposición de cuotas que estaba prohibida por el Gobierno conforme a reciente circular del Ministerio de Gobierno.

Acerca del último hecho anotado se sobreseyó en forma temporal y se dispuso reabrir la investigación a efecto de que se perfeccionara.

En cuanto a lo demás, al doctor Antonio Ordóñez Ceballos se le abrió causa criminal por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones, de que trata el Código Penal en su Capítulo VI, Título III, Libro Segundo, consistente el cargo en haber tomado parte en actividades políticas cuando desempeñaba las funciones de Contralor General de la República, hecho ocurrido en esta ciudad de Bogotá, en el tiempo comprendido entre el 25 de febrero de 1950 fecha en la cual fue nombrado miembro de la Junta Directiva de "Jornada S. A.", por la Asamblea General de accionistas y la fecha en que cesó en el ejercicio de aquellas funciones.

Las pruebas que obran en el proceso que sirvieron para proferir enjuiciamiento contra el procesado, no sufrieron modificación alguna durante el juicio. Su valor, en consecuencia, es el mismo tenido en cuenta para el procesamiento y de ellas resulta:

a). Que con fecha 12 de agosto de 1948, la Honorable Cámara de Representantes nombró al doctor Antonio Ordóñez Ceballos como Contralor General de la República, según acta que en copia autenticada obra a folio 30, cargo del cual tomó posesión el 20 del mismo mes citado. Obra asimismo la constancia de que hasta el 29 de septiembre de 1950, ninguna otra persona distinta del doctor Ordóñez Ceballos ejerció las funciones de Contralor General de la República, después del 20 de agosto de 1948 (fs. 28 y 29).

b). Que entre los miembros de la Junta Directiva de "Jornada S. A.", aparece el nombre del doctor Antonio Ordóñez Ceballos, según nombramiento que le hizo la Asamblea General de Accionistas, el 25 de febrero de 1950. El extracto del acta respectiva obra a folios 24 y 25 y dice en lo pertinente:

"En Bogotá, a veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta, en el local de los Talleres de Jornada S. A., se instaló la Asamblea General de Accionistas... Bajo la presidencia del doctor Darío Samper y la Secretaría a cargo del titular señor Víctor M. Silva, se dio principio a la sesión... A continuación el accionista Manuel Rodríguez Díaz, presenta la siguiente proposición: "Suspéndase lo que se discute y considérese lo siguiente: Procédase a la elección de miembros de la Junta Directiva de la Sociedad 'Jornada S. A.'; en consideración esta proposición por la presidencia, fueron aprobadas la alteración del orden del día y la proposición sustitutiva... quedando por consiguiente la elección de la Junta Directiva así: principales, Antonio Ordóñez Ceballos, Jorge Villaveces, Manuel José Gaitán, Santiago Valderrama, Jesús Macías. Suplentes Roberto París Gaitán, Luis Cano Jacobo, Alberto Salcedo R., Octavio Rodríguez y Gustavo Samper... el presidente sometió a la consideración de la honorable Asamblea la elección verificada, siendo aprobada pro unanimidad... A continuación la presidencia declaró legalmente elegidos como miembros de la honorable Junta a los siguientes señores (los nombrados).

c). El acta en que consta el nombramiento fue debidamente registrada en la Cámara de Comercio y el 17 de agosto de 1950, se verificó en las oficinas del presidente doctor Antonio Ordóñez Ceballos, una reunión de la Junta Directiva, a la que concurrieron éste, Manuel José Gaitán Ayala, Santiago Valderrama y Jesús Macías, quienes con el voto disidente del segundo, aprobaron la siguiente proposición:

"La Junta Directiva de 'Jornada S. A.', teniendo en cuenta que el señor director ha contravenido a la orientación política que determinó la fundación del periódico y que de algún tiempo a hoy viene desarrollando el periódico Jornada una labor inconveniente para los fines de la unión del partido liberal y para el futuro desarrollo de la política proclamada y aprobada por la Convención Nacional del partido recientemente reunida en esta ciudad, objetivos que fueron las tesis proclamadas por el doctor **Jorge Eliécer Gaitán** y por los fundadores de "Jornada, S. A.", y que el señor gerente ha incidido en hechos que justifican la in-

quietud de los accionistas y la censura de esta Junta, Resuelve: 1° Agradecer a los señores Darío Samper y Jorge Villaveces los servicios prestados al periódico y proceder inmediatamente a reemplazarlos" (fs. 12).

d). Que en desarrollo de la anterior proposición la Junta Directiva procedió a hacer la elección de Gerente de la Sociedad y director del periódico así: Santiago Valderrama, Alberto Salcedo y Manuel Vicente González, para Gerente, primero y segundo suplente, respectivamente, y por los doctores Jorge Uribe Márquez y Juan B. Barrios para directores del periódico. Otros miembros de la Junta Directiva, se reunieron y acordaron ratificar su absoluta confianza al doctor Darío Samper como director de 'Jornada S. A.', y al señor Jorge Villaveces como Gerente de la Empresa. La Superintendencia de Sociedades Anónimas resolvió: "Considerar legal y estatutariamente válida la reunión de la Junta Directiva de 'Jornada S. A.' verificada el 17 del presente mes (agosto de 1950), bajo la presidencia del doctor Antonio Ordóñez Ceballos y con la asistencia de los miembros principales doctores Antonio Ordóñez Ceballos, Manuel José Gaitán Ayala, Santiago Valderrama y Jesús Macías (fs. 8).

e). El artículo 5° de la escritura constitutiva de la Sociedad 'Jornada S. A.', dice (fs. 105):

"El periódico Jornada estará sujeto a un reglamento que dictará la Junta Directiva y su plataforma se basará en los siguientes postulados, que constituyen el derrotero ideológico, dentro de los cuales enmarcarán las actividades del personal directivo, cuerpo de redactores, colaboradores, cronistas, etcétera: a) Servir los intereses generales del país dentro de la orientación liberal que ha marcado a la República el movimiento político que defiende el lema de la Restauración Moral y Democrática de la República". Según esta Junta Directiva de la Sociedad de la cual hacía parte el Contralor doctor Ordóñez Ceballos desde el 25 de febrero de 1950, era la encargada de dictar un reglamento y "guiar para cada caso particular, de acuerdo con la plataforma fijada en dicho artículo (5° de los estatutos), el desarrollo político y económico del periódico (artículo 34, ordinal h, de los mismos estatutos).

f). Varias declaraciones de testigos recibidas en el informativo acreditan la asistencia del doctor Ordóñez Ceballos a las reuniones de la Junta Directiva del periódico Jornada. Entre ellas la del doctor Manuel José Gaitán Ayala quien dice (fs. 45): "...Sírvase explicar, doctor, el carácter de las reuniones de la Junta Directiva del periódico Jornada en que intervino el doctor Antonio Ordóñez Ceballos, es decir si fueron de carácter político o comercial? Contestó: Pues la Junta a que fui convocado, por convocatoria de su presidente doctor Antonio Ordóñez Ceballos se discutió casi únicamente sobre política del periódico, que estaba llevando el doctor Darío Samper. En ella manifestó el doctor Ordóñez Ceballos con los otros miembros que lo acompañaban, el doctor Santiago Valderrama y Jesús Macías que no podían acompañar al doctor Samper en esa política, porque sería desunir al partido y que, por lo tanto, pedían el cambio de Samper como director del periódico y al referirse al doctor Villaveces de él no manifestaron que estuvieran en desacuerdo sino en la parte financiera. Duramos como cuatro horas en la discusión, en la cual no alcancé a intervenir, pero al día siguiente en la Contraloría General, en la oficina de censos asistí y me manifestó el doctor Ordóñez que el objeto era oírme y entonces le manifesté claramente que yo me oponía al cambio de director, pues que sí estaba plenamente de acuerdo con la orientación política del periódico, puesto que mi hermano lo había fundado casualmente para combatir todos los errores que pudiera cometer la oligarquía..."

El doctor Luis Cano Jacobo (fs. 50) dice:

"...Desgraciadamente en la última sesión que se desarrolló en pleno y cuya fecha en forma precisa ahora no recuerdo, el doctor Antonio Ordóñez Ceballos propuso el cambio de director y del Gerente por estimar que en sus funciones y labor de orientación no se acomodaban a la política oficial del partido liberal y que estaba representada en la Dirección Liberal..."

g). En la diligencia de inspección ocular (fs. 96) practicada en las oficinas de la Gerencia de la Empresa Jornada S. A., se lee:

"...El señor Gerente manifestó que el señor Antonio Ordóñez Ceballos fue elegido miembro de la Junta Directiva de la Empresa Jornada S. A. el 25 de febrero de 1950 por la Asamblea ordinaria de accionistas de la Empresa. Del 26 del mismo mes actuó el doctor Ordóñez Ceballos como hasta el mes de mayo en que salió para los Estados Unidos, regresó el 8 de agosto y asistió a dos reuniones de la Junta Directiva hasta el 17 del mismo mes en que surgió la controversia entre unos miembros de la Junta con otros miembros de la misma. Presento a ustedes dos libros de actas de la Sociedad el primero que comienza en abril de 1946 y termina el 22 de septiembre de

1950 y el segundo, que principia el 22 de septiembre de 1950 hasta el 30 de enero de 1951. La razón de haberse abierto el segundo libro se debe a que el Ejecutivo dictó un decreto que entre otras cosas ordena registrar los libros de actas de las sociedades anónimas en las Cámaras de Comercio del respectivo domicilio... En el acta número 56, al folio 163 del primer libro examinado, se encuentran las siguientes intervenciones del doctor Ordóñez Ceballos: "A continuación el doctor Ordóñez Ceballos hace uso de la palabra manifestando que al ingresar como accionista de esta empresa lo hizo con ánimo ideológico y que en vista de la precaria situación económica aportó todos sus intereses y sus influencias a fin de vencer todas las dificultades de la iniciación de los talleres hasta que este gran esfuerzo se ha demostrado con la realidad actual. Luego dice que la política del periódico está en desacuerdo con el partido porque es partidaria de la división y que lo único que debe ofrecer es la unión ante todo y considera inadmisible que Jornada siga dividiendo al partido liberal..." Dice más adelante: "... sigue el Dr. Ordóñez Ceballos refiriéndose a que el periódico está contra la Dirección Nacional Liberal".

h). El doctor Ordóñez Ceballos al rendir indagatoria (fs. 157 y siguientes) y al preguntársele si sabía por qué se le llamaba a declarar, contestó que entendía que se trataba de un denuncio del doctor Darío Samper por supuesta intervención suya en política cuando ejercía el cargo de Contralor General de la República; que en ejercicio de este cargo fue elegido por una Asamblea de accionistas de la Empresa Editorial Jornada, miembro de la Junta Directiva y pósteriormente haciendo uso de las facultades que la ley sobre sociedades anónimas confiere a los directores de las empresas para nombrar gerentes de ellas, votó por el cambio de quienes entonces tenían la personería de dicha empresa, por motivos de mala administración. Interrogado acerca de la sesión extraordinaria del 17 de agosto de 1950, contestó que ese día no hubo Junta; que se efectuó una reunión el día anterior en las oficinas de Jornada con asistencia de los señores Santiago Valderrama, Jesús Macías, Luis Cano Jacobo, César Ordóñez Quintero, Manuel José Gaitán, Alberto Salcedo, el Secretario Silva, otras personas más que no recuerda y el indagado, sesión que duró de las 9 de la noche a las 4 de la mañana donde se trató especialmente del hecho irregular de que el Gerente Jorge Villaveces, durante el período de su gerencia, había adquirido varios miles de acciones de la Empresa Jornada S. A., contraviniendo claras disposiciones de la ley orgánica de Sociedades Anónimas. Que esa sesión no concluyó y aplazada para el día siguiente, el periódico 'El Siglo' publicó declaraciones del señor Darío Samper en las cuales afirmaba que se negaba a entregar el periódico Jornada y que de allí no lo sacarían vivo, lo que trajo una situación en que quedaron en suspenso las conversaciones iniciadas el día anterior, se planteaba la situación de tres miembros principales de la Junta, por un lado y un principal y un suplente por el otro, controversia que decidió la Superintendencia de Sociedades Anónimas, y luego el Consejo de Estado.

Acerca de la aprobación o votación afirmativa de la proposición transcrita anteriormente en la sesión del 17 de agosto de 1950, contestó:

"No puedo decírselo porque el día porque se me pregunta, como lo dije en mi respuesta anterior, no hubo sesión de la Junta Directiva de Jornada. En cuanto a su intervención en la elección de Santiago Valderrama como Gerente de Jornada y Alberto Salcedo y Manuel Vicente González, como primero y segundo suplentes, en su orden, expresó ignorarlo todo por lo dicho anteriormente. En orden a los cargos de carácter político relacionados en el proceso, el doctor Ordóñez Ceballos los negó y manifestó que no se trataba de la orientación política liberal o no del diario Jornada, sino de "vagabunderías" del señor Samper, como la de venir cobrándole a la gente las rectificaciones que el periódico hacía con motivo de cualquiera de las corresponsalías que se publicaban en provincia. "Jornada por otra parte no podía dividir el partido liberal —agrega— ni cosa por el estilo como se dice por los declarantes, por ser un diario sin circulación para ese entonces. Cualquier referencia mía a la orientación política del periódico, si alguna vez se hizo, debió ser por motivo ideológico y por el cumplimiento de los propios estatutos que regulaban los fines de la Empresa Jornada de servicio a las clases trabajadoras sin distingos de bandería. Usted comprende además, señor Juez, que en una clase de reunión como es una Junta de periódico, es absolutamente imposible impedir o controlar que los demás hablen aquellas cosas que les provoque. Este el caso, por ejemplo, de una proposición presentada en esa Junta por don Santiago Valderrama en donde hablaba de algunas cosas políticas de carácter general, y la cual jamás llegó a aprobarse por haber quedado la sesión en suspenso".

Niega, pues, el sindicado los cargos relacionados

con su intervención en política en los actos a que asistió, pero admite su presencia en sesiones o reuniones de la Junta Directivá del periódico "Jornada S. A." ,donde dice que siendo Contralor de la República, fue elegido por una Asamblea de accionistas de esa empresa editorial.

Se establece, en consecuencia, con las pruebas allegadas al proceso, de las cuales se ha hecho relación detallada, que el doctor Ordóñez Ceballos, siendo Contralor General de la República, fue elegido miembro de la Junta Directiva del periódico "Jornada S. A.", y que como tal le correspondía "guiar para cada caso particular el desarrollo político y económico del periódico", según los estatutos respectivos.

Que como miembro de esa Junta Directiva, hizo manifestaciones de desacuerdo, por razones políticas, con el director del periódico doctor Darío Samper y con el Gerente Jorge Villaveces, llegando a votar la destitución de dichas personas; y que con la calidad dicha, libró campaña a fin de que las actividades del periódico "Jornada S. A." se encaminaran a lograr la unión del partido liberal.

La intervención en política atribuída al funcionario acusado es clara y precisa, como lo es también el hecho de que esta actividad la desarrolló éste hallándose en el ejercicio de la alta investidura de Contralor General de la República; tales actividades les están vedadas a los funcionarios públicos e igualmente sancionadas por la Ley, conforme a lo dispuesto por el artículo 180 del Código Penal.

Al acto de la audiencia pública asistió el doctor Ordóñez Ceballos, quien en su carácter de abogado atendió su propia defensa e hizo una extensa exposición, cuya transcripción magnético-taquigráfica ha traído a los autos, junto con un certificado de la Cámara de Comercio de esta ciudad y cartulinas a las cuales se adhirieron recortes de algunos diarios del país.

Las conclusiones propuestas en esta diligense encaminan a recalcar a que se absuelva al procesado de los cargos que le fueron formulados, por cuanto no cometió el delito de "intervención en política" que se le atribuye, ya que su actuación se desarrolló en el ambiente privado de la Junta Directiva de una Sociedad Anónima, que no se puede confundir con un directorio político, que es la entidad a la cual se refiere "restrictivamente" el artículo 180 del Código Penal; y porque no intervino en "un debate político", porque las discusiones de la Junta Directiva de una Sociedad Anónima son privadas, se relacionan directamente con el interés comercial de la empresa y de consiguiente no afectan ni lesionan a la colectividad; y que tampoco cometió el delito de "abuso de autoridad" porque en su actuación en la Junta Directiva de "Jornada S. A." no obraba en su calidad de Contralor General de la República, sino como ciudadano particular. En síntesis, que el procesado no ha violado, en ninguna de sus normas, el Capítulo 6º del Código Penal.

Se considera:

No obsta, como lo acepta el procesado, que la intervención en política atribuída al doctor Ordóñez Ceballos surja de las actas privadas de la Asamblea de accionistas de una empresa periodística, para que se configure la infracción, dado que para el caso, bien pueden ser ellas de ese carácter o bien públicas. Lo importante es que se haya intervenido en política y que quien lo haga sea un funcionario o empleado público. Y no implica el origen de la disposición ni el hecho de que se hubiese convertido en una costumbre esto de las actividades políticas; la consideración principal al respecto es la existencia de una norma legal que de ser violada, la aplicación de la sanción no puede renunciarse.

Al delito de intervención en política que estructura el Código Penal en el artículo 180, si bien la Ley lo incluye entre las infracciones constitutivas de abuso de autoridad, no es esta denominación propiamente dicha la que forma sus elementos constitutivos. No se sanciona ese hecho porque signifique abuso de autoridad, en el riguroso sentido jurídico de tal concepto, sino en orden a una prohibición que la ley erige en delito, consistente en hacer parte de directorios políticos o intervenir en debates de ese carácter. Demostrado que se cumplió una u otra actividad por un funcionario público, se incurre en responsabilidad, sin que el concepto de abuso de autoridad se manifieste en la infracción.

Lo anterior contesta al sofístico argumento de la defensa, sobre el cual tanto hincapié hace en su alegato oral, consistente en que "cuando no se está actuando como Contralor es físicamente imposible abusar de autoridad".

Al procesado se le adujo como cargo concreto haber intervenido en un debate político cuando estaba investido de la calidad de Contralor. Es claro que en esta calidad, como tal, no podía actuar en una Junta Directiva de una Sociedad Anóni-

ma, porque son funciones incompatibles, como también lo son la de Contralor y partícipe en un debate en que se patentiza una actividad política dirigida a una finalidad de ese género.

Precisamente, por no poder compaginarse ambas actividades es por lo que resulta incompatible que un funcionario público, desde una Junta Directiva, intervenga en funciones que en su calidad de empleado le están vedadas por la Ley penal.

Si la actividad del procesado, como miembro de una Junta Directiva, se hubiese dirigido a servir los intereses económicos de la empresa, nadie sería osado a calificar tal conducta como delictuosa. Por el contrario, ello estaría en consonancia con la índole misma de la función que se cumplía.

Otra cosa muy distinta es que determinada la calidad de funcionario público en una de las más altas y delicadas funciones del Estado, se inmiscuya en actividades que no le son propias e intervenga en fines diferentes, para cambiar de orientaciones una publicación periodística, terciando con su influencia y prestigio en una controversia o debate público, en el cual la investidura oficial no está en consonancia con la índole de una actividad que le es extraña y le está vedada al acusado por prohibición expresa de la ley.

Pueden hacerse las más variadas interpretaciones sobre las palabras "debate político" que emplea el Código. Mas, en todo caso, no resulta ser jurídica la que circunscribe esa noción al simple significado electoral, en el sentido de que la ley sólo prohibe con el texto penal la actividad dirigida a fines de naturaleza electoral. Ello traería como consecuencia que de no tener aquel carácter ese hecho estaría excluído de sanción penal. La norma quiso sentar una prohibición categórica para los empleados públicos, porque consideró que esas actividades son incompatibles con las funciones públicas. De manera que quien en calidad de funcionario tome parte en un debate político delinque, cualquiera que sea la situación en que esté colocado, porque la violación de la ley penal está determinada por el carácter del empleado que actúa en funciones que nó le corresponden.

No es menester, pues, como parece entenderlo la defensa, que el hecho se cometa cumpliendo actividades propias del cargo, sino que esta calidad se tenga cuando se ejecutan actos que la persona que los cumple está imposibilitada legalmente para realizarlos.

De interpretar de otra suerte la ley vendría a ocurrir que nunca tendría existencia aquella responsabilidad, porque se alegaría que ello se hizo en actividades privadas. Sean éstas de tal carácter u oficiales, el hecho es que en ambas ocurrencias se infringe la ley si se interviene en actos que ella misma erige en infracción para tutelar derechos fundamentales, como lo son procurar que los empleados públicos no incurran en acciones incompatibles con su calidad y sus funciones.

No es exacto el libelo de defensa cuando pretende confundir los términos del auto de proceder, afirmando que el procesamiento del sindicado se verificó porque actuó en ambiente privado de la Junta Directiva de una Sociedad Anónima, que no se puede confundir con un directorio político, entidad a la que se refiere "restrictivamente" el artículo 180 del Código Penal y por lo mismo no cometió el delito de "intervención en política".

Esta última afirmación carece de significado frente a la ley penal, por cuanto de manera muy clara ésta contiene en el artículo citado dos distintas modalidades del delito que sanciona. La una constituye formar parte de directorios políticos y la otra la hace consistir en intervenir en debates de ese carácter.

Esta última actividad fue la que constituyó el cargo concreto formulado al exContralor doctor Ordóñez Ceballos, como resulta establecido en el proceso con documentos fehacientes que no fueron legalmente refutados.

De manera que confundir la actividad desarrollada en la Junta directiva de "Jornada" con un directorio político, es apenas hábil recurso de la defensa para desviar la cuestión de su verdadero concepto, porque ni la Procuraduría, ni la Corte hubieran podido incurrir en semejante dislate.

Afirma también la defensa que el texto legal hace referencia "restrictivamente" a formar parte de directorio político y no a distinta ocurrencia. Es ello inexacto. Ya se ha dicho que la disposición contiene dos extremos, como su simple lectura lo descubre, y que el cargo formulado lo fue sobre el hecho establecido en el proceso. Que el procesado, ocupando la alta investidura oficial de Contralor de la República, actuó en actividades que en esa calidad le estaban prohibidas, porque su acción en la Junta directiva de "Jornada" nó iba dirigida a intervenir en las gestiones económicas de la empresa, sino que fueron más lejos: se dirigieron a tomar parte en una controversia de orden político sobre el cambio de orien-

tación del periódico. Comoquiera que esto traduce una actuación que la ley no quiere ver realizada por un individuo que ejerce funciones públicas, se estructuró por ello una responsabilidad penal, que es la que ahora decide la Corte por medio de esta sentencia, la cual no será absolutoria como lo reclama el procesado en su intervención oral de la audiencia pública, en la que agotó todos los argumentos que a su inteligencia se le ofrecieron, con el fin de establecer que la discusión de una junta privada no significa intervención en debate político. Y que no hubo tampoco abuso de autoridad porque al actuar en la Junta directiva de "Jornada" no lo hizo como Contralor General de la República.

La Corte no puede pretender hacer referencia a cada una de las alegaciones del procesado. Hay unas dirigidas a la cuestión jurídica del caso, que ya quedan y pueden ser contestadas, porque en el alegato defensivo se multiplican los mismos argumentos con razones distintas, pero siempre desembocando en sostener que no se intervino en debate político porque el funcionario que tal hacía obraba como particular en una junta privada.

Puede ser ello verdad y así reconocerse. Mas la cuestión es otra: que el funcionario no tenía en el momento de obrar así la calidad de simple ciudadano. De ser de tal suerte, ninguna ingerencia habría tenido la justicia, porque actividades de esa índole en forma alguna se las veda la ley al ciudadano. Otra cosa es que éste esté investido de la categoría de funcionario público, porque entonces la cuestión cambia de aspecto, desde luego que al tenor del artículo 20 de la Constitución Nacional los particulares sólo responden ante las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes. En cambio, los funcionarios públicos son responsables por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de ellas.

Es manifiesto que lo que puede hacer un particular no lo puede realizar en las mismas circunstancias un empleado o funcionario público. Este tiene obligaciones y deberes más imperativos con la sociedad, que cuando no cumple u omite, le aparejan responsabilidad penal. Cuando la ley erige un acto del funcionario en infracción es porque considera que al consumarlo desobedeció un mandato, pues no puede desprenderse el funcionario de su calidad de tal, como quien se quita una prenda de vestir, ya que las funciones que ejerce son inherentes a esa categoría, y por lo mismo su propia condición implica que le está prohibido cierto género de actividades que los particulares pueden ejercer sin conculcar norma ninguna, pero que en el empleado público constituyen motivos de responsabilidad que lo colocan fuera de la ley y le aparejan sanciones de carácter penal.

Otros argumentos de la defensa no puede detenerse a contestarlos la Corte porque descendería de su condición de fallador o mero Juez de una causa penal, a tomar parte en una controversia política, a la que con habilidad suma ha querido conducirla el procesado al hacer para su defensa una serie de razonamientos extraños al cometido que ocupa a la Corporación, que no es otro que indagar si el ex-Contralor Ordóñez Ceballos infringió un precepto legal, si existe prueba de esa responsabilidad deducida como cargo de carácter penal, y si en consecuencia debe ser sancionado.

Las apreciaciones ajenas a este cometido que en su extensa defensa presenta el procesado son en absoluto extrañas a la materia **sub judice**, e importaría una controversia inútil e improcedente discriminar aquellas cuestiones que no se rozan con los argumentos de índole jurídica, expuestos allí, aunque sumergidos en los otros con criterio táctico más que interpretativo, pero que al fin resultan susceptibles de rebatir, como en el curso de esta providencia se ha hecho, en calidad de premisas para la decisión que habrá de recaer en virtud del fallo que se pronuncia.

Bueno es advertir que si éste es condenatorio, no por ello la Corte habrá de tener en consideración un texto que cita el alegato de defensa, el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Esta norma está incluída en dicho estatuto en el Título V bajo el mote "Juicios especiales", cuyo Capítulo Primero se destina a dar las normas para los juicios que se promuevan ante el Senado de acuerdo con la Constitución Nacional.

Este texto, como su contenido lo explica con suficiente claridad, está destinado a dar una norma al funcionario instructor o Juez de la causa cuando en la investigación de un delito apareciere que en él ha tenido participación alguna de aquellas personas que en virtud del fuero especial que les reconoce la Carta, deben ser juzgadas por el Senado. En este evento aquella disposición ordena pasar esas diligencias informativas a la Cámara de Representantes a fin de que ésta decida si propone o no la acusación ante el Senado.

Siendo ello así, como se descubre fácilmente del texto legal, esto sólo tiene cumplimiento cuando

en un delito sea **partícipe** una persona que goce de fuero para su juzgamiento por el Senado.

Como en el caso, el hecho atribuído como conducta delictuosa al procesado, tiene el carácter de delito individual cometido por una sola persona, sin participación de nadie, la norma en cuestión está fuera de lugar.

Nadie puede excusarse de una acción ilícita con el pretexto de que otros la cometan o la hayan cometido sin haber sido sancionados. Un argumento de tal índole desquiciaría el régimen jurídico. Lo que importa es que ninguno que cometa una acción delictuosa, si ello se comprueba, quede sin sanción. Razonar en el sentido de que no se es delincuente porque otros también han delinquido, es un hábil sofisma de distracción que la Corte comenta con el solo propósito de presentar los argumentos de la defensa para rebatirlos como corresponde a una providencia que por mandato legal debe ser motivada, y no ciertamente porque encuentre seriedad en un razonamiento tan deleznable, jurídicamente.

Como en el caso a estudio se cumplen los requisitos legales para imponer fallo condenatorio, la sanción aplicable de acuerdo con el artículo 180 del Código Penal es la prevista en el inciso primero del artículo 179 ibídem, o sea la de arresto de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término.

Por la imposibilidad de avaluar pecuniariamente los perjuicios causados con la infracción, corresponde aplicar también el artículo 94 del Código Penal.

El doctor Antonio Ordóñez Ceballos es persona de antecedentes limpios y honorables; no registra acción alguna delictuosa o policiva anterior que haya sido motivo de juzgamiento.

El artículo 80 del Código Penal faculta al Juez para suspender condicionalmente la sanción, cuando la pena que corresponda sea de arresto que no exceda de tres años o prisión que no pase de dos, si por otra parte los antecedentes y personalidad del procesado permiten otorgarle esta gracia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Condénase al doctor Antonio Ordóñez Ceballos, ex-Contralor General de la República, mayor de edad, vecino de esta ciudad, soltero, de profesión abogado, de treinta y nueve años de edad, a la pena de un mes de arresto e interdicción del ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo;

Segundo. Condénase también al procesado doctor Ordóñez Ceballos a pagar a favor del Tesoro Nacional una multa que se fija en la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda legal;

Tercero. Suspéndese condicionalmente el cumplimiento de la pena impuesta en el punto primero, para lo cual se señala al condenado un término de prueba de dos años, contados a partir de la notificación de esta sentencia, quedando sometido a los requisitos establecidos por los Códigos Penal y de Procedimiento á efecto de gozar de este beneficio.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ABSOLUCION DE LOS AUTORES PRINCIPALES CON POSTERIORIDAD A LA CONDENA DE LOS COAUTORES CONSTITUYE UN INDICIO GRAVE DE LA IRRESPONSABILIDAD DE ESTOS Y UN HECHO NUEVO PARA ORDENAR LA REVISION DEL PROCESO

El hecho nuevo o la prueba pueden tenerse como causales del recurso de revisión, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: primera, que no hayan sido conocidos (el hecho o las pruebas) al tiempo de los debates, y segunda, que se establezcan la inocencia o irresponsabilidad de los condenados o por lo menos graves indicios de tales inocencia o irresponsabilidad.

No existe en la ley colombiana, como causal de revisión, la condena fundada en sentencia posteriormente revocada, que lo está en leyes de otros países. Pero, a falta de tal causal, la noción del hecho nuevo no está sujeta a restricción alguna, cuando se han cumplido los presupuestos de la ley.

La absolución de los autores principales, como consecuencia del recurso de casación, implica —efectivamente y en estricta lógica— indicio grave de que los coautores del hecho son igualmente irresponsables, y —como consecuencia— la revisión del proceso, a fin de que en uno nuevo se subsane el error cometido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

VISTOS:

Los señores Carlos Barberi Zamorano, Flavio Vargas, Luis Enrique Fressen, Efraím Lesmes y Alirio Ibáñez, por medio de apoderado especial y con fundamento en el Decreto 1197 de 1951 y artículo 571 (5º) de la Ley procesal, pidieron revisión de la sentencia de la Brigada de Institutos Militares, del nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio de la cual, y como coautores del delito de rebelión cometido en Ibagué los días diez y once de julio del año citado, fueron condenados —con aplicación de los artículos 139 del Código Penal y 157 del de Justicia Militar— a la pena de reclusión militar, así: Barberi a cuatro años, Vargas a cuatro y medio, Fressen a dos, Lesmes a tres e Ibáñez a dos.

Sometido al procedimiento que fijan los artículos 573 y 574 de la ley respectiva, y obtenido el concepto favorable del señor Procurador General de la Nación —ya que el Procurador Delegado en lo Penal se declaró impedido— la Corte decide el recurso en el presente fallo.

I —LOS SUCESOS DE IBAGUE

Como el fundamento de la revisión es la sentencia mediante la cual fueron absueltos el Mayor Julio Millán, el Capitán Juan López de Guzmán y los Tenientes Luis C. Gaitán y Hernando Sicard— que el demandante considera como el hecho nuevo aparecido después de la condena— es necesario describir el origen y desarrollo de los hechos, para así destacar la actividad de los recurrentes Barberi, Fressen, Vargas, Lesmes e Ibáñez en relación con la de los absueltos antes nombrados. La Brigada de Institutos Militares, en la sentencia condenatoria de aquéllos, dio la siguiente versión:

"El lunes 10 de julio del presente año, tan pronto como el Gobernador del Tolima tuvo conocimiento de la prisión del señor Presidente de la República, ocurrida en la ciudad de Pasto, y los sucesos que habían motivado el Decreto sobre turbación del orden público, y en atención a que el Presidente encargado le pidió que llamara al Comandante de la Guarnición Mayor Julio Millán, para que tuviera conferencia telefónica con el señor General Neira, encargado del Ministerio de Guerra. Se presentó dicho oficial en el despacho del Gobernador, más o menos a la una de la tarde, habló el Mayor Millán con el Ministro de Guerra, comunicó al Gobernador que había recibido instrucciones, pidió el apoyo necesario para cumplirlas, que le fue ofrecido, y salió luégo como que si fuera a cumplir con su deber.

"En el cuartel de la Escuela de Ingenieros el señor Mayor Millán convocó una reunión de oficiales en el Comando de la Escuela, a la cual concurrieron entre otros oficiales, los siguientes: Capitanes Carlos Barberi Z. y Flavio Vargas, Teniente Luis E. Fressen y Efraím Lesmes y Subteniente Alirio Ibáñez. En esta reunión el Mayor Millán puso en conocimiento de los oficiales presentes, que el Excelentísimo señor Presidente de la República, doctor Alfonso López, había sido preso en la ciudad de Pasto, por fuerzas del Ejército; que el doctor Darío Echandía había tomado posesión de la Presidencia de la República en su carácter de Primer Designado y que el orden público había sido turbado en toda la nación. Les manifestó que había tomado la decisión de ocupar la Gobernación y tomar la Policía Nacional y los servicios de comunicaciones, y les preguntó a los señores Oficiales cuál no estaba de acuerdo con la decisión que había tomado, a lo cual todos se manifestaron de acuerdo con él. Más o menos siendo las cinco de la tarde los rebeldes principiaron a ejecutar los planes propuestos en la reunión; efectivamente el Capitán Juan B. López de Guzmán al mando de la Compañía de Zapadores y de una sección de la Compañía de Transmisiones y acompañado entre otros oficiales por el Capitán Carlos Barberi, comandante titular de la Compañía de Zapadores, se presentó al Palacio de la Gobernación y allí detuvo al señor Gobernador y a numerosos funcionarios públicos que allí se hallaban lo mismo que a varios particulares, y organizó la guardia que debía custodiarlos dentro del edificio. Simultáneamente otras fuerzas militares al mando de los Tenientes Efraím Lesmes, Luis E. Fressen y Subt. Alirio Ibáñez y Capitán Flavio Vargas intimaron y obtuvieron rendición del personal de la Policía y se apoderaron del armamento de éste y fueron extendiendo rápidamente su acción violenta sobre las oficinas de comunicaciones y los medios de transporte, colocando retenes en las vías que estimaron convenientes interceptar.

Esta situación se prolongó aproximadamente hasta las diez de la noche del lunes citado, hora en que el Coronel Ernesto Buenaventura, comisionado por el Gobierno Central, tomó el mando de la Guarnición de Ibagué, detuvo al Mayor Millán y al Capitán Juan López de Guzmán, hizo retirar las tropas que ocupaban la Gobernación y otros lugares y normalizó momentáneamente la situación, quedando en libertad todos los detenidos por los rebeldes militares, restablecidas las autoridades y en poder de éstas las oficinas y servicios que aquéllos habían usurpado.

"Después de estas gestiones regresó al Cuartel el Coronel Buenaventura y fue apresado y detenido por el Mayor Millán y Capitán López de Guzmán, quienes habían sido libertados por subalternos suyos. Procedieron luégo los rebeldes a repetir sus hazañas de la tarde anterior apresando nuevamente al Gobernador, a los Secretario del Despacho que estaban con él y a otras personas, dominando la ciudad como al principio. En esta segunda fase de la rebelión tomaron parte activa entres otros oficiales los siguientes: Teniente Efraín Lesmes, quien le intimó prisión con pistola en mano al señor Coronel Ernesto Buenaventura, Comandante titular de la Escuela; Teniente Luis E. Fressen, quien relevó al Subteniente Armando Peláez en la guardia del servicio de la Gobernación en donde se encontraban detenidos el señor Gobernador y los secretarios del despacho, y Subteniente Alirio Ibáñez, quien ocupó los cuarteles de la Policía y montó guardia.

"Así permanecieron las cosas más o menos hasta las cinco de la tarde, del día 11, hora en que nuevamente se restituyó todo al estado anterior mediante entrega que de la Guarnición hizo el Mayor Millán a los superiores militares que acudieron con tropa a debelar la rebelión".

II — LOS PROCESOS

Estos sucesos dieron origen a dos procesos iniciados y fallados, el uno después del otro: el primero contra los señores Millán, Guzmán, Gaitán y Sicard, juzgados como autores principales del movimiento, y el segundo contra los señores Barberi, Vargas, Fressen, Lesmes e Ibáñez como coautores del mismo. Un resumen del desarrollo de tales procesos fija claramente la relación entre uno y otro en cuanto a la coparticipación de la responsabilidad o irresponsabilidad penal.

a) Primer proceso (contra Millán y compañeros): En éste se dictaron las siguientes providencias en 1944: día 20 de julio, convocatoria del Consejo de Guerra Verbal; día 23, sentencia absolutoria; día 28, declaratoria de injusticia notoria por el Comando y convocatoria de nuevo Consejo; día 29, condena como autores principales, y día 31, confirmación de la misma.

b) Segundo proceso (contra Barberi y compañeros): Agosto 2, convocatoria del Consejo de Gue-

rra Verbal; agosto 5, sentencia condenatoria de primer grado; y agosto 9, sentencia condenatoria de segundo grado.

c) **El recurso de casación:** Creado este recurso mediante el Decreto 1197 de 1951, e impugnadas las dos sentencias del Comando de la Brigada, la Corte falló en los siguientes sentidos: no casó la sentencia condenatoria de Barberi, Vargas, Fressen, Lesmes e Ibáñez y, en cambio, anuló el proceso contra Millán, Guzmán, Gaitán y Sicard y ordenó devolver el negocio al Comando para que fallara en segundo grado, entidad que dictó fallo absolutorio.

III — LA DEMANDA

El demandante, para fundar la causal quinta invocada, presenta como hecho nuevo aparecido después de la condena, la sentencia de la Corte por medio de la cual anuló el proceso contra los autores principales, lo que causó su absolución, en tanto que los coautores fueron condenados.

"La prueba del hecho nuevo —dice la demanda— es la sentencia de la Corte en el caso de Julio Millán, Hernando Sicard y Luis Carlos Gaitán." En otra parte del mismo escrito, se afirma: "Habiendo sido hallados no responsables, conforme a la sentencia de primer grado, los autores del delito imputado, es evidente que los coautores tampoco lo son, máxime si se tiene en cuenta que los hechos por los cuales se juzgó a los autores y coautores, son los mismos en identidad de ejecución y de proceso."

El Procurador General, partiendo de los motivos que respaldan la convocatoria del Consejo que condenó a los recurrentes, funda así su concepto, favorable a la revisión:

"Siendo, como es, incuestionable que la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los recurrentes tuvo como fundamento la condenación del Mayor Millán y sus compañeros, por haber sido éstos considerados como autores del delito de rebelión militar, resulta lógico que, repuesta la actuación procesal que condujo a esa situación y producida la absolución de ellos, se modifique también para los señores Barberi, Vargas, Fressen, Lesmes e Ibáñez su situación procesal, porque sería una situación carente de lógica el que por el mismo hecho, cometido en idénticas circunstancias, se condene a unos de sus autores y se absuelva a otros, situación que se convierte en aberrante si, como en el caso presente, entre los absueltos se encuentra el Comandante de la Guarnición a que pertenecían los militares condenados".

IV — DECISION DEL RECURSO

La cuestión que se controvierte en este recurso es, si la absolución de los autores principales decretada posteriormente a la condena de los coautores, constituye el hecho nuevo que la ley erige en motivo de revisión.

El hecho nuevo o la prueba, pueden tenerse como causales del recurso, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: primera, que no hayan sido conocidos (el hecho o las pruebas) al tiempo de los debates, y segunda, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad de los condenados o por lo menos graves indicios de tales inocencia o irresponsabilidad.

No existe en la ley colombiana, como causal de revisión, la condena fundada en sentencia posteriormente revocada, que lo está en leyes de otros países, y cuya aplicabilidad al caso **sub judice** sería jurídicamente correcta. Pero a falta de tal causal, la noción del hecho nuevo no está sujeta a restricción alguna, cuando se han cumplido los presupuestos de la ley.

La absolución de los autores principales, como consecuencia del recurso de casación, implica —efectivamente y en estricta lógica— indicio grave de que los coautores del hecho son igualmente irresponsables, y —como consecuencia— la revisión del proceso, a fin de que en uno nuevo, se subsane el error cometido.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

A) Ordenar —como en efecto ordena— la revisión del proceso contra los señores Carlos Barberi Zamorano, Flavio Vargas, Luis Enrique Fressen, Efraím Lesmes y Alirio Ibáñez, condenados por el Consejo de Guerra Verbal y el Comando de la Brigada de Institutos Militares en sentencias de los días cinco y nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, como coautores del delito de rebelión cometido en los días diez y once del mes y año citados en la ciudad de Ibagué;

B) Ordenar —como en efecto ordena— que la

revisión aquí decretada se haga, en ambos grados del proceso, por entidades distintas a aquellas que juzgaron a los recurrentes e integrada por distintos elementos, y

C) Enviar el expediente al Comando General de las Fuerzas Militares, a fin de que —de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar— provea al cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA QUE LA RIÑA PUEDA CONFIGURAR CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA, ES NECESARIO QUE EL JURADO RECONOZCA CLARA E INEQUIVOCAMENTE TAMBIEN EL HECHO DE LA IMPREVISION Y EL DE LA GRAVEDAD E INJUSTICIA DE LA PROVOCACION

La tesis de que "la provocación" de la riña imputada al occiso comprende esencial y necesariamente la imprevisión, es contraria a la doctrina que la Corte ha reafirmado desde la vigencia de la ley penal.

Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad —tales como la excusa de la provocación y la imprevisión de la riña— deben enunciarse, cuando se aceptan, de acuerdo con la fórmula adoptada por la ley, a fin de excluir la posibilidad de confusión con circunstancias de menor peligrosidad, dada la diversidad de competencias para calificarlas y la diversidad de repercusión en la pena.

Así, en el primer caso, la provocación —como excusa— requiere la gravedad y la injusticia, y en el segundo, la riña requiere la imprevisión, ya que si el jurado las omite, no podrían los Jueces —por carencia de jurisdicción— reconocerlas, a menos de incurrir en una clara violación de la ley, por cuanto si la calificación de las circunstancias de peligrosidad es atributo de los Jueces, la de las circunstancias modificadoras lo es del jurado (artículos 480 y 499 C. de P. P.). Ello no obsta para que, en ciertos casos, los Jueces ejerzan la potestad de admitir o no una circunstancia de menor peligrosidad que, como la riña no imprevista, explícitamente reconoció el jurado, sin que ello implique infracción de las normas mencionadas.

Si la ley, pues, estableció determinadas condiciones para que la provocación en el caso del artículo 28 y la riña en el caso del artículo 384 adquieran la categoría de circunstancias modificadoras, es indispensable que tales condiciones se reconozcan y determinen clara e inquívocamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Gabriel Herrera** (de veinte años en 1949, natural de Mogotes, analfabeta), interpuso casación contra la sentencia del Tribunal de San Gil, del treinta y uno de octubre del año antepasado (1951), que lo condenó —con base en el artículo 362 de la ley penal— a ocho años de presidio, por el delito de homicidio en Alberto Silva Sanabria, cometido en la población de Páramo (casa de Jenaro Porras), la noche del treinta de enero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

Cumplidas las normas procesales relativas al recurso, la Corte —vistas la demanda y la respuesta del señor Procurador— lo decide en el presente fallo.

I.—El delito y sus motivos

El choque entre Herrera y Silva tuvo su origen en el reclamo que éste hizo a aquél para que le entregara el revólver que había sacado del sitio donde Silva lo ocultara para no ser despojado de él en la requisa que minutos antes practicaron los soldados en la casa donde Silva y Herrera se hallaban comiendo aquella noche.

Terminada la requisa y como Silva dijera en la cocina en voz alta que daba cinco minutos de plazo para que le fuera devuelto so pena de "presentarse las del diablo" —textualmente se transcribe— Herrera, al oír aquello se dirigió a la cocina y, tras una breve discusión, desafió a Silva, no sin antes manifestarle que él (Herrera) era soldado y que el revólver debía reclamarlo "a su cabo". Aceptando el reto —se dice en el fallo recurrido— Silva salió con Herrera de la cocina, y cuando recorrían el corredor de la casa, para salir a la calle, Alberto Silva agarró de la camisa a Herrera, produciéndose un forcejeo entre ellos, siendo aprovechado este incidente por Campo Elías Díaz, para sacarle a Herrera del bolsillo el revólver de su amigo Alberto Silva. Entre tanto

Gabriel Herrera, desenfundando su cuchillo, asestó a Silva varios golpes, con los cuales fueron producidas las lesiones que determinaron la muerte de Alberto Silva Sanabria, ocurrida en el hospital de esta ciudad (San Gil), cuatro días después del ataque de que fue víctima".

III.—El proceso contra Herrera

Como providencias y actos del proceso, que tienen alguna relación con el recurso, a título de premisas se enumeran los siguientes:

a) Auto de proceder, dictado por el Juez 1º Superior de San Gil, el quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno —que no fue apelado— en cuya parte motiva, se expuso que "el comportamiento de Gabriel Herrera está desprovisto de toda causal de justificación, atenuación o excusa";

b) Decisión del jurado, según la cual —contra la tesis de la riña imprevista, subsidiaria de la legítima defensa, invocada por el defensor— Herrera es responsable de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar, a Alberto Silva Sanabria, "en riña provocada por el occiso";

c) Sentencia de primer grado, del diez y seis de julio del año antepasado (1951), por la cual, previa acogida de la circunstancia de la riña imprevista en oposición a lo expuesto por el mismo Juez en el auto de proceder, Herrera —con base en los artículos 362 y 384 de la ley penal— fue condenado a cuatro años de presidio, y

d) Sentencia de segundo grado, del treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual, desechando la existencia de la riña imprevista, aumentó a ocho años la pena de presidio impuesta.

III.—La demanda y su respuesta

Por dos motivos, principal uno y consecuencial el otro, fue impugnada la sentencia del Tribunal: porque se dictó en oposición al veredicto del jurado, que corresponde a la causal tercera, y porque en ella se violaron los artículos 384 de la ley penal 480 y 499 de la procesal y 29 de la Ley 4ª de 1943, que se refiere a la primera. De las razones en que el demandante funda el recurso, se hace un breve resumen en seguida.

Partiendo de la existencia de la riña —que admitieron los falladores y jurado— afirma la tesis de que la calificación de que fue "provocada por el occiso" implica la imprevisión, elemento esencial de la circunstancia, porque si quien provoca una riña jamás podrá alegar que no la previó, el provocado —en cambio— podrá argüir que fue a ella de modo imprevisto. "Si ello es así —deduce el demandante— cuando el jurado acepta la riña y añade que ella fue provocada por el occiso, se sirve de la expresión más idónea para predicar que para el matador esa riña fue imprevista". A continuación y en el mismo escrito, después de aprobar la exigencia de que "los jurados expresen con entera claridad las circunstancias que conforme a la ley sustantiva determinan la esencia de las atenuantes consagradas en el Código Penal" (como en los casos de los artículos 28 y 384), censura —como formulismo detestable e irritante— "demandarle al jurado que use, necesariamente, inexorablemente, las sacramentales palabras de **injusta** y de **grave** para calificar la provocación en el caso de la ira o el intenso dolor, y de **imprevista,** en el caso de la riña", y concluye reafirmando la tesis de que "la agregación **'provocada por el occiso'**, para calificar una riña, equivale a decir que esa riña fue **imprevista** para el matador".

Finalmente, y en relación con la causal primera, se afirma en la demanda que el Tribunal violó las siguientes normas: el artículo 480 de la ley procesal, porque la sentencia no se hizo de acuerdo con la calificación que el jurado dio a los hechos sobre los cuales versó el debate; el artículo 384 de la ley penal, porque dejó de aplicarse, considerando que el jurado estaba en la obligación de calificar la riña con la sacramental palabra **"imprevista"**; el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, porque se ignoró el mandato en él contenido, y el artículo 499 de la ley procesal, porque se dice que se calificó la circunstancia de la riña como de menor peligrosidad, atribución propia del Juez y no del jurado.

El Procurador Delegado reitera en su estudio las doctrinas que él, en análogos recursos, ha presentado a la Corte y ésta ha acogido, respecto a las condiciones de aplicabilidad del artículo 384, entre las cuales la calificación clara y precisa de la imprevisión de la riña, y pide —como conclusión del examen de las objeciones de la demanda— no se case la sentencia.

IV.—Decisión del recurso

El propósito del recurso, ya se le considere en relación con la causal tercera, ya con la primera,

es el mismo: el de que se interprete el veredicto ("riña provocada por el occiso") como riña imprevista, para así situar el delito en el artículo 384 de la ley penal y no en el artículo 362, que fué el aplicado.

La tesis de que "la provocación" de la riña imputada al occiso —que es el tema central de la demanda— comprende esencial y necesariamente la imprevisión, es contraria a la doctrina que la Corte ha reafirmado desde la vigencia de la ley penal. Basta, por lo tanto, resumirla en forma breve.

Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad —tales como la excusa de la provocación y la imprevisión de la riña— deben enunciarse, cuando se aceptan, de acuerdo con la fórmula adoptada por la ley, a fin de excluir la posibilidad de confusión con circunstancias de menor peligrosidad, dada la diversidad de competencias para calificarla y la diversidad de repercusión en la pena.

Así, en el primer caso, la provocación —como excusa— requiere la gravedad y la injusticia, y en el segundo, la riña requiere la imprevisión, ya que si el jurado las omite, no podrían los Jueces —por carencia de jurisdicción— reconocerlas, a menos de incurrir en una clara violación de la ley, por cuanto si la calificación de las circunstancias de peligrosidad es atributo de los Jueces, la de las circunstancias modificadoras lo es del jurado (artículos 480 y 499 C. P. P.). Ello no obsta para que, en casos como el presente, los Jueces ejerzan la potestad de admitir o no una circunstancia de menor peligrosidad que, como la riña no imprevista, explícitamente reconoció el jurado, sin que ello implique infracción de las normas mencionadas.

Si la ley, pues, estableció determinadas condiciones para que la provocación en el caso del artículo 28 y la riña en el caso del artículo 384 adquirieran la categoría de circunstancias modificadoras, es indispensable que tales condiciones se reconozcan y determinen clara e inequívocamente.

Hay otra razón, además de las expuestas, también contraria a la interpretación que el demandante dá del veredicto. Es la relativa a la tesis del defensor en la audiencia pública, quien —explicadas en su contenido, expresión y fin— defendió la legítima defensa como principal y la riña imprevista como subsidiaria, "sujetándose —dice el acta— al uso de las respuestas sacramentales". El jurado —se deduce— fue suficientemente informado sobre las modalidades de la riña en sí y de la imprevista, de modo que si no reconoció la última, ello debe atribuírse a que no halló en el proceso dato que lo fundara; y no podía hallarlo porque —según la prueba testimonial— fue Herrera quien, ante el reclamo de Silva para que le entregara el arma que le había sacado del bolsillo, lo desafió a pelear.

La interpretación que el Tribunal dio al veredicto está, pues, conforme a la doctrina y a los datos del proceso, conclusión ésta que hace inoficioso el examen de la causal primera.

V.—Fallo de la Corte

Infundadas como son las objeciones mediante las cuales se impugnó en casación el fallo, debe aplicarse el artículo 569 de la ley procesal penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del treinta y uno de octubre del año antepasado, por la cual condenó a Gabriel Herrera a ocho años de presidio por el homicidio en Alberto Silva Sanabria, cometido en el sitio y día ya indicados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA UNIDAD PROCESAL RESULTANTE DE LA CONEXION FORMAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES MANTIENE SU FUERZA EN LA APLICACION DE LA PENA, EN CUANTO QUE ESTA SE APLICA A LOS DELITOS EN SU CONJUNTO, DE MODO QUE LO QUE SE SANCIONA ES LA SUMA DE UNA ACTIVIDAD DELINCUENCIAL

La conexión formal de procedimientos penales (así llamada porque son conexos los procedimientos, pero no los delitos) produce (según Manzini) una extrínseca unificación de procedimientos en una causa individua, es decir, en un único juicio y en una única decisión. Esta unidad procesal, por lo tanto, mantiene su fuerza aún en la aplicación de la pena, en cuanto que ésta se adapta, no ya en relación con cada uno de los delitos en sí, vistos independientemente los unos de los otros, sino en su conjunto, en relación con la unidad en que se ha reintegrado, de modo que lo que se sanciona es la suma de una actividad delincuencial.

Esta doctrina, consagrada en el sistema de la acumulación jurídica (artículo 33 de la ley penal), excluye el de la acumulación aritmética.

Adaptada la pena mediante el sistema vigente, ella es única, comprende todos los delitos unitariamente juzgados, de modo que la agravación por la reincidencia se aplica —no a uno solo de los delitos acumulados— sino a la unidad resultante del sistema, como se aplicaría a cada delito, si hubieran sido separadamente juzgados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en atención al recurso interpuesto por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia del veinte de septiembre del año pasado, mediante la cual —con base en los artículos 33, 34, 37 (1º, 5º y 9º), y 404 (3º) de la ley penal— aquella Corporación condenó a **Alfonso Neira Medina** (o Antonio María Rodríguez, o Carlos Julio Botero o Carlos Julio Forero) reincidente primero, a la pena de doce años y medio de presidio como autor de tres delitos (acumulados) de robo, en los siguientes sitios y fechas:

a) En Girardot, la noche del treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y ocho, en perjuicio del comerciante Jorge Monayar y en la cuantía de tres mil cuatrocientos noventa y cinco pesos ($ 3.495.00);

b) En Barranquilla, una noche de la primera quincena de octubre de mil novecientos cuarenta, en perjuicio del comerciante Enrique Bernal, y en un valor de tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00), y

c) En Barranquilla, la madrugada del diez y ocho de agosto del mismo año, en perjuicio de la Casa "Cohen", en cuantía (la mercancía hallada) de ciento sesenta y un pesos.

Cumplidas las normas de los artículos 563, 564 y 566, entre ellas la que ordena el traslado a la parte no recurrente (aquí el procesado) sin que hubiera contestado la demanda, ni presentádose a audiencia, procede la Sala al examen del recurso.

a) El proceso contra Neira Medina

Neira Medina fue llamado a juicio, además de los varios delitos por los cuales se le condenó por otro robo en Bogotá en julio de mil novecientos treinta y siete en cuantía de dos mil sesenta y cuatro pesos ($ 2.064.00) en el Almacén de Carlos Robledo U. y también por el de fuga el diez y nueve de julio del año siguiente cometido en la misma ciudad. Como se hubieran radicado en Bogotá los procesos que se le instruían en Barranquilla, el Juez 2º Superior de aquel Distrito decretó su acumulación y también la de éstos con los que se le seguían en esta ciudad, momento desde el cual se inició el juicio único, que —ca-

lificado por el jurado— fue declarado responsable por todos los delitos a excepción del de robo cometido en Bogotá.

Con base en el veredicto, se dictaron los siguientes fallos:

a) El de primer grado, del doce de enero del año pasado, mediante el cual —situado el delito en el artículo 404 (3º) del Código Penal y teniendo en cuenta el concurso material de delitos, la reincidencia y la habitualidad acreditada— Neira Medina fue condenado a catorce años de presidio, condenación que el Juez explica así: "En este caso de concurso material o real, en que no existe un delito más grave, pues los tres delitos de que es responsable Neira Medina, encajan y están sancionados por una misma disposición penal, como ya se dejó demostrado, siendo por ello preciso para que se surta el cúmulo jurídico de las penas, tomar como base la pena que corresponda a uno de los delitos, que en el caso de autos considera el suscrito Juez, debe ser la del doble del mínimo establecido en la disposición infringida, o sea, la de seis años de presidio, aumentada en una tercera parte, por ser el procesado Neira Medina reincidente por primera vez, según está establecido con las copias debidamente autenticadas de la sentencia proferida contra él por el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Medellín, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 34 del C. P.; ya que el procesado Neira Medina cometió los delitos por que se le juzga, "antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la sentencia"; a estos cuatro años, se aumentan seis, como correspondientes a la acumulación intensiva por los otros dos delitos"; y

b) El de segundo grado, del veinte de septiembre, también del año pasado, según el cual —con aplicación de las mismas normas penales— Neira Medina fué condenado a doce años y diez meses de presidio, reforma que el Tribunal explicó en los siguientes términos: "Como en el caso de autos, ninguno de los delitos por que se procede, reviste mayor entidad que los otros, la sanción que debe tenerse como base, debe tomarse de la señalada en el inciso 3º del artículo 404 del C. P., que sanciona esta especie de delitos, con una pena de tres a catorce años de presidio. Dentro de este límite, y habida consideración a que, contra el procesado existen circunstancias, tanto de mayor como de menor peligrosidad, como son, respecto de las primeras las señaladas en los ordinales 1º, 5º y 9º del artículo 37 del C. P., y, su pobreza, falta de ilustración y el haber confesado dos de los delitos por que se procede, en cuanto a las segundas, la base de siete años, tomando el medio aritmético entre el mínimo y el máximo a que alude el señor Fiscal, es equitativo. A este cómputo, fijado para el primer delito, debe agregarse el aumento por la reincidencia, comprobada con las copias pertinentes expedidas por el señor Juez 2º Superior de Medellín, y que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 34 de la obra en cita, es de una tercera parte de la que corresponda por el nuevo delito, o sea, dos años cuatro meses, lo que da un total de nueve años cuatro meses de presidio. A este cómputo debe agregarse el aumento de que trata el artículo 33 ibidem en virtud del concurso real contemplado, que tomando el medio aritmético del fijado para el primer delito para guardar la misma proporción, debe fijarse en tres años y medio, arroja un total de doce años diez meses de presidio que por aplicación estricta de las disposiciones penales citadas, es la que en definitiva debe imponerse al procesado Neira Medina, como pena principal; y, como accesorias, las señaladas en los artículos 54 y 58 del Código Penal".

B) La demanda

El señor Procurador Delegado, de acuerdo con la tesis del señor Fiscal 2º del Tribunal, considera que —con el criterio de aplicación de la pena adoptado en los fallos— se incurrió en violación de la ley penal. "El cargo consiste —concreta el demandante— en que el Tribunal, al deducir la reincidencia contra Alfonso Neira Medina tomó como pena básica la correspondiente a un solo delito de robo, cuando ha debido partir de la sanción unitaria resultante de la acumulación jurídica por las varias infracciones cometidas por el acusado, y sobre esa unidad de la medida represiva hacer el aumento de la tercera parte, por concepto de la primera reincidencia. Al no proceder así, el Tribunal rompió el orden técnico y lógico de las normas legales pertinentes y violó, en consecuencia, los artículos 33 y 34, inciso 1º, del Código Penal".

Tomando como punto de referencia el sistema del Código, es decir, el de que, en el caso de concurso real de delitos, el aumento por reincidencia debe hacerse sobre la pena unitaria que resulta de la acumulación jurídica, y no sobre la sanción aislada e independiente que corresponda a cada delito en particular, deduce el demandante que lo contrario "sería fraccionar la realidad

del fenómeno criminoso como manifestación de una personalidad indivisible, y apreciar ésta en forma trunca o recortada, lo cual es contrario al expreso mandato de los artículos 31 a 35 y 36 del Código Penal".

De que la reincidencia es circunstancia específica de agravación de todos los delitos (excepto los del artículo 35), y de que fueron tres y no uno los cometidos por Neira Medina, cada uno de los cuales —dadas las fechas de ejecución— lo constituyen reincidente, concluye el señor Procurador que el artículo 34 los comprende a todos, pero mediante el sistema de la sanción unitaria prevista en el artículo 33, ya que —opuestamente— si se aplicara la reincidencia a cada delito en particular se llegaría al sistema ya derogado de la acumulación material.

Como conclusión, el demandante solicita que —comprobado como está el error de aplicación de la ley penal— se case la sentencia y se aumente la pena a quince años de presidio, más las accesorias de la ley, de acuerdo con el siguiente cómputo: base, siete años y medio de presidio (numeral 3º, artículo 404 C. P.), ya que concurren las circunstancias de los numerales 2º, 5º y 9º del artículo 37 y la consideración de la personalidad del sentenciado, lo que impide la fijación en el mínimo (tres años), más la mitad (3 años 9 meses) por causa del concurso material, a cuya suma (11 años 3 meses) debe añadirse una tercera parte (3 años 9 meses) conforme al artículo 34, lo que da un total de quince años, pena equitativa que Neira debe cumplir por los tres delitos de robo.

c) Decisión del recurso

La objeción, ya desde el punto de vista doctrinario, ya desde el legal, es fundada. Las razones que en seguida se exponen confirman y respaldan las que el señor Procurador Delegado expuso en su demanda.

Con referencia a la doctrina, la conexión formal de procedimientos penales (así llamada porque son conexos los procedimientos pero no los delitos) produce (según Manzini) una extrínseca unificación de procedimientos en una causa individua, es decir, en un único juicio y en una única decisión. Esta unidad procesal, por lo tanto mantiene su fuerza aún en la aplicación de la pena, en cuanto que ésta se adapta, no ya en relación con cada uno de los delitos en sí, vistos independientemente los unos de los otros, sino en su conjunto, en relación con la unidad en que se han reintegrado, de modo que lo que se sanciona es la suma de una actividad delincuencial.

Esta doctrina, consagrada en el sistema de la acumulación jurídica (artículo 33 de la ley penal), excluye el de la acumulación aritmética aplicado por el Tribunal en la sentencia recurrida.

Adaptada la pena, mediante el sistema vigente, ella es única, comprende todos los delitos unitariamente juzgados, de modo que la agravación por la reincidencia se aplica —no a uno solo de los delitos acumulados— sino a la unidad resultante del sistema, como se aplicaría a cada delito si hubieren sido separadamente juzgados.

Estas tesis —ya adoptadas en otros recursos por objeción idéntica— llevan a la conclusión de que el Tribunal ha incurrido en violación de la ley penal (artículos 33 y 34) y de que la sentencia debe casarse.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, FALLA:

a) Revócase la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, del veinte de septiembre del año pasado, por la cual condenó a **Alfonso Neira Medina** (o Antonio María Rodríguez, o Carlos Julio Botero o Carlos Julio Forero) a doce años y medio de presidio por el triple delito de robo;

b) Condénase al mismo a la pena de quince años de presidido por el mismo triple delito, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, a las demás penas accesorias fijadas por la ley y al pago de los perjuicios causados por el delito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO MILITAR

Para que se configure el delito militar es necesario que existan los siguientes elementos:

a) Violación de la ley penal militar;

b) Que aquella violación sea realizada por militares o civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el ilícito sea cometido con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones inherentes al mismo.

Por manera que, si en la ejecución del hecho delictuoso existen los eventos antes enunciados, se tipifica un delito militar y, en consecuencia, la competencia para su juzgamiento corresponde a la Justicia Castrense. Si por el contrario, los requisitos, anotados no se reúnen, el delito pierde su carácter de militar y queda bajo las jurisdicciones ordinarias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

De conformidad con el numeral 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal debe la Corte dirimir la colisión de competencias surgida entre el Juzgado Segundo Superior de Cali y el Comandante del Batallón mixto número 3 "Codazzi" residente en Palmira, para conocer del presente negocio adelantado contra Guillermo González Arcila, chofer tercero de la Segunda Compañía de Ferrocarrileros Nº 3 "Codazzi".

Hechos

Dan cuenta los autos que en la noche del treinta y uno de mayo del año próximo pasado, se encontraba el señor Mario González Villa en el Café Roma, situado frente a la estación del ferrocarril de la ciudad de Cali, tomando cerveza. El señor González Villa llevaba consigo una maleta conteniendo una remesa de oro físico por valor de tres mil trescientos cincuenta pesos, con destino a Mineros de Occidente de esa ciudad. González Villa salió del mencionado café como a eso de las doce de la noche, en avanzado estado de embriaguez y ya en la calle se encontró con Guillermo González Arcila, chofer o motorista de la segunda Compañía de Ferrocarrileros Nº 3 "Codazzi", con quien se dirigió al café "El Maizal" en donde se encontraron con Alberto León Azcárate (a. "El Peludo") y Rafael Santa Parra (a. "El Montañero") dedicándose los cuatro a ingerir cerveza poco más o menos hasta las dos de la mañana siguiente —1º de junio— hora en que salieron del café "El Maizal" y se dirigieron al establecimiento "El Cairo" para luégo tomar la carretera que conduce a los tanques del acueducto y en estos sitios recibió muerte violenta el señor Mario González Villa, por medio de un disparo de revólver y una puñalada por la espalda. Consumado el homicidio, los tres sujetos, Alberto León Arcila, Rafael Santa Parra y Guillermo González Arcila tomaron la maleta contentiva del oro que la víctima portaba y subieron a un bus que los condujo a Cartago donde pretendieron vender el oro, fruto del crimen.

El señor Inspector Séptimo Superior de Policía Municipal de Cali inició la investigación, que con la eficaz ayuda del detectivismo y la constante e inteligente labor del instructor, quedó perfeccionada, y fue remitida al Juez competente, habiéndole correspondido al señor Juez Segundo Superior de Cali, quien se proponía calificar el mérito del sumario, habiendo obtenido ya el concepto de fondo por parte del Fiscal, cùando surgió la colisión.

En efecto, el Comandante del Batallón mixto número 3 "Codazzi", residente en Palmira, en oficio número 568 de fecha 20 de febrero del año en curso, pidió al Juez Segundo Superior de Cali la remisión del expediente contra Guillermo González Arcila, por considerar que habiéndose cometido el hecho delictuoso cuando dicho sindicado prestaba sus servicios en las Fuerzas Milita-

res en condición de chofer tercero de la segunda Compañía de Ferrocarrileros número 3 "Codazzi", es a la Justicia Militar a quien corresponde la competencia.

El señor Juez Segundo Superior de Cali, en providencia de 20 de marzo del año en curso, consideró que él era el competente para conocer, pues, aun cuando el sindicado González Arcila estuviese prestando sus servicios a las Fuerzas Militares en su condición de chofer de la Compañía mencionada, cuando cometió el delito, éste no había sido consumado en ejercicio de tales funciones, ni por razón de ellas. Es decir que la infracción no puede considerarse como delito militar, cometido "por civiles que forman parte de las fuerzas militares", sino como un simple delito común. Y por lo tanto, era la justicia ordinaria, no la militar, la competente para conocer del negocio, absteniéndose, en consecuencia, de remitir las diligencias al señor Comandante del Batallón mixto número 3 "Codazzi", y, provocándole, en cambio, competencia positiva, para que manifestara si la aceptaba o en caso contrario, enviar el expediente a la Corte donde debía dirimirse la colisión. Como el señor Comandante del Batallón en referencia no aceptara las razones del Juez Superior, éste remitió el negocio a la Corte para los fines indicados.

Se considera:

En repetidas ocasiones ha sostenido esta Sala de la Corte que para que se configure el delito militar es necesario que existan los siguientes elementos:

a) Violación de la ley penal militar;

b) Que aquella violación sea realizada por militares o civiles al servicio de las fuerzas milires;

c) Que el ilícito sea cometido con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones inherentes al mismo.

Por manera que, si en la ejecución del hecho delictuoso existen los eventos antes enunciados, se tipifica un delito militar y, en consecuencia, la competencia para su juzgamiento corresponde a la Justicia Castrense. Si por el contrario, los requisitos, anotados no se reúnen, el delito pierde su carácter de militar y queda bajo la jurisdicción ordinaria.

"Es evidente —ha dicho la Corte— que el artículo 170 de la Constitución Nacional consagra un fuero especial para los militares en servicio activo, y que la ley 3ª de 1945 (hoy decreto 1125 de 1950) amplía este privilegio a los civiles en servicio de las Fuerzas Militares, pero solamente para el juzgamiento de los delitos determinados en el Código de Justicia Penal Militar, que se cometan por razón del servicio o en cumplimiento de funciones inherentes al mismo".

En el caso a estudio, ni el delito de homicidio cometido en la persona del señor Mario González Villa, ni mucho menos el delito de robo de que trata el proceso, pueden considerarse como delitos militares porque en cuanto al primero no fue cometido por el sindicado González Arcila con ocasión del servicio que como chofer prestaba a las fuerzas militares, ni por causa del mismo; y en cuanto al segundo —robo— además de no reunirse tampoco tales circunstancias, el objeto robado no es de los enumerados en el artículo 192 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto número 1125 de 1950).

De lo anterior se deduce que el competente para conocer de los delitos de que trata este negocio, es el señor Juez Segundo Superior de Cali y la colisión de competencia surgida entre los funcionarios de que se ha hablado, debe resolverse en tal sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema— Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada entre el señor Juez Segundo Superior de Cali y el Comandante del Batallón mixto número 3 "Codazzi", declarando que es al primero de dichos funcionarios a quien corresponde el conocimiento del presente negocio.

En consecuencia, remítase el proceso al señor Juez Segundo Superior de Cali y dése cuenta al Comando del Batallón mixto número 3 "Codazzi", residente en Palmira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE LESIONES PERSONALES —RIÑA IMPREVISTA. — COPARTICIPACION CRIMINOSA

1.—El factor de la imprevisión es la condición para que la riña adquiera categoría de circunstancia modificadora.

2.—La figura del concurso o coparticipación criminosa implica o exige conjunto de propósitos y de actividades de los partícipes o concurrentes hacia un fin previamente querido y determinado, que —penalmente— es el delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El defensor de **Isidro** y **Roberto Romero** impugnó la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del once de septiembre del año antepasado, por la cual —con base en los artículos 37 (4º) y 374 (1º) del Código Penal— fueron condenados cada uno a la pena de dos años y medio de presidio, por el delito de lesiones personales en Rafael Antonio Romero, cometido en la vereda Guanentá, Municipio de Barichara, el dos de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

Como ya se cumplieron todos los requisitos a que la ley procesal subordina el recurso, la Corte lo decide en este fallo, no sin antes resumir los datos relativos al proceso y a las tesis expuestas por las partes (Procurador y demandante).

a) El proceso contra los Romero

La agresión de Isidro Romero y de sus hijos Roberto y Luis Alfredo a su pariente Rafael Antonio Romero tuvo un motivo que no podía justificarla. Dueños, aquéllos y éste, de sendos tabacales limítrofes, una tarde del mes de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, uno de los hijos de Isidro entró al predio de Rafael a llevar agua al suyo, de un pozo que aquél había abierto recientemente. Rafael le llamó la atención para que no pisara sus sembrados, reclamo que irritó a Isidro y a sus hijos, quienes —según testimonios no desvirtuados— incitaron a Rafael, en actitud desafiante, a que se acercara, y como éste se dirigiera hacia donde los otros estaban, Isidro y sus hijos simultáneamente fueron hacia él, y al encontrarse en el predio de Rafael no sin antes injuriarse mutuamente, Isidro quitó a Roberto el machete que llevaba (o éste se lo dio, según alguno lo afirmó) y con él atacó a Rafael, en tanto que Roberto y Luis Ernesto, a su vez, lo atacaron a piedra. El médico oficial, en el primer reconocimiento, apenas certificó las heridas (hechas con arma cortante) que Rafael sufrió en el parietal izquierdo, el frontal derecho, en el labio superior y en los dedos meñique y anular de la mano izquierda, y meses después, en otro reconocimiento, otra herida, con arma contundente, en la región fronto-parietal derecha, heridas que se imputaron: a Isidro Romero las primeras (que produjeron la anquilosis de las dos últimas falanges), y a Roberto la segunda, que le causó a Rafael doce días de incapacidad.

Dada su relación con las causales invocadas, se resumen —en seguida y en su parte pertinente— las siguientes providencias:

a) Auto del veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, del Juez de Circuito de Barichara, por el cual abrió causa criminal contra Isidro Romero por las lesiones causadas a Rafael Antonio con arma cortante y sobreseyó definitivamente en favor de Roberto y Luis Alfredo Romero por la herida con arma contundente causada en legítima defensa de su padre Isidro, y también en favor de Rafael Antonio por la lesión que —igualmente en legítima defensa— causó a Isidro;

b) Auto del Tribunal de San Gil, del trece de diciembre del mismo año, por el cual decretó: el enjuiciamiento de Isidro y el sobreseimiento de Rafael Antonio; la revocatoria del sobreseimiento en favor de Roberto y consiguiente enjuiciamiento, fundado en que Isidro y sus dos hijos atacaron, en concurso recíproco, a Rafael Antonio, y no en legítima defensa, debiendo "Roberto

Romero —se transcribe— responder en juicio en razón de la herida contusa causada a aquél en la frente", y la anulación de la actuación contra Luis Alfredo Romero, por incompetencia dada su menor edad;

c) Sentencia de primer grado, del diez de noviembre de mil novecientos cincuenta, mediante la cual Roberto e Isidro —con apoyo en los artículos 37 y 374 (2º) del Código Penal— fueron así condenados: el primero, a cuatro años de presidio como responsable —dice el fallo— de tan grave herida que le causó en la frente, que le produjo incapacidad de cincuenta días y pérdida casi de la mano izquierda, un cuarenta por ciento dice el galeno y entonces lo justo y legal es aplicar a éste (Roberto) la mayor parte de la pena", y al segundo, Isidro "rebajarle en lo legal, por su menor participación por ser menos peligroso que su hijo", a dos años de la misma pena, y

d) Sentencia de segundo grado, del once de septiembre del año antepasado (1951), por la cual —apartándose del criterio arbitrario del Juez en cuanto a la mayor responsabilidad de Roberto y la menor de Isidro y adoptando el del concurso— fijó a cada uno de los procesados la pena de dos años y medio de presidio.

B) La demanda y respuesta

La impugnación del fallo —según la demanda— se funda en motivos separados en relación con cada uno de los procesados, así: las causales primera, segunda y tercera en favor de Roberto Romero y solamente la segunda en favor de Isidro, su padre.

En cuanto al primero sostiene las siguientes tesis apoyadas en la independencia de las actividades de los dos procesados, así como en las distintas consecuencias que produjeron sus actos delictivos: se violaron los artículos 19 y 374 de la ley penal, por cuanto no habiéndose configurado el concurso de voluntades, la norma aplicable es el artículo 372, o el artículo 20 en el peor de los casos; se interpretaron erradamente los hechos, por cuanto al acto se le privó del carácter de legítima defensa de la vida de Isidro (su padre), y el fallo es opuesto al auto de proceder, por cuanto en éste se separaron los actos de Isidro y Romero y sus consecuencias.

En cuanto al segundo, igualmente se incurrió en equivocada apreciación de los hechos, por cuanto Isidro hirió a Rafael en una riña imprevista.

El Procurador Delegado, previo reconocimiento del concurso de voluntades y rechazo de las circunstancias de la riña imprevista y de la legítima defensa, pide no se case el fallo.

c) Examen del recurso

Siendo claro —como se ha dicho— que el propósito de la impugnación es que a Isidro Romero se reconozca la circunstancia de la riña imprevista, y a Roberto Romero la justificación de la legítima defensa y la inexistencia del concurso, al estudio de esos temas debe limitarse la Corte.

a) La riña imprevista

La interpretación dada a los hechos afirmados por los testigos y procesados, en cuanto a la riña imprevista, no es equivocada, por cuanto el factor de la imprevisión, que es la condición para que la riña adquiera categoría de circunstancia modificadora, no lo hubo; contrariamente, tanto procesados como lesionado, como resultado del reclamo de éste a aquéllos para que no pisaran su tabacal, de las injurias que se dirigieron los unos a los otros, y del propósito, inmediatamente realizado, de ir los unos al encuentro de los otros —encuentro que tuvo su culminación en predio del lesionado— excluye el cumplimiento de la condición y, en consecuencia, el reconocimiento de la circunstancia modificadora alegada.

b) La legítima defensa

El ataque de Roberto Romero a Rafael Antonio Romero, carece de los requisitos que la ley señala para que tenga el valor de la justificación. El acto defensivo de Rafael ante la agresión de Isidro —ésa sí legítima (por eso se le exoneró de toda responsabilidad— no tuvo los caracteres de la violencia actual, inminente o injusta, ni de tal acto surgió la imposibilidad de repeler el acto de Rafael, quien apenas —en su propia defensa— causó a Rafael una leve lesión en la palma de la mano izquierda, sin ninguna consecuencia apreciable.

c) El concurso

El concurso (o coparticipación delictuosa) cuya

aplicación agravó la situación jurídica de Roberto, tampoco se comprobó en el grado que fija la ley, al menos como el factor sustancial de la responsabilidad que precisa el artículo 19 de la ley penal. Dicha figura, según la doctrina, implica o exige conjunto de propósitos y de actividades de los partícipes o concurrentes hacia un fin previamente querido y determinado, que —penalmente— es el delito, lo que aquí no sucedió.

Isidro Romero —en efecto— salió al encuentro de Rafael, acompañado de sus hijos Roberto y Luis Alfredo (éste juzgado como menor), no sin antes haberle quitado a Roberto el cuchillo o machete, arma con que agredió a Rafael. Fue posteriormente cuando Roberto, al ver el choque entre su padre y su tío, lanzó a éste la piedra y le causó en la frente la lesión con el resultado de una mera incapacidad.

Los orígenes y características del encuentro, los momentos sucesivos en que Isidro y Roberto agredieron a Rafael y las distintas consecuencias que las lesiones por cada uno causadas dejaron en el lesionado —perturbación funcional permanente e incapacidad de doce días, respectivamente— confirman objetivamente las tesis de la inexistencia del concurso y de la separación de responsabilidades, que el Tribunal reconoció en el auto de proceder y rechazó en la sentencia, incurriendo así en la contradicción que el demandante señaló.

La Corte —al aceptar la separación de responsabilidades— confirma la doctrina adoptada en el recurso, recientemente decidido, de Victorino Montenegro contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el que se invocó idéntico motivo contra idéntica situación del procesado.

D) Decisión del recurso

El anterior examen —realizado con vista en las pruebas testimonial y documentaria (fallos y reconocimientos)— lleva a concluir, fundado que ha sido el recurso en cuanto a Roberto Romero— lo siguiente:

a) El Tribunal —en relación con Roberto Romero— interpretó bien los hechos al desechar la legítima defensa, violó los artículos 19 y 374 de la ley penal, en cuanto los aplicó, y el artículo 372, en cuanto dejó de aplicarlo, falló en oposición al auto de proceder que delimitó las responsabilidades;

b) El Tribunal —en cuanto a Isidro Romero— interpretó correctamente los hechos al excluir la circunstancia de la riña imprevista; y

c) La pena que —de conformidad con los artículos 37 (4º) y 372 (1º) del Código Penal— debe cumplir Roberto Romero, es la de seis meses de prisión y las accesorias anexas al delito.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto fiscal,

FALLA:

a) Revócase la sentencia recurrida en cuanto condenó a Roberto Romero a la pena de dos años y medio de presidio y, en su lugar, lo condena a la de seis meses de prisión, a la interdicción de funciones y derechos públicos por el mismo tiempo, a las demás accesorias de la ley, y al pago de una multa de cincuenta pesos a favor de la Caja Nacional de Previsión y de los perjuicios causados por el delito, y

b) Confírmase la misma sentencia en cuanto condenó a Isidro Romero a dos años y medio de presidio y a las demás principales y accesorias en ella señaladas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre — Luis Gutiérrez Jiménez—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DELITO DE FALSEDAD

La falsedad punible es la alteración consciente de la verdad para suscitar un juicio equivocado sobre un hecho concreto, a fin de crear, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica. La mutación de la verdad ha de recaer, pues, en algo sustancial que pueda lesionar la fe pública, por medio de un escrito que, si bien tiene las apariencias de una prueba, en el fondo la traiciona, por falta de veracidad en todos o en algunos de los hechos que afirma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el auto de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y dos por medio del cual sobresee definitivamente en favor del doctor Roque Uribe Rangel, por los cargos que se le hicieron en este proceso, en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios.

El señor Procurador Delegado en lo Penal solicita se confirme la providencia consultada.

Los hechos pueden resumirse en que en el juicio ordinario de reivindicación de un inmueble, que promovió Daniel Quiroga contra Aura María Suárez de Avellaneda, pidió el apoderado del actor una inspección ocular en el bien materia del litigio, que el Juez Uribe Rangel decretó y señaló para el lunes ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve a las ocho de la mañana.

Se inició la diligencia el día y hora señalados, con asistencia del Juez nombrado, del apoderado del demandante, de los peritos Jorge Troncoso Murcia y Adonaí Pulido B., y del Secretario ad-hoc Julio Castañeda, escribiente del Juzgado, por ausencia temporal del titular. Por varios motivos ajenos a la voluntad del Juez, como la falta de máquina de escribir, la carencia de lugar apropiado para sentar la diligencia, el mal estado de salud del secretario nombrado, el intenso calor que hacía al terminar la inspección ocular, se resolvió sentar el acta el día siguiente, sin que por entonces se hiciera rêclamo alguno.

Sin embargo, en memorial que lleva fecha seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, Pedro Suárez, apoderado del demandante, presentó denuncio contra el Juez, por haber sido firmada el acta el día nueve de agosto, en vez del ocho, que era el indicado, y porque "la relación de los hechos que allí se hace **no concuerda ni en lo más mínimo** con lo sucedido aquel día".

El carácter oficial del sindicado como Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios, se halla demostrado en los autos con el acuerdo de nombramiento (fls. 29 vto.), la diligencia de posesión (fls. 27) y con la certificación de que ejercía el cargo por el tiempo en que se dice ocurrió el hecho (fls. 28).

En la indagatoria que rindió el procesado (fls. 32 y ss.), dijo que el traslado del personal de la diligencia al lugar de la inspección se hizo a pie y a distancia de dos kilómetros de la ciudad de Agua de Dios; que una vez allí recorrieron el terreno materia de la inspección por dos veces a fuerte temperatura y bajo un sol inclemente, en términos que a eso de las dos de la tarde en que terminó la diligencia, los peritos y demás acompañantes, a excepción del personal del Juzgado y del perito Pulido, se encontraban casi insolados y no se pudo extender el acta de la inspección, primero porque el Juzgado no había llevado máquina por carecer de una portátil, y luégo porque de haberla llevado, por ser potrero no había dónde colocarla para escribir con comodidad. Que al regreso, ninguno de los que estaban obligados a firmar el acta concurrió al Juzgado, no obstante haberse hecho invitación, excepción hecha del perito Pulido. Agrega que el regreso se hizo ya tarde, estaban sin almorzar, y la diligencia se firmó el día siguiente.

Jorge Troncoso Murcia, uno de los peritos que asistió a la diligencia, corrobora en lo esencial lo afirmado por el procesado, en cuanto a la dis-

tancia, el excesivo calor, el recorrido que fue necesario hacer y que el acta correspondiente y el dictamen pericial se escribieron el día siguiente en el despacho del Juzgado. El perito Pulido corrobora en parte también, las afirmaciones del Juez Uribe Rangel.

Se considera:

Conforme a los elementos de prueba allegados al expediente se establece que la diligencia de inspección ocular se llevó a cabo el día ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, y que se extendió y firmó el día siguiente o sea el nueve de los mismos mes y año citados.

Las circunstancias para que no se extendiera y firmara el día ocho la diligencia se encuentran también suficientemente determinadas, sin que se observe en el desarrollo de aquella actividad, procedimiento que la afecte de falsa, que altere la verdad, o que en forma alguna constituya infracción que deba ser reprimida conforme a la ley.

La diligencia se celebró el día que previamente se había fijado, y a la hora señalada para verificarla, el personal del Juzgado se constituyó en audiencia pública, según reza el acta respectiva (fls. 18), y en compañía del apoderado del actor y los peritos, se trasladó al sitio de ubicación de los bienes materia de la misma. Así se dio principio a aquel acto que tuvo su desarrollo hasta avanzadas horas del día, no siendo posible, sino hasta el día siguiente, la firma del acta respectiva, en la cual consta en su parte final lo siguiente: "El señor Juez del Circuito aceptó el dictamen pericial y consideró innecesaria toda observación respecto de la diligencia. La parte actora, única concurrente a la diligencia, nada dijo... Para constancia de lo sentado se suscribe la presente acta, aprobada por el personal concurrente a la diligencia. (Firmados), Roque Uribe R., Juez del Circuito—Jorge Troncoso Murcia, perito.—Adonaí Pulido B., perito—Pedro Suárez, apoderado del actor. — Julio Castañeda A., Secretario ad-hoc".

Es indudable que de haber ocurrido hecho alguno contrario a la realidad de lo acaecido, o no acorde con lo que sucedió, como se afirma en el denuncio, que se hubiese alterado la verdad o en fin, que se hubiera incurrido en acto alguno violatorio de la ley penal, por parte del Juez, el primero en haberlo observado en el acta de diligencia de la inspección ocular, habría sido el apoderado del actor, concurrente al acto, y sin embargo firmó la diligencia sin hacer observación alguna, para luégo tachar de falso lo que él mismo había autorizado con su firma.

"El acta —dice la Procuraduría— aparece fechada el 8 de agosto de 1949, y en ello no hay ninguna mentira, puesto que esa fecha se refiere al día en que tuvo lugar la diligencia, y no a la fecha en que el acta se sentó. Son dos cosas completamente distintas. La prueba de inspección se realizó el 8 de agosto, y eso es lo que afirma el documento tachado de falso; pero éste en ninguna parte ha dicho que el acta se escribiera el mismo ocho de agosto.

'La falsedad punible —agrega el colaborador— es la alteración consciente de la verdad para suscitar un juicio equivocado sobre un hecho concreto, a fin de crear, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica. La mutación de la verdad ha de recaer, pues, en algo sustancial que pueda lesionar la fe pública, por medio de un escrito que, si bien tiene las apariencias de una prueba, en el fondo la traiciona, por falta de veracidad en todos o en algunos de los hechos que afirma.

"Y el acta cuestionada es perfectamente verídica en su fecha y en la relación que hace de los hechos como ocurridos ese día ante el funcionario competente. Ni mentira ni dolo empañan ese documento".

El delito de falsedad en documentos investigado en el proceso y atribuído al Juez Uribe Rangel, no tuvo existencia jurídica y por tanto es procedente el sobreseimiento definitivo proferido en su favor por el Tribunal de instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, confirma la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre — Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNAS MINAS DE METALES PRECIOSOS UBICADAS EN EL CAUCE Y LAS MARGENES DE UN RIO

1.—De la especie de restricciones que corresponden al derecho público nacional, es la consignada en la Ley 13 de 1937, que estableció que las minas descubiertas o que se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional, sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el gobierno, con excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado, de acuerdo con la ley.

2.—La presunción establecida en el artículo 173 del Código de Minas, ningún efecto puede producir tratándose de minas reservadas por el Estado, como las ubicadas en el cauce de los ríos navegables, ya que la respectiva disposición legal hizo jurídicamente imposible el denunciar, el restaurar, en una palabra, el hacer de la mina en cuestión un patrimonio particular y privado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Ha llegado la oportunidad de proceder a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra las sentencias pronunciadas por el Tribunal Superior de Medellín con fechas 15 de febrero de 1950 y 19 de noviembre de 1951, mediante las cuales se puso fin a la primera instancia de los juicios ordinarios promovidos por la **Compañía Explotadora del Nechí** y la **Nichi Valley Gold Mining Company** contra la Nación, juicios que, a solicitud formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, fueron acumulados acá por auto de fecha trece de agosto pasado, en razón de ser unos mismos los litigantes, una misma la acción, y en parte, unas mismas las cosas litigiosas. El juicio fallado en 1950 fue registrado en la Corte bajo el número 118; y el decidido en 1951, con el número 225.

Antecedentes de los juicios

El distinguido con el número 118 tuvo como origen la propuesta de contrato formulada en abril de 1942, ante el Ministerio de Minas y Petróleos, por el doctor Alejandro Botero Londoño, para la exploración y explotación de metales preciosos en el lecho y las márgenes del río Nechí, en una zona ubicada en jurisdicción del Municipio de Zaragoza del Departamento de Antioquia, delimitada así:

"Desde la desembocadura del caño Bledo en el río Nechí, éste aguas abajo hasta un punto que queda a quinientos cincuenta metros (550 mts.) antes del desemboque del caño Cacericito en el mismo Nechí, incluyendo las islas que se encuentran en este trayecto, el cauce mismo del río y sus riberas en una extensión de un kilómetro a cada uno de los lados del cauce", la cual zona comprende una longitud de quince kilómetros.

Admitida la propuesta y cumplido el trámite administrativo de rigor, fueron presentados en tiempo oportuno, por las Compañías mineras ya indicadas, sendas oposiciones a la propuesta de contrato en referencia, en razón de lo cual el Ministerio dispuso remitir al Tribunal Superior de Medellín el expediente respectivo, para efectos de la decisión de esas oposiciones.

Ya el expediente en el Tribunal, la **Compañía Explotadora del Nechí**, mediante apoderado, formalizó la oposición en memorial presentado el 26 de mayo de 1947, solicitando las siguientes declaraciones en contra del Estado Colombiano, por los trámites del juicio ordinario:

"I.—Que la Compañía Explotadora del Nechí es propietaria de los metales preciosos existentes en el trayecto del cauce y de la margen del río Nechí solicitado en concesión por el doctor Alejandro Botero Londoño, en la parte de ese trayecto amparada por el título de la mina 'Ayacucho', cuyos linderos se indican en el hecho segundo de esta demanda, trayecto —el de la mina Ayacucho afectada— que aparece singularizado en el hecho segundo del presente libelo.

"II.—Que, en consecuencia, los minerales solicitados en concesión por el doctor Botero Londoño, incluídos dentro de los linderos de la mina Ayacucho, no forman parte de la reserva minera nacional y no pueden ser otorgados en concesión.

"III.—Que el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud de concesión hecha por el doctor Botero Londoño; o, en subsidio, excluir del respectivo contrato la parte de la zona propuesta que afecta la mina Ayacucho".

Asimismo la **Nichi Valley Gold Mining Company**, también mediante apoderado, formalizó su oposición en el libelo de dos de junio del mismo año de 1947, en que, señalando al Estado Colombiano como demandado, se formulan las siguientes súplicas por los trámitess del juicio ordinario:

"I.—Que la Nichi Valley Gold Mining Company es dueña y poseedora regular de las minas Santa Paula número 4, Santa Paula número 5, Santa Paula número 6, Santa Paula número 7, Santa Paula número 8, Santa Paula número 9, Los Angeles número 1, Los Angeles número 2, Los Angeles Número 3, Los Angeles número 5, Los Angeles número 6, y Santa Paula número 3, especificadas por su situación y linderos en el hecho segundo de esta demanda.

"II.—Que los metales preciosos existentes dentro de los linderos de las minas especificadas por su situación y linderos en el hecho segundo de esta demanda no forman parte de la reserva minera nacional y no pueden, por lo mismo, ser otorgadas en concesión.

"III.—Que, en consecuencia, el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la propuesta de contrato formulada por el doctor Alejandro Botero Londoño, y archivar el expediente; o, en subsidio, excluir al celebrar el contrato con el proponente, la parte de la zona pedida en concesión que se superpone sobre las zonas amparadas por los títulos de las minas especificadas en el hecho segundo de esta demanda, o que afecte dichas minas".

Como razones de derecho en ambas demandas se invocaron los artículos 10º del Acto Legislativo número 1 de 1936; 2º, 4º, y 127 del Código de Minas y 1º y 4º de la ley 85 de 1945.

El otro juicio, distinguido con el número 225, se originó en la propuesta de contrato formulada, ante el mencionado Ministerio, por el doctor Guillermo Guingue Salazar para la exploración y explotación de metales preciosos, en el lecho y las márgenes del río Nechí, en una zona de 14.800 metros de longitud, medidos a lo largo del cauce de ese río, por su margen izquierda y determinada así: "Desde la desembocadura del Caño Juan Bañón en el río Nechí —punto que está aproximadamente a tres mil trescientos metros más abajo de la población de Cuturú—, río Nechí aguas abajo hasta la desembocadura del Caño Bledo en el mismo Nechí, punto éste que está aproximadamente mil metros arriba de Vijagual, incluyendo las islas que se encuentran en ese trayecto, el cauce mismo del río y sus riberas en una extensión de un kilómetro a cada uno de los lados del cauce", y, asimismo, en las oposiciones a tal propuesta, formuladas por las mismas Empresas mineras que se presentaron como opositoras en el otro juicio que acaba de indicarse.

Dichas sociedades formalizaron en tiempo oportuno, sus oposiciones ante el Tribunal Superior de Medellín, a donde hubo de remitir el Ministerio el expediente para los fines del caso.

La Compañía Explotadora del Nechí, por conducto del apoderado constituído al efecto, lo hizo en libelo presentado el 27 de mayo de 1947, suplicando lo siguiente, por los trámites del juicio ordinario, y con audiencia del Fiscal respectivo como Representante del Estado Colombiano:

"I.—Que la Compañía Explotadora del Nechí es propietaria de los metales preciosos existentes en el trayecto del cauce y en el trayecto de la margen izquierda del río Nechí solicitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar, en la parte de esas zonas amparadas por los títulos de las minas 'Pichincha', 'Junín' y 'Ayacucho', cuyos linderos se indican en las letras a), b) y c) del hecho segundo de esta demanda.

"II.—Que, en consecuencia, los minerales so-

licitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar y amparados por los títulos de las minas 'Pichincha', 'Junín' y 'Ayacucho' no forman parte de la reserva minera nacional, y por lo mismo no pueden ser otorgadas en concesión.

"III.—Que el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud de concesión hecha por el doctor Guillermo Guingue Salazar y archivar las presentes diligencias; o, en subsidio, excluir en el respectivo contrato todo el subsuelo del cauce y de la margen izquierda del río Nechí, amparado por los títulos de las minas 'Pichincha', 'Junín' y 'Ayacucho' e incluído en la zona solicitada en concesión por el doctor Guingue Salazar".

La Nichi Valley Gold Mining Company, formalizó su oposición en escrito presentado el 4 de junio de 1947, en el que, por conducto del mandatario judicial designado, se impetran las siguientes declaraciones con audiencia del Fiscal del Tribunal, como representante legal de la Nación o Estado Colombiano y por los mismos trámites del juicio ordinario:

"I.—Que la Nichi Valley Gold Mining Company es dueña y poseedora regular de las minas 'Nechí número 12', 'Nechí número 13', 'Concepción número 3', 'Concepción número 4', 'Concepción número 5', 'Regina', 'Ramona', 'Los Angeles número 3', 'Los Angeles número 4', 'Santa Paula número 1', 'Santa Paula número 2', 'Santa Paula número 3', especificadas por su situación y linderos en los hechos segundo y cuarto de esta demanda.

"II.—Qué los metales preciosos existentes dentro de los linderos de las minas especificadas en los hechos segundo y cuarto de esta demanda, no forman parte de la reserva minera nacional y no pueden ser, por lo mismo, otorgados en concesión.

"III. — Que, en consecuencia, el Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la propuesta de contrato formulada por el doctor Guillermo Guingue Salazar y archivar el expediente; o, en subsidio, excluir, al celebrar contrato con el proponente, la parte de la zona pedida en concesión que se superpone sobre las zonas amparadas por los títulos de las minas especificadas en los hechos segundo y cuarto de esta demanda, o que afecte dicha mina".

En derecho, ambas demandas, se apoyan en las mismas disposiciones legales y constitucionales invocadas en las que fueron objeto del juicio número 118, ya mencionado.

Como observación previa se advierte que en los dos juicios de la referencia, la Compañía Explotadora del Nechí, transfirió, a título de venta, a la **Nechi Consolidated Dredging Limited,** conforme a los respectivos instrumentos notariales, varias minas, entre las cuales figuran las denominadas 'Ayacucho', 'Pichincha' y 'Junín', lo cual explica el hecho de referirse las decisiones apeladas a esta Sociedad, en vez de la que inicialmente figura como demandante en ambos juicios.

El distinguido con el número 118, remató con la mencionada sentencia de 15 de febrero de 1950, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Declárase que la sociedad denominada **Nechi Consolidated Dredging Limited** es propietaria de los metales preciosos existentes en el trayecto del cauce y de la margen izquierda del río Nechí solicitado en concesión por el doctor Alejandro Botero Londoño, en la parte del trayecto amparada por el título de la mina 'Ayacucho', cuyos linderos se indican en el respectivo título de adjudicación.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, los minerales solicitados en concesión por el doctor Botero Londoño, incluídos dentro de los linderos de la mina 'Ayacucho', no forman parte de la reserva minera nacional, y por consiguiente no pueden ser otorgados en concesión.

"3º El Ministerio de Minas y Petróleos, al celebrar el contrato propuesto por el doctor Botero Londoño, debe excluir de tal convención la parte de la zona propuesta que afecte la mina 'Ayacucho'.

"4º Declárase que la **Nichi Valley Gold Mining Company,** sociedad domiciliada en Wilmington (Delaware) de los Estados Unidos de América, es dueña y poseedora regular de las minas denominadas 'Los Angeles número uno', 'Los Angeles número dos', 'Los Angeles número tres', 'Los Angeles número cinco', 'Los Angeles número seis', singularizadas por su situación y linderos en los respectivos títulos de adjudicación emanados del Estado.

"5º Como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, los minerales existentes dentro de los perímetros de las nombradas mi-

nas no forman parte de la reserva minera nacional y no pueden, por lo mismo, ser otorgados en concesión.

"6º Como consecuencia de las dos declaraciones inmediatamente anteriores, el Ministerio de Minas y Petróleos, al celebrar el contrato propuesto por el doctor Alejandro Botero Londoño, debe excluir de tal convención la parte de la zona pedida en concesión que se superpone a la zona amparada por los títulos de las minas mencionadas en el numeral 4º que antecede, o que afecte dichas minas.

"7º No es el caso de hacer, y por consiguiente no se hacen, las declaraciones solicitadas por el doctor Luis Isaza Gaviria, como apoderado de la **Nichi Valley Gold Mining Company** con respecto a las minas denominadas 'Santa Paula número cuatro', 'Santa Paula número cinco', 'Santa Paula número seis', 'Santa Paula número siete', 'Santa Paula número ocho', 'Santa Paula número nueve' y 'Santa Paula número tres', ya que la zona solicitada en concesión por el doctor Botero Londoño que se superpone a los perímetros de las aludidas minas forma parte de la reserva nacional, y por ende puede ser otorgada en concesión por el Estado Colombiano".

Y el otro juicio, el marcado con el número 225, culminó con la sentencia de 19 de noviembre de 1951, en que se declara:

"**Primero.**—Declárase que la Compañía Nechí Consolidated Dredging (cesionaria de la Compañía Explotadora del Nechí), es dueña de las minas **Pichincha, Junín** y **Ayacucho,** a que se refiere esta providencia. En consecuencia, se declara que los minerales solicitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar y amparados por los títulos de las mencionadas minas, no forman parte de la reserva minera nacional, y por lo mismo no pueden ser otorgados en concesión.

El Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud de concesión hecha por el doctor Guingue Salazar en lo tocante a las áreas amparadas por los títulos de las referidas minas, y excluir, por consiguiente, en el respectivo contrato de concesión todo el subsuelo del cauce y de la margen izquierda del río Nechí comprendido por los mismos títulos. En la demarcación de estas minas se tendrá en cuenta el croquis levantado por los señores peritos en la diligencia de inspección ocular que practicó este Tribunal, croquis que obra en el juicio como prueba.

"**Segundo.**—Declárase que la Compañía Nichi Valley Gold Mining, es dueña de las minas 'Concepción número 3', 'Concepción número 4', 'Concepción número 5, 'Nechí número 12' y 'Nechí número 13', mencionadas antes.

"En consecuencia, se declara que los minerales solicitados en concesión por el doctor Guingue Salazar y amparados por los títulos de las mencionadas minas, no forman parte de la reserva minera nacional, y por lo mismo no pueden ser otorgados en concesión. El Ministerio de Minas y Petróleos debe suspender los trámites de la solicitud hecha por el doctor Guingue Salazar en lo tocante a los minerales existentes en las áreas amparadas por los títulos de las referidas minas, y excluir por consiguiente, en el respectivo contrato de concesión la parte de la zona solicitada por el citado doctor Guingue Salazar, en cuanto se superpone a las zonas amparadas por los títulos de las minas mencionadas en este ordinal segundo.

Para la demarcación de las respectivas zonas de tales minas debe tenerse en cuenta el croquis levantado por los señores peritos en la diligencia que practicó este Tribunal, croquis que obra en los autos como prueba.

"**Tercero.**—Declárase que la misma Compañía **Nichi Valley Gold Mining Company,** como titular de las minas Santa Paula número 1 y Santa Paula número 2, no tiene derecho a oponerse a la propuesta de concesión formulada por el doctor Guingue Salazar, en las zonas que dichos títulos amparan y en la parte correspondiente a la reserva de la Nación, y por tanto dichas zonas son propiedad del Estado, en la extensión a que se refiere el artículo 1º de la ley 13 de 1937. Para la respectiva demarcación se tendrá en cuenta el croquis a que se ha hecho mención antes.

"**Cuarto.**—Declárase que no es el caso de acoger los pedimentos de la demanda en cuanto a las minas, no comprendidas dentro de los perímetros solicitados en concesión por el doctor Guillermo Guingue Salazar, de las cuales es titular la Compañía **Nichi Valley Gold Mining Company,** denominadas 'Regina', 'Ramona', 'Los Angeles Nc 3', 'Los Angeles número 4', y 'Santa Paula número 3' ".

Como al principio se expresó, de los mencionados fallos en que se hacen las declaraciones preinsertas apelaron las partes, esto es, una de las dos empresas mineras demandantes en ambos

juicios —la **Nichi Valley Gold Mining Company**— y el representante legal del Estado Colombiano, el Fiscal adjunto al Tribunal Superior de Medellín.

Acá recibieron los juicios la tramitación que les es propia, culminando ésta con el decreto de acumulación expedido, según quedó dicho, a instancias del Representante de la Nación, después de haber sido recogidos los alegatos escritos presentados tanto por el apoderado de aquella empresa, como por el Procurador Delegado en lo Civil.

Este funcionario manifiesta su conformidad con todas las declaracionse hechas por el **a quo** en ambos juicios, solicitando, eso sí, que se adicione lo así resuelto "en el sentido de declarar que el derecho de dominio particular sobre las mencionadas minas de **Los Angeles**, no se extiende a la porción de islas enclavadas en el cauce del Nechí, por prohibirlo los artículos 6º del Decreto 1112 de 1905, 2º del Decreto 1328 del mismo año, 5º de la ley 59 de 1909, 5º de la ley 72 de 1910 y 16 del Decreto 223 de 1932, disposiciones éstas preexistentes al aviso de dichas minas".

Conforme a las declaraciones hechas por el sentenciador de primera instancia, tres son las situaciones reconocidas con relación a las minas materia de los juicios, a saber:

a) Minas que salieron del patrimonio de la Nación, amparadas con justo título y afectadas en parte por las propuestas de contrato sobre exploración y explotación de minerales formuladas por los doctores Botero Londoño y Guingue Salazar: **Ayacucho, Pichincha, Junín, Los Angeles** números 1. 2, 3, 5, y 6, **Nechí,** números 12 y 13, **Concepción** números 3, 4 y 5;

b) Minas que, no obstante haber sido tituladas, y resultar afectadas por las propuestas acabadas de mencionar, continúan formando parte de la reserva minera nacional; en la extensión de un kilómetro al lado derecho del cauce normal del río Nechí: **Santa Paula** números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

c) Minas cuyo perímetro no resulta comprendido en todo o en parte por el de la zona solicitada en concesión por el proponente doctor Guingue Salazar: **Regina, Ramona, Los Angeles** números 3 y 4 y **Santa Paula** número 3.

En esta instancia las partes contendientes aceptan la decisión del Tribunal con referencia al grupo de minas mencionado en el ordinal a) que antecede, para discrepar en cúanto se relaciona con las que se indican en los siguientes b) y c), quedando así concretado, en cierto modo, el recurso de apelación a todo aquello que afecta las pretensiones de la Nichi Valley Gold Mining Company.

La Sala encuentra jurídicas las declaraciones hechas por el **a quo** favorables a los demandantes, es decir, las que se refieren a las minas pormenorizadas en el mencionado ordinal a), por cuanto las pruebas aportadas sobre el particular demuestran, como se expresó en los fallos respectivos y lo acepta la Procuraduría, que tales minas fueron tituladas, unas (**Pichincha, Junín y Ayacucho**) desde el 6 de octubre de 1887, y las otras, desde junio de 1926 (Concepción números 3, 4 y 5), febrero de 1936 (Los Angeles números 1, 2, 3, 5 y 6) y abril de 1936 (Nechí números 12 y 13); que las tres primeras fueron redimidas a perpetuidad de acuerdo con la facultad concedida por el artículo 45 de la ley 292 de 1875, y sobre las restantes se ha pagado el impuesto correspondiente, y, por último, que las zonas solicitadas en concesión por los mencionados doctores Botero Londoño y Guingue Salazar, se superponen en áreas más o menos considerables a las respectivas de esas minas, según lo constatado en las diligencias de inspección ocular practicadas por el Tribunal en esas zonas, y lo expuesto al respecto, en forma acorde, por los peritos ingenieros que intervinieron en ellas. A esta conclusión se llega, por cuanto los actuales propietarios, quienes guardan identidad jurídica con los adjudicatarios de 1887 y de los demás de los citados años, exhiben, unos, títulos de dominio sobre dichas minas desde antes de que la Nación constituyera en reserva minera los metales preciosos existentes en los cauces de los ríos (Decreto 1112 de 1905), y, otros, antes de que tal reserva, por virtud de la ley 13 de 1937, se extendiera a ciertas zonas de las riberas de los ríos navegables.

Ahora bien: como acertadamente lo advierte la Procuraduría, se hace preciso hacer la aclaración de que efectivamente el dominio reconocido sobre las citadas minas de Los Angeles, no se extiende al cauce del río Nechí, como se expresó por el Alcalde comisionado al dar posesión de ellas, y esto porque la reserva nacional de minas en los cauces de los ríos había quedado establecida desde la expedición del Decreto número 1112 de 1905, ratificada después por otras disposiciones, todas preexistentes al aviso y titulación de esas minas.

El recurso propiamente dicho

Se refiere éste, como antes se dijo, a las decla-

raciones del Tribunal adversas a las súplicas de la Nichi Valley Gold Mining Company sobre reconocimiento de la propiedad de las minas Santa Paula, distinguidas con los números uno a nueve.

Para llegar a esta conclusión, el **a quo** adujo como razón, la circunstancia de haber sido tituladas esas minas con posterioridad a la vigencia de la ley 13 de 1937, por la cual se declaró que "La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río", en cuyo caso "ninguna de las diligencias llevadas a cabo antes del 27 de febrero de 1937 crearon derecho alguno en favor de los avisantes y denunciantes y en contra del Estado en lo tocante a la zona riberana de un kilómetro de extensión de que se habla en el artículo 1º de la aludida ley", y además por aparecer plenamente demostrado el hecho de la ubicación de dichas minas en la banda oriental del río Nechí en extensión mayor de un kilómetro al lado derecho del cauce normal del mismo, según las indicaciones de los títulos que se dicen ampararlas y lo establecido en la inspección ocular practicada por el Tribunal en esos terrenos.

En los siguientes pasajes de una de las sentencias recurridas se expresan los fundamentos que informan aquella determinación:

"Es cierto que tanto el aviso como el denuncio de cada una de las minas a que se viene haciendo alusión fueron presentados antes de la expedición de la ley citada, pero no es menos cierto que la adjudicación sólo se hizo con posterioridad a la expedición de tal estatuto legal, y por ende la adjudicación ningún derecho podía crear en contra de la Nación. Sobre este particular se expresa así nuestra alta Corte: 'La Corte observa que si es verdad que el aviso del descubrimiento de una mina dá nacimiento al derecho a la adjudicación, tal derecho a obtener la adjudicación está sujeto al cumplimiento por el interesado de todos los requisitos, denuncio, posesión, medida de la mina y expedición del título, lo que demuestra —y este punto se dilucida más ampliamente adelante— que el aviso de una mina, si bien confiere derechos a favor del avisante para que terceros no avisen también la misma mina, no constituye tal acto un derecho en la mina, en la propiedad sobre ella, sino un derecho a que con el avisante se prosigan las diligencias ulteriores para que si se cumple con todos los requisitos de la ley, se le adjudique y titule la mina en su favor. Y no constituyendo como no constituye el aviso de una mina, un derecho en ella, dicho acto, si bien necesario ordinariamente para llegar a la titulación, no es un requisito **sine qua non** para que la adjudicación pueda decretarse...' Y más adelante agrega la misma corporación: 'El derecho alquirido a que hace mención el señor Procurador, que genera el aviso y el denuncio de una mina, no puede ser otro que el que en armonía con las disposiciones legales respectivas se permite obtener, o sea que con el avisante y denunciante de la mina se prosigan las diligencias conducentes a la adjudicación y titulación de ella'. Observa el señor Procurador que, según lo reza el artículo 117 del Código de Minas, el que dá un aviso adquiere un derecho a dicha mina, que no pierde sino en cualquiera de los seis casos contemplados en el artículo 118. Evidentemente, el artículo 117 establece que en el caso por él contemplado se adquiere un derecho preferente al de toda otra persona. Lo que quiere decir que el artículo dá la norma para resolver conflictos por razón de posibles derechos opuestos, de varios particulares entre sí. Lo confirma el propio título del Capítulo respectivo del Código: '**Prelación de derechos entre los que pretenden una mina**'. Los derechos aquí contemplados son, pues, los que surgen entre distintas personas, y no entre éstas y el Estado dueño de las minas. Las reglas del capítulo se aplican para resolver dificultades o conflictos entre varios avisantes o denunciantes u otros que pretenden tener derecho a la adjudicación de una mina' Pero por sobre los derechos de todos ellos a obtener la titulación respectiva, se halla colocada la ley que manda o prohibe adjudicar minas a particulares, que cuando es prohibitiva hace imposible para todos los interesados, cualquiera que sea la posición jurídica en que ellos se encuentren entre sí, adquirir la mina por medio de la adjudicación y titulación respectivas'.

"La H. Corte después de hacer un estudio acerca del alcance de los artículos 127 y 128 del Código de Minas, dice: 'Pero no ocurre lo mismo cuando se han practicado algunas diligencias tendientes a la adjudicación de una mina al amparo de una ley que permitía adjudicarla, y se han realizado posteriormente las demás diligencias cuando la ley permisiva estaba derogada. Expedida la ley derogatoria, de otra que permitía las adjudicaciones, queda por el mismo hecho prohibida toda nueva titulación, no puede decretarse; y si se hace, la titulación será nula. La ley

—artículo 6º del Código Civil— es muy clara en el particular: son nulos —dice— los actos ejecutados contra expresa prohibición legal'. (GACETA JUDICIAL número 1916, páginas 269, 271 y 272)".

En esta instancia, el personero judicial de la empresa apelante, doctor Alvaro Camargo Patiño, sustenta el recurso en extensos alegatos presentados en ambos juicios, invocando el dictamen del doctor Gerardo Arias Mejía, en concepto emitido, con el carácter de abogado, en relación con las declaraciones del Tribunal sobre las mencionadas minas Santa Paula, para concluir solicitando la revocación de dichos fallos en ese particular, y en su lugar decretar lo pedido, ello por hallar válidos los títulos de propiedad exhibidos, y que en su sentir amparan aquellas minas.

Los argumentos a que se refiere el dictamen invocado por el apoderado de la entidad apelante, son los siguientes, según fiel extracto hecho por la Procuraduría, en su alegato final:

"I.—La ley 13 no dice que los derechos adquiridos sean los de dominio (artículo 1º).

"II. — La ley no tiene definido lo que son derechos adquiridos, y entonces nada autoriza para restringir el significado de esa locución, que es amplia y expresiva.

"III.—Cuando la ley 13 de 1937 fue dictada, las minas a que se refieren los fallos del Tribunal, ya habían sido avisadas y denunciadas. El aviso contiene un derecho, tan valioso, que la mina respectiva puede ser trabajada y sobre su superficie se pueden instalar edificios, maquinarias, caminos, etc., de manera que podemos decir que el aviso dá derecho sobre el subsuelo. Hay aquí, pues, un derecho adquirido. No es simplemente expectativa, una ilusión; es una realidad. Sin duda que por eso dice el código que la fecha de un título es la del aviso; y dice esto, muy significativo en su artículo 36, en que se dispone subsanar los reparos de la Gobernación al denuncio, dentro del plazo fijado, 'para el efecto de asegurar los **derechos adquiridos** por el descubrimiento de la mina'; y dice el artículo 12 del mismo Código que la fecha del descubrimiento de la mina será el punto de partida para hacer efectivos los **derechos adquiridos** por tal descubrimiento.

"IV.—Con la tesis sostenida hasta ahora por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, que afirma la relatividad de los derechos originados por el aviso y el denuncio de minas, 'se desconoce un principio constitucional repetido en la ley 13, que versa sobre derechos adquiridos, uno de los cuales, sin lugar a duda, es el **derecho que dá el aviso** de una mina, derecho que no se puede desconocer, por lo cual, si las minas fueron avisadas antes de la ley 13 y los procesos de titulación siguieron su curso regular hasta la expedición de los títulos, los cuales sirvieron de base para formalizar las oposiciones, esa situación jurídica no puede menospreciarse.

"V.—El artículo 27 del Decreto 1343 de 1937 exigía, para la prosperidad de una oposición minera, que se presentara el título de la mina expedido con anterioridad a la ley, al formalizarse la oposición. Pero el artículo 24 del mismo Decreto fue declarado inexequible y con él el 27 que es parte del 24.

"VI.—En la ley 85 de 1945 ya nada se dijo sobre la obligación de presentar el título como condición esencial para que una oposición prospere'. El Decreto 805 de 1947, reglamentario de la ley 85, no reprodujo el artículo 27 del Decreto 1343.

"VII.—La fecha del título (minero) es la del aviso; si no hubiere constancia de esta fecha, es la del denuncio; si tampoco hubiere constancia, será la de la diligencia de posesión; y si tampoco ésta aparece, será la de la expedición del título. Querían evitar así (los autores del Código de Minas) la imposibilidad de que un título no tuviera fecha, porque sabían que esto es esencial. Esta cuestión de la fecha no la analizó el Tribunal. Los avisos de las minas no favorecidas con los fallos del Tribunal, están fechados en 1935, año anterior a la ley 13 de 1937; de donde resulta que los títulos a que corresponden esos avisos, son también anteriores a la ley 13, y entonces está claro el derecho adquirido de dominio, el cual debe respetarse de acuerdo con la Constitución Nacional.

"VIII. — La legislación anterior a la ley 13 de 1937 contemplaba expresamente la posibilidad de **adjudicar** minas de propiedad nacional. A partir de esa fecha las minas de la reserva **sólo pueden ser objeto de contratos de explotación** entre el Gobierno y los particulares. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 128 del Código de Mi-

nas, que prevé la expedición del título 'aunque el denuncio y demás diligencias se hayan practicado conforme a las prescripciones de la ley anterior', hoy debe aplicarse analógicamente el mismo principio para respetar las normas sobre adjudicación vigentes antes de que se expidiera la ley 13 de 1937, sobre reserva nacional de las minas ubicadas en las riberas de los ríos navegables".

Sobre aquellos particulares del dictamen en referencia, invocado como sustentatorio del recurso, replica el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la siguiente forma:

"A) Es errónea la interpretación que la contraparte dá al inciso 2° del artículo 1° de la ley 13 de 1937, al afirmar que el dominio preexistente sobre minas riberanas no está contemplado por aquel precepto entre los derechos adquiridos que la disposición dejó a salvo expresamente. Como es erróneo sostener que el título de dominio minero anterior al 27 de febrero de 1937, tan sólo fue consagrado con el carácter de derecho adquirido, por modo expreso, en los artículos 24 y 27 del Decreto reglamentario 1343 de dicho año, y que siendo inexequible el artículo 24, nada impide hoy que el juzgador prescinda de considerar el título de adjudicación y su fecha como factor determinante en la definición del derecho de propiedad.

"La sentencia de 21 de febrero de 1941 —dictada por la Corte Suprema de Justicia— declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo 24, no porque en él se hiciera referencia a las adjudicaciones de minas fluviales, anteriores al imperio de la ley 13 (referencia que en realidad allí no se hizo), sino porque el precepto atribuía competencia a las autoridades administrativas para decidir problemas de propiedad planteados con motivo de oposiciones a propuestas de exploración y explotación mineras. Fue el quebranto de los artículos 22, 24 y 115 de la Constitución, lo que determinó la declaratoria de inexequibilidad aludida. Nada más.

"Pero hay algo muy importante en dicho fallo. Y es que él interpreta el genuino sentido del artículo 1° de la ley 13 de 1937, al examinar el artículo 44 del Decreto 836 de 11 de mayo de 1938, también acusado como violatorio de la Carta Fundamental.

"Dicho artículo 44, declarado exequible, en efecto dice:

" 'Las minas descubiertas o que en lo sucesivo se descubran en tales trayectos de río o en las riberas de los mismos en una extensión de un kilómetro a cada lado de sus cauces normales pertenecen a la reserva nacional de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el Gobierno en los términos del Decreto 1343 de 1937, **con excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a la vigencia de los preceptos legales que establecieron tal reserva, siempre que los adjudicatarios de tales minas o sus sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley'.**

'La Corte comentó:

" 'El artículo 44, primero de los acusados del decreto cuestionado, se limita a reproducir textualmente la dispsoición del artículo 1° de la ley 13 de 1937 que consagró la reserva nacional de las minas allí indicadas y estableció el régimen especial contractual de explotación, con base en el artículo 199 de la actual codificación constitucional. No conteniendo la disposición reglamentaria nada excesivo ni distinto en relación con el mandato legal, su acusación, con base en usurpación jurisdiccional, es improcedente porque su imperio está respaldado por el de la ley, no acusada de inconstitucionalidad'. (G. J. Tomo L, pág. 676, 1ª).

"Y adelante expone el fallador con toda precisión:

"Sobre estas minas reservadas, **no adjudicadas antes de la reserva** (res extra comertium), **no puede haber dominio privado, y consiguientemente no puede haber sobre ellas posesión que pueda hacerse valer contra la Nación distinta de la posesión regular que en derecho minero equivale al dominio mismo'** (T° L. pág. 678, 1ª).

"La razón de ser del artículo 1°, inciso 2° de la ley 13 varias veces mencionada, fue expuesta por la Corte en la misma sentencia después de rememorar las distintas leyes sobre reserva minera de la Nación en los lechos y riberas de los ríos.

"Dijo la Corte:

" 'Naturalmente, habiéndose desprendido la Nación de la propiedad de muchas minas dentro de las zonas que posteriormente reservara, las reservas no podían afectar los derechos adquiridos por los respectivos adjudicatarios conforme a la situación jurídica existente en la época en que legítimamente adquirieron la propiedad del Estado. **Los títulos de propiedad que el Estado había otorgado con anterioridad a las reservas quedaron así intangibles,** amparados por la garantía

que les extiende la Constitución Nacional, que hoy como ayer es celosa en la salvaguardia de los 'derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas' (L. pág. 664, 1ª y 2ª).

"B) Lo anterior es concluyente y en rigor releva a mi despacho de toda otra consideración dirigida a rebatir los demás argumentos de la parte demandante. Empero, como lo relativo a derechos adquiridos está considerado por ella como vinculado exclusivamente al aviso de las minas, que sí fue dado en este caso antes del 27 de febrero de 1937, y este aspecto de la cuestión ofrece grande interés desde el punto de vista doctrinario, paso a recordar brevemente lo siguiente:

"Ya el Ministerio de Minas y Petróleos, en resolución del 16 de febrero de 1933 había dicho:

"'Entre las disposiciones que establecen una limitación al principio general consignado en el artículo 2º del C. de M., según el cual el Estado cede la posesión y propiedad de las minas denunciables a los particulares, unas pueden calificarse como de derecho público, y otras como de derecho privado. **La prohibición contenida en las primeras no puede sanearse por ningún consentimiento particular ya que se trata de preceptos de orden público.** La prohibición establecida en las segundas se sanea con el consentimiento del interesado, puesto que el derecho que para él nace de la restricción, solamente mira al interés individual, sin que esté prohibida su renuncia. Entre aquéllas se cuenta el artículo 2º de la ley 72 de 1910 que prohibe adjudicar minas a extranjeros en la región del Chocó y Darién, y el artículo 5º de la misma ley, de acuerdo con el cual no se pueden adjudicar las minas ubicadas en los lechos de los ríos navegables'.

"Y la H. Corte en sentencia de casación de 19 de junio de 1939 acogió la bien fundada tesis del Ministerio, al interpretar concretamente la naturaleza de las prohibiciones impuestas por la ley 13 de 1937 para adjudicar las minas allí consideradas: 'De esta última especie ('restricciones que corresponden al derecho público nacional') es — dice la Corte— la restricción consignada en la ley 13 de 1937 que estableció que las minas descubiertas o que se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional y sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el Gobierno, **con excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia** y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley' (XLVIII, pág. 278).

"Así, pues, disposiciones como la de que el aviso de una mina coloca al avisante en la situación de ser preferido para la adjudicación de la misma (a. 117, C. de M.), o la que lo faculta 'para tomar el agua necesaria para el laboreo' (a. 204 ibidem), son normas que pertenecen al derecho privado por versar sobre intereses particulares, y que se dictaron presumiendo que el avisante llegue, como normalmente acontece, a alcanzar el título que lo constituya en poseedor regular de la mina. Pero si motivos superiores de orden público determinan la expedición posterior de una ley de Derecho público prohibitiva de la adjudicación, el aleatorio interés particular debe ceder ante el interés social, ya que la simple expectativa de ser adjudicatario —que, como toda expectiva, es contingente— no puede alegarse a manera de derecho adquirido que impida al Legislador anularla o cercenarla; ni tampoco oponerla como valla contra la ejecución de la ley que la anule o la cercene.

"C) Tampoco es argumento para afirmar que en las dos minas 'Santa Paula' de que se trata tiene la demandante posesión **regular** por pago presunto del impuesto, según el artículo 173 del C. de M., porque como lo ha dicho esa H. Sala, 'la presunción establecida en el artículo 173 del Código de Minas ningún efecto puede producir tratándose de minas reservadas por el Estado, como las ubicadas en el cauce de los ríos navegables, ya que la respectiva disposición legal hizo jurídicamente imposible el denunciar, el restaurar, en una palabra, el hacer de la mina en cuestión un patrimonio particular y privado'. (Sentencia de 26 de junio de 1930, Mina 'El Salto')".

Ningún reparo tiene que hacer la Sala a las preinsertas jurídicas razones expuestas por la Procuraduría como sustentatorias de la tesis que infórma las declaraciones del Tribunal, objeto y materia del recurso, de que se ha venido ocupando, por cuanto ellas tienen por fundamento además la doctrina que en relación con los derechos adquiridos a que alude el inciso 2º del artículo 1º de la ley 13 de 1937 ha sentado esta Corte en sus Salas Plena, de Casación y Negocios Generales, en las diversas decisiones que se mencionan, doctrina que hoy se ratifica expresamente. Y para abundar en argumentos de autoridad al respecto, en respaldo de la tesis sustentada por el **a quo**, conviene reproducir la jurisprudencia del Con-

sejo de Estado en fallo de 25 de noviembre de 1937, aducida igualmente por la Procuraduría, a saber:

"Minas de la reserva.—Ubicada la mina en la zona riberana de un río navegable, de conformidad con el artículo 1º de la ley 13 de 1937, pertenece a la reserva nacional, en la latitud de un kilómetro y en toda su longitud, en tal virtud no es adjudicable, y no siéndolo, no es procedente adelantar proceso alguno de titulación.

"Mas podría objetarse que el artículo 1º de la ley 13, inciso 2º, dejó a salvo los derechos adquiridos, y que uno de éstos es el que concede el artículo 117 del Código de Minas, que dice: 'El que dé el aviso de que habla el artículo 8º, adquiere por este solo hecho un derecho a dicha mina, preferente al de toda otra persona, salvo los casos del inciso 4º, artículo 6º'. Pero el derecho preferente que consagra el artículo 117 del Código de Minas, puede hacerse efectivo hasta tanto la mina avisada o denunciada tenga el carácter de denunciable. El Estado no se ha obligado irrevocablemente a adjudicar las minas a quienes las avisan y denuncian, sino que simplemente se compromete a dar en propiedad a los particulares las minas denunciables, mientras tales minas conserven ese carácter. En consecuencia, cuando el Estado les quita esa condición, nadie tiene derecho a pedir esa adjudicación, aunque haya dado un aviso, ni a obtener esa adjudicación aunque haya presentado el denuncio correspondiente".

Lo expuesto es suficiente para ratificar, se repite, la tesis que informa las decisiones del Tribunal con relación a las minas Santa Paula números cuatro a nueve, tituladas y adjudicadas con posterioridad a la vigencia de la ley 13 tantas veces citada, por la cual se declaró como reserva nacional la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río, acreditado como aparece en el hecho de la ubicación de ellas en la banda oriental del río Nechí en extensión mayor de un kilómetro al lado derecho del cauce normal de ese río, así como también en atención a la circunstancia igualmente establecida de resultar afectada con la propuesta de concesión formulada por el doctor Botero Londoño, según se acreditó con la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal a los respectivos terrenos, y lo expuesto al respecto por los peritos que en ella intervinieron. Mas parece oportuno destacar un hecho que en el presente caso viene a ser un factor decisivo en abono de la jurídica conclusión a que se ha llegado, consistente precisamente en los términos como fueron expedidos por la Gobernación de Antioquia los títulos de las minas Santa Paula números 4 a 9 y en donde expresamente se consignó lo que se reproduce en seguida: 'Como la ley 13 del presente año (1937) estableció la reserva para la Nación de una faja de un kilómetro en las riberas de los ríos navegables a cada lado del cauce normal del respectivo río y por cuanto el aviso y denuncia de la mina de que se trata, ubicada en la ribera inmediata del río Nechí, que es navegable, fueron presentados antes de la vigencia de dicha ley 13, se hace constar expresamente que en caso de que el Gobierno nacional disponga que el aviso y denuncio no constituyen derechos adquiridos sino únicamente mera expectativa, la faja legal de un kilómetro sobre la orilla del río aludido queda excluída de la presente adjudicación, la cual se reducirá entonces a la parte que queda después de la exclusión de la zona legal expresada".

Consecuencia obligada de lo que se deja dicho es la ineficacia legal de los títulos de adjudicación de las precitadas minas Santa Paula números 4 a 9 aducidos por la **Nichi Valley Gold Mining Company**, para fundamentar las oposiciones que hiciera a la respectiva propuesta de contrato formulada por el doctor Botero Londoño, precisamente por hallarse afectadas de nulidad absoluta y parcial las titulaciones correspondientes, esto es, por comprender la adjudicación que se hiciera de esas minas en zonas pertenecientes a la reserva nacional. Esta nulidad absoluta, con efectos circunscritos exclusivamente a aquella zona de la reserva nacional, debe declararla de oficio la Corte, por aparecer de manifiesto en aquellas titulaciones, de acuerdo con lo que imperativamente estatuye el artículo 2º de la ley 50 de 1936, y en consideración además, a lo que sobre el caso de nulidad parcial, en materia de minas, establece para un caso análogo al presente, el artículo 94, numeral 3º, en relación con el 101 del Código de la materia.

No ocurre lo propio en relación con las minas de Santa Paula números 1, 2 y 3, tituladas y adjudicadas también con posterioridad a la vigencia de la ley 13 de 1937, años después de que se expidieron los títulos de las otras minas del mismo nombre, afectadas las dos primeras por la propuesta de contrato del doctor Guingue Salazar, y

la última por la formulada por el doctor Botero Londoño, según lo constatado en la inspección ocular practicada por el Tribunal, y lo expuesto sobre el particular por los peritos que intervinieron en ella, por cuanto si bien se encuentran localizadas, como las otras, en la ribera oriental del río Nechí, no aparece acreditado legalmente el hecho de la navegabilidad de ese río, en las zonas correspondientes a las que se refieren tales adjudicaciones, ya que en los títulos respectivos, nada se dijo al respecto, como sí se afirmó categóricamente esa circunstancia en los de las otras minas Santa Paula, según se vio, ni es el caso de presumir tal cosa, como consecuencia obligada de lo que consta en éstas, por la muy clara razón de aparecer ubicadas esas tres minas en las márgenes de las partes altas del río, esto es, unas a continuación de otras, principiando por la número uno, en dirección al curso de las aguas, sin solución de continuidad hasta la número nueve.

El Tribunal, en su sentencia, estimó como demostrado aquel hecho de la navegabilidad del río en ese sector por alguna referencia que sobre el particular hace el Hermano Justo Ramón en su tratado de "Geografía Superior de Colombia", edición de 1949, y también diz que por ser un hecho notorio. Sobre el particular suficiente es advertir que una referencia de esa naturaleza no constituye prueba en los términos de la ley, aparte de que la notoriedad del hecho tampoco es exacta. En consecuencia, los títulos de las expresadas minas hay que aceptarlos, como prueba eficaz del dominio de los actores en relación con las zonas que por ellos resultan amparadas, precisamente por no aparecer acreditado el hecho de que pertenecen a la reserva nacional.

Lo dicho significa que la sentencia debe revocarse en cuanto a tal extremo, para acoger lo pedido en la demanda.

Finalmente en cuanto a la situación de las minas denominadas Regina, Ramona, Los Angeles número 3, Los Angeles número 4, y Santa Paula número 3, amparadas las cuatro primeras con títulos expedidos con anterioridad a la vigencia de la reserva decretada por la ley 13 de 1937, y la última con título expedido con posterioridad a esa ley, pero eficaz para demostrar el dominio de los actores sobre tal mina, según lo expuesto anteriormente, la Sala encuentra inobjetable la decisión del **a quo,** bajo el numeral 4° de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1951, en cuanto declaró que no es el caso de acoger sobre el particular los pedimentos de la respectiva demanda, originada en la propuesta del doctor Guingue Salazar, ya que los opositores demandantes desistieron de la identificación de esas minas, afirmando que están fuéra del perímetro de la zona solicitada en concesión por aquél.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprma de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

I.—Confírmanse los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º, parte resolutiva de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 15 de febrero de 1950 en el ordinario de la Compañía Explotadora del Nechí y la Nichi Valley Gold Mining Company contra la Nación, con la adición declarativa de que el dominio reconocido a esta última Compañía sobre las minas Los Angeles números uno, dos, tres, cinco y seis no se extiende al cauce del río Nechí.

II.—Revócase la declaración hecha bajo el numeral 7º de aquella sentencia, para en su lugar resolver:

a) Declárase la nulidad de los títulos de adjudicación de las minas denominadas Santa Paula números cuatro (4), cinco (5), seis (6), siete (7), ocho (8) y nueve (9), expedidos por la Gobernación de Antioquia, con fecha 16 de agosto de 1937, a favor del señor Paul W. Paulsen, en cuanto la adjudicación de las zonas a que ellos se refieren, se extiende a la de la reserva nacional contemplada por la ley 13 de 1937;

b) Como consecuencia de este pronunciamiento, se declara infundada la oposición, formulada por la Nichi Valley Gold Mining Company, con base en el dominio alegado sobre tales minas, a la propuesta de contrato formulada por el doctor Alejandro Botero Londoño;

c) Declárase que la Nichi Valley Gold Mining Company es dueña y poseedora regular de la mina denominada Santa Paula número 3, singularizada por su situación y linderos, en el respectivo título de adjudicación emanado del Estado;

d) Como consecuencia de esta declaración, el Ministerio de Minas y Petróleos, al celebrar el contrato propuesto por el doctor Alejandro Botero Londoño, debe excluir de tal convención, la parte de la zona pedida en concesión, que se superpone a la zona amparada por el título de esa mina, o que afecte a la misma, conforme a lo ex-

puesto por los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección practicada por el Tribunal.

III.—Confírmanse los numerales 1º, 2º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1951, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de la Compañía Explotadora del Nechí y la Nichi Valley Gold Mining Company contra la Nación.

IV.—Revócase la declaración hecha bajo el numeral 3º de esa sentencia, para resolver en su lugar:

a) Declárase que la Nichi Valley Gold Mining Company es dueña y poseedora regular de las minas denominadas Santa Paula número 1 y Santa Paula número 2, singularizadas por su situación y linderos en los respectivos títulos de adjudicación emanados del Estado;

b) Como consecuencia de esta declaración, el Ministerio de Minas y Petróleos, al celebrar el contrato propuesto por el doctor Guillermo Guingue Salazar, debe excluir de tal convención, la parte de la zona pedida en concesión, que se superpone a la de las zonas amparadas por los títulos de esas minas, o que las afecte, según lo expuesto por los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección practicada por el Tribunal.

Sin costas.

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

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE ACCEDE A ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR

Conforme al racional alcance del artículo 482 del C. J., la facultad que al sentenciador confiere este precepto, es para aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, en forma tal que la aclaración solicitada tenga una incidencia cierta sobre los resultados del debate, o más propiamente en la controversia materia del litigio, y no para desvanecer las dudas que las partes abriguen en relación con la legalidad de las afirmaciones del sentenciador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cincuenta y tres.

Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Del precedente fallo definitivo, pronunciado por esta Sala de Negocios Generales de la Corte con fecha 20 de marzo pasado, dentro de los juicios ordinarios acumulados de la Compañía Explotadora del Nechí y de la Nichi Valley Gold Mining Co. contra la Nación, solicita aclaración el señor Procurador Delegado en lo Civil, en lo que se relaciona con los fundamentos de la decisión a que allí se llegó con referencia a las minas Santa Paula números 1, 2 y 3.

En los siguientes pasajes del respectivo memorial sintetiza aquel funcionario su pedimento:

"1º La Procuraduría halla incongruente la motivación del importante fallo a que me refiero, porque de un lado la Corte acepta la juridicidad de las tesis de mi Despacho sobre inexistencia de los derechos adquiridos en las tres minas mencionadas —que la parte actora reconoce estar ubicadas al margen de un río **navegable**— y a la postre termina el sentenciador por **presumir la no navegabilidad** parcial de ese río, con la consecuencia práctica de declarar que ellas no pertenecen a la reserva nacional sino que están dentro del dominio privado de la actora.

"2º Interesa sobremanera a la Procuraduría que esta incongruencia fundamental se disipe con las aclaraciones jurídicas que vuestra sabiduría, reconocida por todos los colombianos, no tardará en pronunciar. Pues de subsistir la desarmonía de motivos que os he intentado bosquejar, los Tribunales, siempre atentos a vuestra jurisprudencia, fácilmente podrán extraviarse en sus futuros fallos y aceptar, con perjuicio de la reserva nacional minera, principios muy extraños, como serían los siguientes:

"a) Que el sentenciador puede fallar sobre cuestiones no propuestas en la demanda;

"b) Que el mismo fallador puede presumir situaciones favorables a una de las partes, a pesar de la confesión que en su contra haya dado inequívoca y reiteradamente esa parte; y

"c) Que está dentro de la competencia de la justicia común declarar la **no navegabilidad** de un río, para los efectos de la reserva minera, a pesar de que esa competencia es administrativa según los artículos 29 y 30 del Decreto 805 de 1947".

Según lo expuesto por la Corte en Sala Plena, en auto de 29 de septiembre de 1938, Tº XLVII de la GACETA JUDICIAL: "El artículo 482 del C. J. apenas les confiere jurisdicción a los jueces, no para reconsiderar sus propias resoluciones de carácter definitivo, revocándolas o reformándolas, sino para aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. De consiguiente, esas dudas no son las que las partes abriguen en relación a la legalidad misma de las afirmaciones del sentenciador, porque si esas afirmaciones pudieran cambiarse o rectificarse, el artículo no habría prohibido que el juez varíe el sentido de las sentencias que dicte. Los jueces deben tener sumo cuidado de no alterar ni modificar el sentido al explicar o aclarar el concepto oscuro; debiendo hacerlo **no cambiando la fuerza ni el entendimiento de la sentencia,** según decía la ley de Partida; lo contrario no sería aclarar, que es lo único permitido, sino **variar** o **modificar,** lo cual está vedado".

Conforme al racional alcance del artículo 482, que se deja expuesto, la facultad que al sentenciador confiere este precepto, es para aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, en forma tal que la aclaración solicitada tenga una incidencia cierta sobre los resultados del debate, o más propiamente en la controversia materia del litigio, y no para desvane-

cer las dudas que las partes abriguen en relación con la legalidad de las afirmaciones del sentenciador, cual parece ser la finalidad perseguida por la Procuraduría, desde luego que es deslumbradora la claridad del fallo cuya aclaración se pide en relación con las declaraciones hechas sobre dominio privado de las mencionadas minas Santa Paula, y en particular con las razones o motivos que se tuvieron en cuenta para llegar a esa conclusión.

Con todo, parece conveniente advertir, que las oposiciones a las respectivas propuestas de contrato de que tratan estos juicios acumulados, fueron presentadas en el año de 1942, es decir, con anterioridad a la vigencia de la ley 85 de 1945, y del posterior Decreto que la reglamenta, o sea el 805 de 1947, el que le atribuye competencia al Ministerio del Ramo, para pronunciarse acerca de las oposiciones que tengan un fundamento distinto al de la propiedad de los minerales, según lo consignado en los artículos 29 y 30.

Por lo demás, la incongruencia en la motivación del fallo, a que alude la Procuraduría es más aparente que real, desde luego que allí se dejó nítidamente expresado el verdadero alcance y significación de la salvedad a que alude, en cuanto a derechos adquiridos, el inciso 2º de la ley 13 de 1937, y se dieron además las razones, no para "**presumir la no navegabilidad** parcial de ese río" (el Nechí) en el sector correspondiente a las tres minas mencionadas, sino para estimar como no demostrado legalmente ese extremo, que el sentenciador de primera instancia hubo de aceptarlo como acreditado, fundado en su notoriedad y en las referencias que sobre el particular se hacen en un texto de Geografía.

Por último, los conceptos emitidos por el peticionario de la aclaración, si bien respetables en cuanto a su inconformidad con la decisión tomada por la Sala con referencia a las tres indicadas minas, cual es el verdadero sentido de su solicitud, no pueden dar asidero para reabrir el debate, bajo el supuesto de una mera aclaración, pero con la mira implícita de que la Sala revise los fundamentos mismos de su decisión. Porque es evidente que al prosperar esa revisión, resultaría como consecuencia lógica, ineludible, la modificación, en lo pertinente, de la parte resolutiva de la sentencia. Y esto, se repite, lo prohibe de modo terminante el precitado artículo 482 del C. J.

Por lo expuesto, no se accede a lo pedido en el anterior escrito.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

CUANDO ES POSIBLE EN JUICIO LA AGENCIA OFICIOSA

Por regla general —reza el artículo 269 del Código Judicial— ninguno puede representar a otro en juicio sino con poder otorgado con las formalidades legales. Sin embargo, atento el Legislador a la mejor salvaguardia del derecho de las personas colocadas en un determinado momento en imposibilidad física para defender su legítimo interés, admitió la agencia oficiosa en estos tres casos concretos: para contestar una demanda después de notificada al interesado, o para interponer algún recurso, cuando de no hacerlo pueda la parte sufrir algún perjuicio. En estos eventos, quien ejercita la representación oficiosa debe dar "garantía a satisfacción del Juez de que el interesado por quien habla le dará su aprobación". (Artículo 269 citado). El tercer caso lo contempla el artículo 270 ibidem, al disponer que: "Se puede promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, siempre que se halle ausente o impedida por algún motivo para hacerlo por sí o por medio de representante...." También aquí deben llenarse los requisitos previstos en esta misma disposición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Los esposos Pastor López y María Teresa López, representados judicialmente por el doctor Luis Alfonso Vinasco, demandaron por la vía ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali al Departamento del Valle, legalmente representado por el señor Gobernador de dicho Departamento, en acción de indemnización de perjuicios extracontractuales, por la muerte del menor Hernando López López en accidente de tránsito.

La entidad demandada otorgó poder al doctor Rafael Navia Varón para que llevara su representación en el juicio de autos, la que le fue reconocida en proveído de 26 de agosto próximo pasado.

En memorial de fecha 8 del mes últimamente citado, el doctor Navia Varón sustituyó el poder que le había sido conferido por el señor Gobernador del expresado Departamento, en la persona del abogado doctor Julio C. Piedrahita.

Esta solicitud, según aparece de la respectiva constancia secretarial que obra al folio 21 del cuaderno principal, fue presentada al Tribunal por el sustituidor el día 19 de septiembre siguiente. En auto fechado el 20 del mismo mes el Tribunal aceptó la sustitución en referencia, y ordenó, en consecuencia, tener al doctor Piedrahita como apoderado del Departamento del Valle en el presente juicio con la calidad ya dicha.

El Tribunal, por auto de fecha 3 de septiembre de 1952, dispuso recibir a pruebas el proceso por el término de diez (10) días para que las partes solicitaran las que estimaran conducentes.

Dentro de este término, el doctor Julio C. Piedrahita formuló la petición de pruebas que obra al folio 1 del cuaderno número 3, solicitud que pasó al despacho del Magistrado sustanciador con la siguiente nota de la Secretaría:

"Esta solicitud de pruebas fue presentada dentro del término hábil. Con el negocio respectivo lo paso al despacho del H. Magistrado doctor Gómez Trujillo, informándole que esta solicitud fue presentada **con anterioridad al memorial de sustitución del poder por parte del doctor Rafael Navia Varón al doctor Piedrahita R.**" (Subraya la Sala).

El magistrado sustanciador, por auto de 29 de septiembre ya citado resolvió negar la práctica de las pruebas solicitadas por el doctor Julio C. Piedrahita, decisión que apoyó en las siguientes razones:

"El memorial por el cual el doctor Rafael Navia Varón sustituyó el poder a él conferido por el señor Gobernador del Departamento del Valle, en la persona del doctor Julio C. Piedrahita, fue presentado a la Secretaría del Tribunal el día 19 de este mes y resuelto el día siguiente, aceptando dicha sustitución. Por consiguiente, el memo-

rial de pruebas del apoderado-sustituto debe tenerse como presentado el día 20 de septiembre en curso. Y ocurre que el término de pruebas estaba ya vencido cuando dicho memorial fue introducido en la Secretaría del Tribunal, pues, como puede verse a folios 20 frente del cuaderno principal, el auto que abrió a prueba este juicio, es de fecha 3 del corriente mes, fue notificado por estado número 189 de fecha 5 del mismo, empezando a correr el término de pruebas al día siguiente o sea a partir del 6 del mes en curso. Contados los días hábiles transcurridos, tenemos que el término de prueba finalizó el día 17 de este mes, de lo cual se concluye que el memorial de pruebas del doctor Piedrahita fue presentado fuéra de tiempo".

Oportunamente el doctor Piedrahita R. interpuso contra esta providencia el recurso de reposición, y en subsidio el de apelación.

Como el primero de tales recursos le fue negado por medio de auto de fecha 31 de octubre del mismo año, dictado por la Sala de Decisión, en la misma providencia se le otorgó el de apelación, motivo por el cual el juicio ha sido enviado a esta Sala de la Corte, donde se le ha dado a tal recurso el trámite correspondiente, siendo el caso de entrar a fallar acerca de la legalidad del auto en tal forma recurrido.

El fundamento del recurso interpuesto se halla expuesto en el siguiente párrafo del memorial sobre reposición formulado por el doctor Piedrahita R.:

"Sin embargo de que el memorial de sustitución no lo considere presentado sino el 19 de septiembre, el señor Magistrado debe convenir en que esa actuación oficiosa que ejercí y a la que equivale el hecho de haber presentado oportunamente o en el tiempo hábil para hacerlo el memorial de pruebas en cuestión, me fue ratificada luégo, tácitamente, con la posterior presentación del memorial-sustitución por el doctor Navia Varón".

Se considera:

Tal como se ha planteado el problema de si es aceptable o no la intervención en el juicio del doctor Julio C. Piedrahita cuando aún no se había hecho acreditar como apoderado sustituto de una de las partes litigantes, la Sala, ante quien el apelante se abstuvo de hacer conocer las razones que lo movieron a interponer el presente recurso, ha llegado a la conclusión de que el auto recurrido merece ser confirmado, por cuanto que la negativa de las pruebas solicitadas por aquel abogado se fundamenta en una recta aplicación de los principios sobre representación en juicio consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

"Por regla general —reza el artículo 269 de este Código— ninguno puede representar a otro en juicio sino con poder otorgado con las formalidales legales". Sin embargo, atento el Legislador a la mejor salvaguardia del derecho de las personas colocadas en un determinado momento en imposibilidad física para defender su legítimo interés, admitió la agencia oficiosa en estos tres casos concretos: "Para contestar una demanda después de notificada al interesado, o para interponer algún recurso, cuando de no hacerlo pueda la parte sufrir algún perjuicio". En estos eventos, quien ejercita la representación oficiosa debe dar "garantía a satisfacción del Juez de que el interesado por quien habla le dará su aprobación". (Artículo 269 citado). El tercer caso lo contempla el artículo 270 ibidem, al disponer que: "Se puede promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, siempre que se halle ausente o impedida por algún motivo para hacerlo por sí o por medio de representante...". También aquí deben llenarse los requisitos previstos en esta misma disposición.

En la actuación del doctor Piedrahita R. de que se ha hecho mérito no se trata: ni de contestar una demanda notificada al interesado, ni de interponer un recurso, mucho menos de la formulación de una demanda por un particular ausente o imposibilitado para hacerse representar en debida forma.

La única razón alegada por el doctor Piedrahita —la de la agencia oficiosa— ante el Tribunal **a quo** para solicitar la revocatoria del auto que le negó la práctica de las pruebas por él solicitadas en tiempo hábil pero sin facultad alguna, está, pues, fuéra de los tres casos expresamente consagrados por la ley procedimental para asumir la representación oficiosa y no es jurídicamente aceptable, ya que como preceptos de excepción, no puede darse a los artículos 269 y 270

una aplicación extensiva a casos no previstos en ellos.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA el auto de fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) materia de esta apelación.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

NO ESTA SUJETA A CONSULTA LA PROVIDENCIA QUE SE PROFIERA EN EL INCIDENTE REGULADO POR EL ARTICULO 553 DEL CODIGO JUDICIAL

Los autos proferidos en cumplimiento del trámite del artículo 553 del Código Judicial, constituyen apenas una consecuencia obligada del fallo que ha declarado la obligación de pagar los perjuicios, pero los términos del artículo 508 no dejan lugar a duda de que no son tales autos los sujetos a consulta, sino solamente las sentencias, entendidas éstas como las providencias definidas como tales en el propio Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, dieciséis de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El Tribunal Superior de Medellín consulta con esta Sala de la Corte su providencia de 16 de febrero último, por medio de la cual "fija en la suma de **veintiséis mil setecientos doce pesos** ($ 26.712.00) la cuantía de los perjuicios materiales que la Nación debe pagar por indemnización a María Elena, María Aura, María Isabelina, Santiago de Jesús, María Jesús, Consuelo del Socorro y María Leonor Chaverra López...".

Sentencia de la Corte. — Esta misma Sala, en sentencia de 20 de mayo de 1952, resolvió lo siguiente, en el juicio de Balbino Chaverra López y sus hijos contra la Nación, por indemnización de perjuicios:

"1º La Nación es civilmente responsable del accidente que ocasionó la muerte de la señora Laura Lina López de Chaverra, por negligencia o descuido de sus agentes o empleados en la conservación de la vía pública o carretera que de la estación Bolombolo del Ferrocarril de Antioquia, conduce a la ciudad de Quibó, pasando por la población de Bolívar (A.).

"2º La Nación está obligada a indemnizar al señor Balbino Chaverra López los perjuicios morales, y a sus hijos María Elena, María Aura, María Isabelina, Santiago de Jesús, María Jesús, Consuelo del Socorro y María Leonor Chaverra López, tanto los perjuicios morales como los materiales, sufridos a consecuencia de la muerte de su esposa y madre Laura Lina López de Chaverra.

"3º Los perjuicios morales subjetivos se fijan para el señor Chaverra y para cada uno de sus hijos en la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), o sea, en la suma total de diez y seis mil pesos ($ 16.000.00).

"4º **Los perjuicios materiales, que deberán pagarse** a los hijos del matrimonio Chaverra-López, se fijarán mediante el trámite del artículo 553 del Código Judicial y de acuerdo con lo anotado en la parte motiva de esta providencia". (Subraya la Sala).

De esta suerte, los perjuicios que quedaban por fijar eran solamente los materiales, y a ellos se refiere la providencia que se revisa.

Objeciones de la Procuraduría.—La Procuraduría objeta la anterior liquidación en lo relativo a intereses del tiempo ya transcurrido, pues sólo cabe cobrarlos a partir del momento en que, habiéndose reconocido la existencia de la obligación por medio de una providencia judicial ejecutoriada, la parte vencida se niega a realizar el pago, porque es entonces y no antes cuando puede considerársela en mora. Cuando la condena se hace en abstracto, como aquí sucede, la mora en el pago no puede resultar sino desde la renuencia en que incurra el obligado una vez que quede en firme el auto que culmina el trámite del artículo 553 del Código Judicial.

En cuanto al tiempo transcurrido entre la sentencia y la liquidación, basta observar que si el pago no puede realizarse ejecutoriada la sentencia (artículo 549 del C. J.), ello no se debe a mora de la Nación, sino a la circunstancia de que la parte demandante no presentó dentro del juicio todas las pruebas que hubieran permitido su solución inmediata.

Ante todo es preciso averiguar si la providencia aludida es consultable, supuesto que contra ella no interpusieron las partes el recurso de ape-

lación. El Tribunal la finaliza diciendo: "Consúltese esta providencia con la H. Corte Suprema de Justicia".

La consulta de los autos de liquidación de perjuicios.—La Sala, en proveído de 15 de julio de 1947, expresó lo siguiente, en un caso similar:

"Según jurisprudencia reiterada de la Corte (Sala de Negocios Generales), el auto que se ordenó consultar, aunque contiene una condenación en cantidad líquida a cargo del Estado, no es un auto interlocutorio consultable, precisamente por tratarse aquí de un auto interlocutorio llamado a definir el incidente sobre regulación de perjuicios y no de una sentencia propiamente dicha a la luz de la distinción que el artículo 466, ordinal 2º, del Código Judicial, instituye. Y según el artículo 508 de este mismo Código, son las **sentencias** (subraya la Corte) que declaran alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia las que deben ser consultadas con el superior". (G. J. Tº LXII, números 2050-51, pág. 822).

Los autos proferidos en cumplimiento del trámite del artículo 553 del Código Judicial, constituyen apenas una consecuencia obligada del fallo que ha declarado la obligación de pagar los perjuicios; pero los términos del artículo 508 no dejan lugar a duda de que no son tales autos los sujetos a consulta, sino solamente las sentencias, entendidas éstas como las providencias definidas como tales en el propio Código.

Y a la observación de que pueden ocurrir casos en que se incurra en error en la liquidación, cabe anotar que al efecto la ley ha consagrado los recursos eficaces para enmendar cualquier yerro. Para el caso, el señor Fiscal del Tribunal ha podido interponer el recurso de apelación para ante esta Sala de la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara que carece de jurisdicción para revisar, por vía de consulta, el auto de que se trata.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. AGUSTIN GOMEZ PRADA

Me separo de la opinión de los señores Magistrados de la Sala en la anterior providencia, pues considero que, siguiendo un criterio más amplio que comprenda el genuino significado de los textos legales, debe consultarse el auto que resuelva el incidente de liquidación de perjuicios, si no se apela por las partes, en tratándose de los que corran a cargo del Estado, de los Departamentos o de los Municipios.

La razón principal para estimarlo así es la de que el incidente del artículo 553 del Código Judicial no es sino desarrollo de la sentencia misma de condena.

Cierto es que el artículo 508 del citado Código ordena sólo la consulta de **las sentencias** que declaren alguna obligación contra el Estado, los Departamentos o los Municipios. Pero ya se dijo que el incidente del artículo 553 no es sino desarrollo de una sentencia que ha condenado a pagar frutos, perjuicios u otra cosa semejante en cantidad ilíquida. Tanto es así, que el mentado artículo 553 se encuentra en el título de ejecución de las resoluciones y sobre él expresó la Comisión revisora del Código que contenía "un procedimiento especial, de tramitación breve, para fijar en cantidad líquida lo que deba pagarse por razón de frutos, perjuicios u otra cosa semejante, **cuando la sentencia que condena en estas prestaciones no fija la cuantía de las mismas**" (se subraya).

Lo que se predica de lo principal, se predica de lo accesorio. Si con éste y los otros preceptos apenas se quiso indicar "los procedimientos que deben seguirse para la ejecución de las sentencias de los jueces colombianos", como también lo dijo la Comisión, apenas es lógico concluir que si es consultable la sentencia que declara obligaciones a cargo del Estado, de los Departamentos o de los Municipios, también lo es el auto que apenas lleva a término o ejecuta dicha sentencia. De no ser así se frustraría el propósito del legislador al establecer la consulta para las sentencias, si no se dedujera, como lo exige la lógica, que también deben consultarse las providencias que apenas son su desarrollo o ejecución.

Al establecer la consulta para las sentencias que declaran obligaciones a cargo del Estado, implícitamente la estableció la ley para los autos de ejecución de las mismas.

Bogotá, 16 de mayo de 1953.

Agustín Gómez Prada

LA REPRESENTACION OFICIOSA ES IMPROCEDENTE RESPECTO DE ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

1.—La disposición del artículo 270 del C. J., no se refiere a los apoderados ausentes, sino a la persona misma en cuyo nombre se inicia la demanda.

2.—La Corte ha sostenido que es improcedente la representación oficiosa respecto de entidades de derecho público, porque los Agentes del Ministerio Público no pueden despojarse del ejercicio de representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y siete (17) de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

En la anterior demanda, presentada a la Corte por el doctor Diego Llinás Pimienta como agente oficioso del Municipio de Repelón, se expresa o alega que "encontrándose ausente del país el señor apoderado contractual del Municipio (en ejercicio de elevado cargo diplomático ante la ONU), así como en imposibilidad legal el Concejo Municipal de Repelón para hacerle frente a tan grave situación para sus intereses, es necesario, urgente e inaplazable hacer uso de las facultades que consagran, para estos precisos casos, los artículos 269 y 270 del C. J., pues lo contrario causaría al Municipio daños irreparables".

Sobre el particular, se observa:

Dice el artículo 270 del C. J. que "se puede proponer demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, siempre que se halle ausente o impedida por algún motivo para hacerlo por sí o por medio de representante, sobre lo cual basta la afirmación jurada del agente oficioso"; pero como claramente se advierte, las circunstancias aquí anotadas no corresponden a las que en este caso precisamente se alegan. En primer lugar, porque la disposición de que se trata no se refiere a los **apoderados ausentes,** sino a la persona misma en cuyo nombre se inicia la demanda. Y en segundo término, porque siendo los Personeros los representantes judiciales de los Municipios (artículo 179 del C. J., ordinal 3º), las impsoibilidades de los Concejos ni siquiera resultan pertinentes.

Además, sobre este punto de la actuación oficiosa en juicio, ha dicho con razón la Corte en relación con las entidades de derecho público:

"...los Departamentos, conforme al artículo 252 del C. J., no pueden ser representados sino en la forma especial estatuída en el artículo 173 ibidem. Vale decir que los Agentes del Ministerio Público no pueden despojarse del ejercicio de representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley. Es que los funcionarios públicos no pueden ejercer sino las atribuciones trazadas en las pautas legales.

"Síguese de aquí que tales funcionarios no pueden consentir la agencia oficiosa ni los poderes otorgados fuéra de la ley". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXIII, números 2057-2058, pág. 935).

Por todo lo cual, SE RESUELVE:

No es el caso de darle curso a la demanda sobre petróleos presentada contra la Nación por el doctor Diego Llinás Pimienta en calidad de agente oficioso del Municipio de Repelón.

Notifíquese.

Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

SE MANTIENE EL AUTO QUE PRECEDE .— ES IMPROCEDENTE LA AGENCIA OFICIOSA EN TRATANDOSE DE LA NACION, UN DEPARTAMENTO O UN MUNICIPIO

Fácilmente se comprende que la ley no permite, sino que prohibe la agencia oficiosa, en tratándose de las entidades públicas, Nación, Departamentos y Municipios, al vedar el ejercicio de la representación judicial por abogados distintos a los Agentes del Ministerio Público.

Y se dice que fácilmente se comprende, pues es obvio que al tener la Nación, los Departamentos y los Municipios sus representantes legales, no puede admitirse que otros sujetos, oficiosamente, ejerciten sus actividades. Cuando hayan de defenderse los intereses de una de las aludidas entidades en lugar distinto y alejado de la residencia de su respectivo agente, o la importancia del negocio u otro motivo semejante lo hagan aconsejable, puede designarse un apoderado por el Gobierno o el Gobernador o el Alcalde. Tanto es así, que el artículo 171 del C. J. estatuye que los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, quienes no pueden ordenar el desistimiento de las que hayan mandado iniciar la ley, la ordenanza o el acuerdo respectivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Mediante auto proferido el 17 de febrero último, el señor Magistrado doctor Robles, resolvió no darle curso a la demanda ordinaria que, contra la Nación, presentara el doctor Diego Llinás Pimienta el 19 de diciembre de 1952, en solicitud declarativa de dominio privado sobre petróleos, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en los terrenos denominados hoy "Repelón" y en los de "Rotinet" y "Palogrande", manifestando obrar como agente oficioso del Municipio de Repelón y también del "apoderado contractual" de tal entidad, doctor Evaristo Sourdis, en razón de no referirse la disposición invocada por el acucioso demandante (artículo 270 del C. J.) a los **apoderados ausentes,** y además por no ser pertinentes las imposibilidades en que puedan encontrarse los Concejos para actuar, desde luego que los Personeros, conforme a lo dicho por el ordinal 3º del artículo 179 del C. J. son los representantes judiciales de los Municipios.

Contra tal resolución interpuso recurso de súplica el agente oficioso demandante, y a decidir lo que fuere pertinente se procede, después de sustanciado y resuelto, con el voto adverso del suscrito Magistrado sustanciador, el incidente del recurso a que dio lugar el impedimento que manifestara para conocer de la providencia suplicada, precisamente por haberse pronunciado en iguales términos en otra demanda similar presentada por el doctor Llinás Pimienta.

Ante todo conviene advertir que durante el trámite del referido recurso, presentado fue acá por el mencionado doctor Sourdis un memorial, manifestando ratificar "en todas sus partes —dice— la demanda ordinaria que, con fecha 19 de diciembre próximo pasado, presentó ante esa H. Sala de la Corte, el doctor Diego Llinás Pimienta, actuando como agente oficioso mío y del citado Municipio" y ello obrando en su carácter de apoderado especial del Municipio de Repelón, según lo consignado en instrumento público número 1778 de 13 de noviembre de 1944, de la Notaría 2ª de Barranquilla. Igual manifestación hace el señor Augusto Fernández R. en su carácter, debidamente establecido, de Personero del Municipio de Repelón, en escrito dirigido a esta Sala, con nota de presentación ante el Juez de ese Municipio.

Se dijo atrás que el demandante, doctor Llinás Pimienta, no solamente dijo obrar como agente oficioso del Municipio de Repelón, sino también del apoderado contractual de esa entidad, doctor Evaristo Sourdis, como éste así lo expresa en su memorial de ratificación de la demanda presentada por aquél, y lo hubo de entender así el mismo señor Magistrado doctor Robles, en virtud de

lo expuesto bajo el hecho 3º de la demanda, a saber:

"Que estando corriente el término legal dentro del cual puede el Municipio intentar demanda ordinaria, de una sola instancia, y ante esa H. Sala, y encontrándose ausente del país el señor apoderado contractual del Municipio (en ejercicio de elevado cargo diplomático ante la ONU), así como en imposibilidad legal el Concejo Municipal de Repelón para hacerle frente a tan grave situación para sus intereses, es necesario, urgente e inaplazable hacer uso de las facultades que consagran, para estos precisos casos, los artículos 269 y 270 del C. J., pues lo contrario causaría al Municipio daños irreparables".

Por lo que hace a la representación oficiosa del Municipio de Repelón se considera:

Conforme al artículo 270 del C. J., invocado por el demandante, "Se puede promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, siempre que se halle ausente o impedida por algún motivo, para hacerlo por sí o por medio de representante, sobre lo cual basta la afirmación jurada del agente oficioso; pero para que se admita la representación es preciso que éste otorgue caución para responder de que la parte por quien promueve el juicio ratificará lo hecho en el término de dos meses, y que pagará los perjuicios que se causen al demandado si no se hace la ratificación. La actuación por agencia oficiosa debe suspenderse una vez hecha la notificación de la demanda".

Sobre el motivo aducido por el recurrente para asumir la representación oficiosa del municipio de Repelón, o sea la imposibilidad legal en que se encontraba el Concejo Municipal para tomar las medidas conducentes en salvaguardia de sus intereses, se dijo en el auto suplicado, según quedó visto, que esa imposibilidad o imposibilidades no resultaban pertinentes, desde luego que los representantes judiciales de los Municipios eran los Personeros, de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 179 del C. J., en cuyo caso no tiene cabida la agencia oficiosa.

Según lo previsto por el citado artículo 179 del C. J. en sus ordinales 1º, 3º y 5º, son atribuciones judiciales de los Personeros Municipales: "Llevar la voz del Ministerio Público en todos los negocios en que deben intervenir y que se ventilen ante los respectivos jueces; representar en juicio a los respectivos Municipios; solicitar la práctica de las diligencias que convengan a los intereses nacionales, departamentales o municipales, y representar en ellas a las entidades respectivas".

Ahora bien, el artículo 173 del mismo Código establece que el Estado, los Departamentos o los Municipios "no pueden ser representados por apoderados, en los litigios en que sean parte", salvo el caso de que la distancia, la incompatibilidad de sus funciones, la importancia excepcional del negocio u otro motivo análogo exijan que la entidad oficial sea representada judicialmente por persona distinta del respectivo Agente del Ministerio Público. En tales casos, termina el precepto, puede el Gobierno, el Gobernador o Alcalde respectivo, celebrar contratos con abogados para que representen a la respectiva entidad.

Fácilmente se comprende que la ley no permite, sino que prohibe la agencia oficiosa, en tratándose de aquellas entidades públicas, al vedar el ejercicio de la representación judicial por abogados distintos a los Agentes del Ministerio Público.

Y se dice que tal cosa fácilmente se comprende, pues es obvio que al tener la Nación, los Departamentos y los Municipios sus representantes legales, no puede admitirse que otros sujetos, oficiosamente, ejerciten sus actividades. Cuando hayan de defenderse los intereses de una de las aludidas entidades en lugar distinto y alejado de la residencia de su respectivo agente, o la importancia del negocio u otro motivo semejante lo hagan aconsejable, puede designarse un apoderado por el Gobierno o el Gobernador o el Alcalde. Tanto es así, que el artículo 171 del C. J. estatuye que los agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde, quienes no pueden ordenar el desistimiento de las que hayan mandado iniciar la ley, la ordenanza o el acuerdo respectivo.

El recurrente alega, que, de acuerdo con el artículo 145 del C. de R. P. y M., es el Concejo la entidad que debe decidir si un asunto judicial ha de confiarse a un abogado distinto del personero. En verdad tal artículo estatuye que la representación del Municipio le corresponde al Personero municipal, pero que el Concejo puede confiar a cualquier persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado. Pero si en estado de normalidad es discutible que para ejercitar una acción u oponerse a ella sea necesario el acuerdo del Concejo respectivo, en estado de sitio no cabe duda de que tal acuerdo es in-

necesario, desde luego que a los Alcaldes se ha confiado la gestión de los intereses municipales en que era necesaria la intervención del mentado Concejo, como se ve por ejemplo, de los decretos 3590 y 3944 de 1949.

Por último, y en relación con la representación oficiosa que se ha venido estudiando, suficiente es, para demostrar la legalidad de la providencia suplicada, reproducir la doctrina sentada por esta Sala en decisión de 27 de febrero de 1948, aducida además en el auto recurrido, a saber:

"....los Departamentos, conforme al artículo 252 del C. J. no pueden ser representados sino en la forma especial estatuída en el artículo 173 ibidem. Vale decir que los Agentes del Ministerio Público no pueden despojarse del ejercicio de representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley. Es que los funcionarios públicos no pueden ejercer sino las atribuciones trazadas en las pautas legales.

"Síguese de aquí que tales funcionarios no pueden consentir la agencia oficiosa ni los poderes otrgados fuéra de la ley". (G. J. LXIII, números 2057-58, pág. 935).

Pasando ahora a la representación oficiosa del "apoderado contractual" del Municipio, doctor Evaristo Sourdis, suficiente es advertir que la ley no la autoriza. Ni es valedero el argumento de la ausencia de éste del país, en ejercicio de elevado cargo diplomático, desde luego que en tal evento se renuncian los poderes o se sustituyen si se ha dado facultad para ello, como acontece en el presente caso del mencionado "apoderado contractual".

Lo expuesto significa además que las ratificaciones dadas por el Personero del Municipio de Repelón y el prenombrado doctor Sourdis a la actuación oficiosa del doctor Llinás Pimienta, no tienen la virtualidad legal suficiente para validar lo hecho por éste.

Y sin necesidad de más consideraciones la Sala MANTIENE la providencia suplicada de anterior mención.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Jorge García Merlano, Secretario.

CONDENACION EN COSTAS.—SU LIQUI DACION.—EL JUEZ NO PUEDE DECRETAR DE OFICIO EL NOMBRAMIENTO DE PERITOS, EN CASO DE LIQUIDACION DE COSTAS

Como se ve del texto del artículo 582 del C. J., el Juez no puede decretar de oficio, sino a solicitud de parte, el nombramiento de peritos. De otro lado, ellos no intervienen sino después de que el Juez ha hecho la regulación de las agencias en derecho y con posterioridad también a la liquidación comprensiva de todas las costas practicada por el Secretario. Obvio es, por tanto, que el dictamen de los expertos ha de referirse necesariamente a los fundamentos tanto de la liquidación misma como de las objeciones contra ésta formuladas por las partes, y sobre la base de lo actuado hasta allí, el Juez, mediante una labor de ponderación de todas y cada una de las razones expuestas en favor o en contra de la liquidación, dicta la providencia definitiva. En esta forma, la ley garantiza más eficazmente el derecho de las partes en orden a una justa y equitativa condenación en costas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Fallado definitivamente el incidente de excepciones dilatorias propuesto por el Procurador Delegado en lo Civil en el juicio ordinario instaurado por The Dorada Railway Company contra la Nación y los Departamentos del Tolima, Caldas y Huila, el magistrado ponente dictó con fecha 3 de noviembre de 1951, el siguiente auto, en que ordena la liquidación de costas a que fue condenada la compañía demandante:

"Liquídense por la Secretaría las costas de su cargo.

"Nombren las partes su perito que tasen las agencias en derecho dentro de tres días".

De esta providencia solicitó reposición el apoderado de la Compañía expresada, fundándose en lo dispuesto por el artículo 580 del C. J. Mas como le fuese negado este recurso, dicho apoderado nombró como perito al doctor Alfonso Albornoz Medina.

A su turno, tanto el Procurador Delegado como el personero judicial del Departamento del Tolima, designaron, cada uno por su parte, peritos así: el primero, al doctor Luis Ríos Aponte; y el segundo, al doctor Rafael Durán Trujillo.

En auto de 30 de noviembre del mismo año el Magistrado sustanciador dispuso tener como peritos a los nombrados y darles la correspondiente posesión.

Consentida por las partes tal providencia y una vez posesionados de su cargo, aquéllos rindieron su concepto en la siguiente forma:

Los doctores Ríos Aponte y Durán Trujillo estimaron las agencias en derecho del representante de la Nación en sesenta mil pesos ($ 60.000.00), y en igual suma las del abogado del Departamento del Tolima. El perito doctor Albornoz Medina conceptuó que aquellas agencias sólo valían la suma de treinta ($ 30.00) pesos.

Por auto de 17 de septiembre de 1952 el mismo señor Magistrado dispuso:

"En virtud de la facultad que concede el artículo 721 del código judicial y en vista de los resultados del anterior dictamen, se ordena nuevo avalúo de las agencias en derecho, causadas en este juicio, para lo cual se designan como peritos a los doctores Gonzalo Vargas Rubiano y Carlos J. Medellín, los cuales en el término de tres días de la notificación de su nombramiento designarán el tercero para el caso de discordia".

Oportunamente el apoderado de la parte actora interpuso recurso de súplica contra dicho auto, que estima prematuro. Dice en su memorial de fecha 24 de los mismos mes y año, dirigido a la Sala de Negocios Generales, que frente a la disparidad de los dictámenes en referencia, lo conducente era hacer la designación de un tercer experto para dirimir la discordia, nombramiento que corresponde al Juez de la causa si los peritos principales no se ponen de acuerdo en la designación.

También ataca el auto suplicado por cuanto por

medio de él se desconoció el derecho que tienen las partes para objetar el dictamen o pedir su ampliación, una vez que no se ordenó correr el traslado correspondiente como lo previene el artículo 719 del Código Judicial.

Son ambas —agrega el apoderado— formalidades previas e indispensables "para fallar sobre el mérito de tales exposiciones y para ver si es o no el caso de tomar el medio aritmético y, en caso negativo, para que el juez haga la regulación que estime equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para que el propio juez, si lo prefiere, decrete de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe".

Al mismo tiempo el apoderado de la Compañía dirigió un nuevo memorial al Magistrado sustanciador, en el cual le expresa que para el caso de que considere de simple sustanciación el auto suplicado, interpone recurso de reposición.

A tal solicitud recayó el auto de 6 de octubre próximo pasado, que dice textualmente:

"El auto de nombramiento de peritos lo estima el suscrito como de simple sustanciación.

"Entre ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) y treinta pesos ($ 30.00) no parece que hay adhesión posible de un tercer perito que nombren los dos principales, ni promedio deducible por el Magistrado ponente para un negocio...

"No se repone el auto recurrido".

De esta providencia pidió también reposición el apoderado de The Dorada Railway Company. Alegó que estando pendientes los recursos de súplica y el subsidiario de reposición contra el auto de 17 de septiembre, lo procedente era resolver primero la súplica y que sólo en el caso de que la Sala de Decisión la considerase improcedente, tocaba resolver al sustanciador sobre la reposición. Pero que, entre tanto, la jurisdicción del señor Magistrado se hallaba suspendida en lo tocante con dicho auto de 17 de septiembre.

En nuevo escrito dirigido a esta Sala, el mismo apoderado amplía los argumentos por él expuestos en relación con los reparos de fondo hechos a tal providencia.

Al contestar el traslado de los escritos de reposición, el Procurador Delegado en lo Civil, transcribe una jurisprudencia de la Sala de Casación y de acuerdo con la doctrina allí sentada, sostiene también que para que el Juez pueda hacer uso de la facultad que le concede el inciso 2º del artículo 721 del C. Judicial, es necesario que la prueba pericial se produzca con el lleno de todos los requisitos que le son propios, tales como la intervención del perito tercero y el traslado a las partes del dictamen así producido. Termina el Procurador manifestando que no se opone a la revocatoria del auto de 17 de septiembre materia del presente recurso.

Se considera:

No entra la Sala a estudiar las razones expuestas por el apoderado de la Compañía, y en parte acogida por el Procurador, en favor de la revocatoria del auto suplicado, porque a ella habrá de llegarse pero por otras consideraciones muy distintas.

En efecto, estima la Sala que el procedimiento adoptado para la regulación de las agencias en derecho no encaja dentro de lo dispuesto por los artículos 580, 581 y 582 del C. Judicial, que son de imperativa observancia cuando se trata —como ocurre en el caso de autos— de hacer efectiva la condenación en costas al litigante perdidoso.

De acuerdo con el primero de tales preceptos, es al Juez a quien corresponde regular las costas cuyo monto no está señalado por la Ley, y el Secretario añade las demás en la liquidación comprensiva de todas.

De esta liquidación —dice el artículo 581— se dá traslado a las partes por el término de tres días, y si éstas no la objetan, el juez le dá su aprobación.

En caso contrario, esto es, si las partes objetan la liquidación dentro del término del traslado, el Juez, con fundamento en las observaciones hechas, la aprueba tal como había sido formulada o con las modificaciones que estime justas.

Pero puede ocurrir también que al hacer la objeción, pida la parte interesada que se oigan peritos. En este segundo caso, el Juez está en el deber de decretar el nombramiento de aquéllos, y rendido el dictamen, pronuncia su resolución. Así lo ordena el artículo 582 ibídem, el cual agrega en su inciso final que el auto aprobatorio de la liquidación, en cualquiera de los dos casos anteriores, es inapelable.

Como se ve del texto de este último artículo, el Juez no puede decretar de oficio, sino a solicitud de parte, el nombramiento de peritos. De otro lado, ellos no intervienen sino después de que el Juez ha hecho la regulación de las agencias en derecho y con posterioridad también a la liquidación comprensiva de todas las costas practicada por el Secretario. Obvio es, por tanto, que el dictamen de los expertos ha de referirse necesariamente a los fundamentos tanto de la liquidación misma como de las objeciones contra ésta

formuladas por las partes, y sobre la base de lo actuado hasta allí, el Juez, mediante una labor de ponderación de todas y cada una de las razones expuestas en favor o en contra de la liquidación, dicta la providencia definitiva. En esta forma, la ley garantiza más eficazmente el derecho de las partes en orden a una justa y equitativa condenación en costas.

Mas en el caso presente, el procedimiento adoptado no se ajustó a lo previsto en las disposiciones citadas sino que se actuó a la inversa, pues el nombramiento de peritos se hizo antes de que el Magistrado ponente regulara las agencias en derecho y fuera de todo traslado de la liquidación. En otros términos, es evidente que a este negocio se le ha dado un curso distinto del que le corresponde, y de allí el que esta Sala encuentre fundada la revocatoria del auto suplicado.

En consecuencia, y no siendo procedente en las actuales circunstancias la práctica de la prueba pericial decretada en la providencia materia del presente recurso, lo jurídico es que el señor Magistrado ponente encauce el procedimiento al tenor de las normas especiales señaladas en el Capítulo II, Título XVI, Libro 2º del C. Judicial, haciendo la regulación de las costas de que trata el Artículo 580 ibídem.

Por lo expuesto, SE REVOCA el auto de fecha 17 de septiembre de 1952 para los efectos anteriormente expresados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez — Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR PERDIDA DE UNAS MERCANCIAS CONFIADAS PARA SU TRANS PORTE—EL HECHO DE QUE EL DUEÑO DE ELLAS HAYA CONTRATADO EL ASE GURO CON UNA COMPAÑIA, NO RELEVA DE RESPONSABILIDAD AL TRANSPORTADOR CUANDO LA PERDIDA SE DEBIO A HECHO O CULPA SUYOS

1.—El solo hecho de que el dueño de las mercancías perdidas haya contratado el seguro de ellas, no releva de responsabilidad a la empresa transportadora, por la pérdida resultante de su hecho o culpa, de conformidad con las normas legales sobre la materia. Basta observar para llegar a este convencimiento, que la ley comercial contempla el caso de subrogación de la empresa aseguradora en los derechos y acciones del asegurado contra la empresa transportadora de las mercancías, por pérdida o avería de éstas (artículo 677 del C. de Co.). Lo que implica que dichas acciones subsisten a pesar del seguro, pues si no existieran para el asegurado, en qué se subrogaría el asegurador? Y si subsisten dichas acciones, no se vé por qué razón haya de modificarse en este caso el grado de responsabilidad del transportador, limitando su medida al dolo o a la culpa grave equivalente a él, cuando la ley ha dicho, sin distingos ni limitaciones, que tal responsabilidad se extiende hasta la culpa leve. Por lo que hace a las consecuencias que para la empresa transportadora, para el asegurado y para el asegurador se producen por el pago del valor del seguro, ellas están claramente señaladas en el artículo 677 del Código de Comercio, disposición que, como se ha dicho, confirma la tesis de que en ese pago no se extingue ni se modifica la responsabilidad del transportador por la pérdida de las mercaderías. Si el asegurado cede al asegurador sus derechos contra el porteador, queda el asegurador ocupando el lugar del cedente en sus relaciones contractuales con el porteador, sin que se produzca para ninguno el enriquecimiento sin causa. Y si no hay cesión, el asegurador que paga queda frente al porteador responsable de la pérdida, en la situación del damnificado por culpa extracontractual de otro. En este último caso se modifica únicamente el sistema de presunciones que favorece al asegurado en orden a la responsabilidad del transportador en el advenimiento del caso fortuito, porque la acción del asegurador ya no es nacida del contrato de transporte, cuyas acciones no le fueron cedidas, sino de un hecho o culpa extracontractual que le ha inferido daño.

2.—Hay hechos constitutivos de caso fortuito que, por su propia naturaleza excluyen toda culpa en el porteador por lo que hace a su advenimiento, v.gr., un terremoto, una tempestad, el desbordamiento de un río, etc. Pero de un incendio no puede decirse lo mismo. Aún más: considerado objetivamente, el incendio no es siempre caso fortuito. Para que lo sea es necesario que se reúnan en él las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad que exige la ley. Por eso es aplicable, con mayor razón, a este hecho la presunción de culpa del porteador en su advenimiento, establecida por el artículo 306 del Código de Comercio.

Se tiene, pues, que para exonerarse de responsabilidad, el porteador, en caso de incendio, debe probar: 1º—Que ese hecho no ha ocurrido por su culpa. 2º—Que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos dañosos del hecho.

3.—La fuerza mayor y el caso fortuito, hoy día se equiparan jurídicamente, porque producen las mismas consecuencias: "Por caso fortuito no debe entenderse sólo el que se origina en las fuerzas ciegas de la naturaleza, sino el que, dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana". (Federico Puig Peña).

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 lo define: "Se llama fuerza mayor o caso fortui-

to, el imprevisto a que no es posible resistir".

De la anterior definición son: la IMPREVISIBILIDAD y la IRRESISTIBILIDAD.

"Prever, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea, prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona jurídica o natural, no evite el daño evitable, se dice que no previó ni lo previno, lo cual le inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado su inteligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible... Si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito... Si el accidente era irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito...". (Casación de 26 de mayo de 1936; G. J. n. 1909).

4.—Ratifica la Corte su doctrina sentada en sentencia de 6 de Abril de 1951, conforme a la cual "Lo que el numeral (el 4º del artículo 313 del Código de Comercio) está diciendo, sin lugar a la menor duda, es que se trata de prescripción de un año, cuando el transporte se refiere a más de un Departamento o al extranjero".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez).

La Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato —comunmente conocida con el nombre de Fabricato— remesó, en el año de 1943, por conducto de los Ferrocarriles Nacionales (Ferrocarril del Pacífico) un número apreciable de pacas o bultos de algodón con destino a Bello en el Departamento de Antioquia, que debían ser transportados desde el puerto de Buenaventura.

Como en aquella época confrontase el Gobierno el problema ya existente de congestión de carga en el indicado Puerto, agravado por el mal estado de las vías de comunicación, se dispuso, como medida de emergencia, darle el carácter de oficiales a varios depósitos y bodegas, con el objeto de que allí se pudiera descargar la mercancía aún no nacionalizada, en espera de mejor oportunidad para conducirla al lugar de su destino, ello mediante la Resolución Nº 45 de 6 de febrero de 1943, emanada de la Administración de Aduana de Buenaventura, la que luego fue ratificada por la Nº 312 del mismo año del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. La estación ferroviaria de Tuluá, en el Departamento del Valle, fue indicada, entre otras, para tal fin.

Y fue así como el cargamento de algodón ya indicado, se descargó en las improvisadas bodegas de la estación de Tuluá. Mas aconteció, que el 5 de octubre de 1943, un incendio, que se inició al parecer en los depósitos, consumió aquel cargamento, en razón de lo cual, la empresa industrial propietaria y remitente de aquél, inició y adelantó ante el Tribunal Superior de Bogotá, dos juicios ordinarios contra la Nación, representada en la persona jurídica de los Ferrocarriles Nacionales, demandando orden de entrega de los diferentes cargamentos, o en su defecto, el pago de los mismos en su equivalente en dinero, más los intereses correspondientes, conforme a la cuantía que se fije dentro del juicio o al pedir la ejecución del fallo.

Uno de aquellos juicios, el instaurado mediante libelo presentado el 26 de septiembre de 1944 y referente a un cargamento de algodón de 160.437 kilos, culminó con la sentencia de fecha 16 de diciembre de 1946, pronunciada por el expresado Tribunal, mediante la cual hubo de condenarse a la Nación, en la persona del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a pagar a la empresa demandante, el equivalente en dinero de los expresados kilos de algodón, según el precio que tengan —se dijo entonces— a juicio de peritos, el día y en el lugar en que debió efectuarse la restitución, con sus intereses legales comerciales a partir de aquella fecha, y ello por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Apelado aquel fallo para ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte, hubo de ser confirmado por el de 6 de abril de 1951, con la sola modificación de prescindir de los intereses legales. Esta decisión aparece publicada en el Nº 2099 de la GACETA JUDICIAL.

El otro juicio, iniciado en la misma fecha del anterior, según demanda presentada por el doctor Juan Samper Sordo, como apoderado de la mencionada Fábrica de Hilados y Tejidos, en que se solicitan iguales declaraciones, con referencia a la cantidad de 470.607 kilos de algodón en rama, fi-

nalizó en su primera instancia con la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1946 cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º—No es el caso de decretar la entrega en especie de las mercancías de que trata la súplica primera de la demanda.

"2º—Condénase a la Nación, en la persona del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a pagar a The Maritime Insurance Company Limited, compañía de seguros con negocios permanentes en el territorio de la República, como cesionaria de la parte demandante, el equivalente en dinero de la cantidad de 470.607 kilos de algodón en rama, de que trata la súplica primera de la demanda, según el precio que tengan a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió efectuarse la restitución, con sus intereses legales comerciales a partir de aquella fecha, con sujeción a las indicaciones de la carta de porte y siguiendo para ello el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. No se hace condenación en costas".

De esta decisión pasa a ocuparse la Sala, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la entidad demandada, agotados como se encuentran los trámites propios de la segunda instancia, recogidos como fueron los alegatos de conclusión de ambas partes y los resúmenes escritos de sus alegaciones orales durante la audiencia pública, verificada el día 28 de mayo del año pasado.

Las partes contendientes no discrepan sobre el hecho de la entrega del cargamento de algodón al Ferrocarril en el Puerto de Buenaventura, conforme al número de kilos indicado en la demanda; tampoco sobre su descargue en la Estación de Tuluá, ni sobre el hecho del incendio de tal cargamento allí, el día 5 de octubre de 1943, como quiera que esos extremos aparecen acreditados en el juicio, con las pruebas adecuadas al caso.

La parte demandada, según se colige de las alegaciones formuladas por escrito, y lo expuesto en la audiencia, estima que la acción incoada ya había prescrito conforme a lo dicho por el numeral 4º del artículo 313 del Código de Comercio; y además, que teniendo en cuenta el hecho de haber cedido la Empresa originariamente demandante a la Compañía aseguradora favorecida con el fallo en examen, los derechos que, por razón de la no entrega del cargamento, tiene contra la Nación, dicha Compañía no puede reclamar del transportador sino la parte que hubiere dado en pago como valor del seguro, agregando que, en el evento de una condena, el transportador no puede ser condenado sino al daño emergente.

Siguiendo el mismo orden de la sentencia apelada, la Sala pasa a referirse a los diferentes tópicos materia de especial discrepancia entre las partes y sobre aquellos tocados de manera incidental por la demandada.

Personería sustantiva del demandado

Es innegable el hecho de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales —como lo dijo el Tribunal, lo sostuvo esta Sala en el citado fallo de 6 de abril de 1951, y lo tiene aceptado el demandado (fls. 28 y 29 del C. Nº 5)— "es una persona jurídica autónoma e independiente... Pero no por ello puede desconocerse que dicha entidad es un Administrador de la Nación, y que de ésta es el patrimonio que administra"; en consecuencia la acción está bien intentada en cuanto a este aspecto se refiere, particularmente en razón de lo dicho en fallo de 10 de octubre de 1950 (G. J. Nº 2089/91). PERSONERIA SUSTANTIVA DEL ACTOR: En relación con este extremo, la sentencia en examen contiene conceptos bastante interesantes que, para mayor inteligencia del negocio de que se trata, se transcriben en su parte pertinente:

"Para el Tribunal el solo hecho de que el dueño de las mercancías perdidas haya contratado el seguro de ellas, no releva de responsabilidad a la empresa transportadora, por la pérdida resultante de su hecho o culpa, de conformidad con las normas legales sobre la materia. Basta observar para llegar a este convencimiento, que la ley comercial contempla el caso de **subrogación** de la empresa aseguradora en los derechos y acciones del asegurado contra la empresa transportadora de las mercancías, por pérdida o avería de éstas (Artículo 677 del C. de Co.). Lo que implica que dichas acciones subsisten a pesar del seguro, pues si no existieran para el asegurado, en qué se subrogaría el asegurador? Y si subsisten dichas acciones no se vé por qué razón haya de modificarse en este caso el grado de responsabilidad del transportador, limitando su medida al **dolo** o a la **culpa grave** equivalente a él, cuando la ley ha dicho, sin distingos ni limitaciones, que tal responsabilidad se extiende hasta la **culpa leve**. Por lo que hace a las consecuencias que para la empresa transportadora, para el asegurado y para el asegurador se producen por el pago del valor del seguro, ellas están claramente señaladas en

el artículo 677 del Código de Comercio, disposición que como se ha dicho, confirma la tesis de que en ese pago no se extingue ni se modifica la responsabilidad del transportador por la pérdida de las mercaderías. Si el asegurado cede al asegurador sus derechos contra el porteador, queda el asegurador ocupando el lugar del cedente en sus relaciones contractuales con el porteador, sin que se produzca para ninguno el enriquecimiento sin causa. Y si no hay cesión el asegurador que paga queda frente al porteador responsable de la pérdida, en la situación del damnificado por culpa extracontractual de otro. En este último caso se modifica únicamente el sistema de presunciones que favorece al asegurado en orden a la responsabilidad del transportador en el advenimiento del caso fortuito, porque la acción del asegurador ya no es nacida del contrato de transporte, cuyas acciones no le fueron cedidas, sino de un hecho o culpa extracontractual que le ha inferido daño".

Responsabilidad de la empresa

"Según puede verse, el legislador ha sido excepcionalmente severo en cuanto a la carga de la prueba para apreciar la responsabilidad del cargador en el contrato de transportes en materia de caso fortuito, pues imponerle la carga de probar que éste **no ha sido preparado por su culpa,** no es otra cosa que establecer la presunción legal de que el caso fortuito ha sobrevenido por culpa del porteador".

Hay hechos constitutivos de caso fortuito que por su propia naturaleza excluyen toda culpa en el porteador por lo que hace a su advenimiento, vgr.: un terremoto, una tempestad, el desbordamiento de un río, etc. Pero de un incendio no puede decirse lo mismo. Aún más: considerado objetivamente, el incendio no es siempre caso fortuito. Para que lo sea, es necesario que se reúnan en él las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad que exige la ley. Por eso es aplicable con mayor razón a este hecho la presunción de culpa del porteador en su advenimiento, establecida por el artículo 306 del Código de Comercio.

"Se tiene pues que para exonerarse de responsabilidad el porteador en caso de incendio, debe probar: 1º—Que ese hecho no ha ocurrido por su culpa. 2º—Que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos dañosos del hecho. Procede examinar si en el caso materia de este juicio la parte demandada suministró esa doble prueba.

"I.—Para acreditar la ausencia de culpa de la Empresa en el advenimiento del incendio, se produjo como prueba una inspección ocular con peritos, en el lugar del siniestro. Pero en esa diligencia se dejó al dictamen de los peritos, como era lo acertado, la cuestión relacionada con la culpa de la Empresa.

El perito nombrado por la parte demandada y el tercero conceptuaron de común acuerdo, que no hay en el proceso elementos de juicio que permitan señalar con precisión las causas del incendio, pero estiman al propio tiempo, que no hubo culpa de la Empresa en su advenimiento ni en sus consecuencias destructoras. El otro perito, nombrado por la parte demandante, opina en sentido contrario, señalando como causa del incendio, una chispa, que desprendida de una locomotora, penetró por las ventanillas abiertas a la bodega en donde guardaban los cargamentos de algodón materia de la demanda.

El dictamen pericial en referencia no es de los que según la ley constituye plena prueba de los hechos a que él se refiere. De los dos peritos mayoritarios uno solo dice ser ingeniero civil. No deponen según su arte, profesión u oficio, sin lugar **a la menor duda,** sobre consecuencias de hechos sujetos a los sentidos. Los fundamentos como las conclusiones del dictamen no pasan del terreno de lo puramente hipotético.

Tampoco se impone el dictamen a la conciencia del juzgador por la precisión o certidumbre de los conceptos, ni por la fuerza de las conclusiones. Si no se conocen las causas del incendio, cómo puede afirmarse qué en ellas no tuvo culpa la Empresa? La única causa posible de las señaladas por los peritos en que podría descartarse a priori la culpa de la Empresa es la de **combustión espontánea** del algodón. Pero es la más remota de todas. Los mismos peritos así lo dan a entender. De ninguna de las otras causas posibles del incendio puede afirmarse que lleva en sí misma la ausencia de culpa de la Empresa.

Demostrado como queda que pesa a cargo de la parte demandada dar la prueba de su ausencia de culpa en el advenimiento del incendio, y siendo así que no se establecieron las causas de éste para acreditar que en ellas la Empresa está exenta de culpa, no queda exonerada de la responsabilidad contractual por la pérdida de las mercaderías destruídas por el incendio, de conformidad

con el artículo 306 del Código de Comercio anteriormente citado.

Y no es un hecho demostrado, que las pruebas de las causas del incendio sean de imposible producción. Cosa distinta es que en este proceso no se hayan probado aquellas causas, lo cual estaba a cargo de la parte demandada. Como tampoco puede decirse que no habiéndose probado la causa del incendio, no está probada la culpa de la Empresa. Porque ello equivaldría a echar sobre el demandante la carga de la prueba de la culpa del demandado en el advenimiento del incendio, contra lo que expresamente dispone el precepto legal.

II.—Pero aún suponiendo que estuviera comprobada la ausencia de culpa de la Empresa en el advenimiento del incendio, véase cuál fue su conducta en orden a la segunda de las exigencias legales ya anotadas para que se produzca la exoneración de responsabilidad por las consecuencias del caso fortuito:

En la diligencia de inspección ocular practicada con asistencia de los apoderados de las partes el 25 y el 26 de junio de 1945 (fls. 134 y ss. del Cuaderno Nº 3) se recibió declaración a varios testigos presenciales sobre la manera como se presentó el incendio el cinco de octubre de 1943 en la bodega de la Estación de Tuluá, y sobre el modo como se desarrollaron los hechos con él relacionados".

... ...

"De estos testimonios no aparece en manera alguna la prueba de que los empleados de la empresa hubieran desarrollado desde el momento en que se presentó el incendio, las actividades idóneas encaminadas a su extinción, o por, lo menos al salvamento de las mercaderías depositadas en el edificio incendiado. Todo lo contrario: se observa claramente una completa impreparación técnica para afrontar y combatir estos hechos de tan posible y previsible ocurrencia en climas cálidos y en empresas ferroviarias transportadoras muchas veces, de sustancias inflamables y hasta explosivas. Se dirá que la Empresa carecía en aquel momento de elementos eficaces de extinción de incendios y salvamento de mercancías. Pero precisamente en ello está la falta de previsión, de diligencia y cuidado. Y no puede admitirse la falta de previsión y de cuidado anteriores por parte del deudor para demostrar que una vez presentado el hecho destructor, fue impotente para impedir o modificar sus efectos.

De lo dicho se desprende sin lugar a duda que la parte demandada no probó haber ajustado su conducta, en presencia del incendio por ella alegado como hecho exculpativo, a la segunda de las exigencias legales anotadas para que de conformidad con los artículos 283 y 306 del Código de Comercio quede exonerada de responsabilidad por las consecuencias del hecho destructor de las mercaderías transportadas. Es de reconocer a este respecto, que **incumbe la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo**... Prueba que no suministró en este proceso la Empresa transportadora, según queda demostrado".

Por encontrarlos jurídicos, y ajustados en un todo a la realidad de autos, la Sala acoge los anteriores conceptos del **a quo**, respecto al punto relativo a la responsabilidad de la Empresa transportadora.

El caso fortuito

Si bien es cierto que en esta segunda instancia, el apoderado de la parte demandada, sólo se refirió de una manera muy sucinta, a la fuerza mayor o caso fortuito como exonerativos de la responsabilidad de los Ferrocarriles Nacionales, al afirmar, que el incendio se produjo como consecuencia le la enorme congestión de carga en Buenaventura, circunstancia que movió al Gobierno Nacional a dictar la resolución número 313 de 1943 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aprobatoria de la número 45 de 6 de febrero de 1943 del Administrador de la Aduana de Buenaventura, la Corte estima oportuno hacer sobre el particular algunas observaciones.

La fuerza mayor y el caso fortuito, hoy día se equiparan jurídicamente, porque producen las mismas consecuencias:

"Por caso fortuito no debe entenderse sólo el que se origina en las fuerzas ciegas de la naturaleza, sino el que, dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana". (Federico Puig Peña).

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 lo define: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir".

De la anterior definición se concluye, que los elementos que caracterizan el casó fortuito o la fuerza mayor son: la **imprevisibilidad** y la **irresistibilidad.**

"Prever, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea, prevenir el riesgo,

daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona jurídica o natural, no evite el daño evitable, se dice que no lo previó ni lo previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda su inteligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible... Si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito... Si el accidente era irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito...". (Casación 26 de mayo de 1936. G. J. número 1909).

De otra parte, el célebre tratadista Demogue (Tomo VI) refiriéndose al caso fortuito, exige para que éste se configure, entre otros requisitos, el de ser "irresistible en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor —dominado por el acontecimiento— en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad **relativa**) de efectuar la obligación".

En el caso **sub judice** claramente se ve que la excepción de caso fortuito o fuerza mayor no puede intentarse por las siguientes razones:

1º De la definición de caso fortuito o fuerza mayor que dá el artículo 1º de la ley 95 de 1890, se desprende, como ya se dijo, que son dos los elementos que sirven para estructurarlo:

a) La imprevisibilidad; y

b) La irresistibilidad.

Ahora bien, ¿en el insuceso del 5 de octubre de 1943, era imprevisible el accidente?

La Corte no puede aceptar esta idea; porque es a todas luces claro, que un cargamento de algodón, fácilmente combustible, como lo manifestaron los peritos, y lo tiene aceptado el demandado, era de presumirse con fundadas razones, que en condiciones de "emergencia" como estaba almacenado, en bodegas improvisadas, que no llenaban los requisitos exigidos por los artículos 18 y 3º de la ley 76 de 1920, a saber: que los ferrocarriles "deberán tener bodegas adecuadas para el recibo de carga que requiere el transporte"; y el artículo 3º, según el cual no se permite tener depósito de substancias combustibles o inflamables a una distancia menor de 20 metros, podía un incendio presentarse allí, y podía por consiguiente preverse, con toda su natural secuela de trastornos y pérdidas, ya que prever significa en el lenguaje de la tecnología culposa, conocer lo que vendrá, y precaverse de sus consecuencias, o sea, **prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo.** (Subraya la Sala).

Por otra parte, al tenor del artículo 283 del Código de Comercio: "Las mercancías se transportan a riesgo y ventura del cargador, del consignatario o de la persona que invistiere el carácter de propietario de ellas; y por consiguiente, serán de su cuenta las pérdidas y averías que sufran durante la conducción, por caso fortuito inevitable, o vicio propio de los mismos efectos, salvo en estos casos:

1º Si un hecho o culpa del porteador hubiere precedido o contribuído al advenimiento del caso fortuito.

2º Si el porteador **no hubiere empleado toda la diligencia y pericia necesarias para evitar o atenuar los efectos del accidente que hubiere causado la pérdida o avería.**

3º Si en la carga, conducción y conservación de las mercaderías, no hubiere puesto la diligencia y cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos".

Pero es más explícito aún el artículo 306 del mismo Código que presume que la pérdida, avería o retardo, ocurren por culpa del porteador.

Además, el inciso final del mismo artículo 306 dispone que: "Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá **probar** que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que han causado la pérdida, la avería o el retardo".

Pues bien: esa prueba no aparece por ninguna parte en el expediente.

El demandado alegó únicamente el hecho de haber autorizado el Gobierno el establecimiento de las improvisadas bodegas, a consecuencia de la enorme congestión de carga en el puerto de Buenaventura. Pero como ya lo dijo esta Sala de Negocios Generales, en fallo de 6 de abril de 1951 sobre el mismo asunto: "Pero si es verdad que tal autorización la dio el Gobierno, de lo cual hay prueba en los autos, también es cierto que no fue el Gobierno quien escogió los depósitos o bodegas, sino el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles; y comporta examinar si las bodegas instaladas en Tuluá para recibir el algodón, que es carga de peligro, cumplían condiciones de prudencia y del 'cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos' como lo dice la ley".

Mas ya quedó demostrado, que esas bodegas escogidas por el Consejo Administrativo de los Fe-

rrocarriles, no tenían las condiciones exigidas para depósitos de esa naturaleza, y por el contrario, habían sido ocupadas, violando disposiciones imperativas de la ley 76 de 1920 sobre policía de ferrocarriles, como ya quedó establecido en otro lugar de este fallo, haciendo así muy presumible el accidente que podía presentarse, y que en el hecho se presentó.

Con esto queda suficientemente aclarado el primer requisito exigido por la doctrina y por la ley, para la estructuración del caso fortuito o la fuerza mayor, como exculpativos de la responsabilidad por parte del transportador.

Es preciso ahora hacer una breve disertación acerca del segundo de los requisitos nombrados, o sea el que dice relación al factor **irresistibilidad.**

Este requisito tendría pleno valor, en el caso de que fuera físicamente imposible resistir a él, como el de un terremoto, rayo, inundación, o cualquier otro fenómeno de la naturaleza, porque no hay que olvidar, que es necesario que el deudor quede en una **imposibilidad absoluta de resistir a él,** pues la simple dificultad, o imposibilidad relativa, no libertan del deber de cumplir la obligación.

Ahora bien, de acuerdo con los testimonios que en autos figuran a folios 42 vuelto a 46 del cuaderno de pruebas del demandante de una parte, y por otra, de la diligencia de inspección ocular, practicada en el mismo lugar de los acontecimientos (folio 13 del cuaderno de pruebas), no resulta acreditado el hecho de que en dichas bodegas hubieran existido, antes del incendio, "grúas, básculas ni **tanques de agua**" (subraya la Corte). De donde forzosamente habrá de concluírse, que la falta de extinguidores, tanques de agua, y cualesquiera otros medios idóneos para apagar el fuego, fue la causa determinante que imposibilitó a la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, para apagar el incendio, ya que no puso de su parte el "cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos" tal como lo ordena la ley.

Es preciso recordar aquí lo dicho por la Corte en la sentencia que aparece publicada en la GACETA JUDICIAL número 1909 y a la que ya se hizo referencia atrás, de que, "si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito; y si el accidente era irresistible pero debió preverse, tampoco habrá casó fortuito".

En el caso concreto del accidente de Tuluá, el 5 de octubre de 1943, tenemos una aplicación práctica de estos dos principios, pero como ya se vio, el accidente no era ni imprevisible, ni irresistible.

De donde habrá de concluírse, que la causal exonerativa de responsabilidad —fuerza mayor o caso fortuito— no puede prosperar en este litigio.

Interferencia de la Compañía aseguradora

Se ha dejado exprofeso para tratarlo en último lugar, este tema, y el de la prescripción de las acciones, por presentar algunos puntos importantes que es preciso aclarar en el primero, y proceder la ratificación de la doctrina de esta Sala, en el segundo.

En memorial dirigido al Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 13 de abril de 1945, el señor Rudesindo Echavarría, en su calidad de Gerente de la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato "Fabricato", cedió a **The Maritime Insurance Company, Limited,** "todos los derechos que por razón de la no entrega de dicho algodón tenga contra la Nación", debido a que la mencionada compañía había pagado a Fabricato el valor del seguro.

Ahora bien: el apoderado especial del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en su extenso alegato de conclusión, manifiesta que habiendo pagado la Compañía aseguradora parte del seguro, no puede reclamar del transportador sino la parte que hubiere dado en pago; y agrega, que en el caso contrario, se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa, que no puede patrocinar ningún Tribunal de la República.

Se considera:

Conforme al artículo 677 del Código de Comercio, "el asegurador que pagare la cantidad asegurada, podrá exigir del asegurado cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros...."; la cual una vez realizada, como acontece en el presente caso, se traduce en la subrogación por parte de la Compañía aseguradora, de todos los derechos correspondientes del asegurado, para demandar la indemnización de perjuicios ocasionados por la pérdida o no entrega de las mercaderías. Sobre el particular no es posible hacer distinciones tendientes a reducir los alcances de la subrogación así realizada, como lo pretende el apoderado del demandado, desde luego que la subrogación, ya sea legal o convencional, "traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios.... tanto contra el deudor principal como contra terceros", según lo enseña el artículo 1670 del Código Civil.

Como confirmación de lo que acaba de expresarse, es oportuno reproducir la doctrina sentada sobre el particular por la Corte, en casación de 30 de noviembre de 1889, y 2 de diciembre siguiente, a saber: "Es principio de jurisprudencia nacional, fundado en las más triviales nociones de justicia y equidad, que el asegurador que paga al asegurado el valor de la cosa asegurada se subroga en los derechos de éste para recuperar esa misma cosa o sus restos, o para ejercer contra quien haya lugar, las acciones correspondientes sobre indemnización de perjuicios provenientes de culpa en la pérdida". (G. J., año VI, pág. 147).

Prescripción

En relación con este tópico, suficiente es reproducir lo dicho por esta Sala de la Corte en la citada sentencia de 6 de abril de 1951, por tratarse de un caso semejante al que ahora se estudia, y en donde se trató a espacio el mismo asunto, ratificando en consecuencia la doctrina allí sentada.

Entonces se dijo: "Ya se vio que el empeño del demandado por establecer la prescripción de la acción, se funda en el numeral 4º del artículo 313 del Código de Comercio, conforme al cual la responsabilidad del porteador, por pérdida de la mercancía se extingue:

" 'Por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro del Estado, y de un año en las dirigidas a territorio extranjero u a otro Estado de la Unión".

En este numeral hay varios conceptos para definir:

En primer lugar ESTADO, usado en dos ocasiones con un mismo significado, pues se dice 'u otro Estado'.

En segundo lugar, UNION, comprensivo este concepto del uno y del otro Estado, pues dice el numeral: 'Estado de la UNION'.

Y en tercer lugar el concepto **territorio extranjero,** noción geográfica que equivale a extraño, de otra parte distinta de nuestro propio país. Lo que quiere decir que extranjero, en el texto citado, hay que tomarlo en contraposición a Estado, porque éste es parte de la Unión, y por lo tanto, no es extraño, sino propio.

Desarrollando el texto citado, que rigió en el Estado de Panamá, se tiene que los seis meses se referían al Estado de Panamá, y el año se refería a otro Estado de la misma Unión, o al extranjero.

La paridad entre un Estado y otro como componentes de la entidad nacional, y la contraposición entre esta entidad y el extranjero, se relieva más, si se quiere, en otro texto del mismo Código del Estado de Panamá, pues dice, refiriéndose a una libranza protestada por falta de pago: "Siendo pagadera en una plaza de otro Estado de la Unión, o de país extranjero....'. Se dice otro Estado, en paralelismo con el propio Estado de Panamá; y se dice extranjero en contraposición a Unión.

Y a la fecha, ¿qué significa el término Estado del Código de Panamá, y el término Unión, que allí se usaba?

El mismo Código de Comercio diferenciaba estos dos términos, pues dice al hablar de efectos de comercio: Los títulos de crédito contra el Estado o contra la Unión (artículo 93).

Y ese mismo Código mostraba el significado geográfico del término extranjero, pues dice en su artículo 202: "Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero, y cumplidos en el Estado de Panamá, son regidos por la ley del Estado".

Por último, el mismo Código expresaba que cuando se hablaba de Unión, se refería a la Unión colombiana, hoy República de Colombia, pues se lee en el artículo 203 que cuando en un contrato se estipulaban monedas extranjeras, serían éstas reducidas a las monedas legales de la Unión Colombiana.

Y al final del Código, en su artículo 959, se habla del Gobierno de la Unión, para distinguirlo del Gobierno del Estado, del cual se habla en el artículo siguiente, el 960.

La ley 57 de 1887 sobre adopción de Códigos, dijo en su artículo 3º: "En el Código de Comercio de Panamá se entenderá República donde se habla del Estado de Panamá". Pero como esto no abarca sino unos muy pocos artículos del Código en que se habla del Estado de Panamá, y no se refería a muchos artículos donde se habla simplemente de Estado, vino un nuevo texto a referirse ya a todos los Códigos adoptados, a fin de que no quedara duda de que donde se dice Estado, debe entenderse Departamento. La ley 153 del mismo año de 1887, dijo ya en forma general y precisa, abarcando todos los Códigos: En los Códigos adoptados, las denominaciones Estados Unidos de Colombia, Estado, Territorio, Prefecto, Corregidor y las demás que a virtud del cambio de instituciones requieran sustitución técnica, se aplicarán a expresiones a las cuales correspondan paralela y lógicamente (artículo 324). Y desde

entonces, Unión o Estados Unidos corresponden a República de Colombia, y Estado corresponde a Departamento. La Constitución de 1886 dijo en su artículo 202 que pertenecen a la República de Colombia los bienes, rentas, etc., que pertenecían a la Unión Colombiana; y que pertenecen también a la República los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados.

El demandado dice que donde el numeral 4º del artículo 313 del Código de Comercio sobre prescripción, habla del Estado se debe entender República; y como en el mismo numeral se habla de Estado dos veces, quiere que se suprima la última parte del numeral, ya que sin esa supresión el texto quedaría así: Por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro de la República, y de un año en las dirigidas a territorio extranjero u otra República de la Unión. Lo cual resulta cuando menos sin sentido, por no decir absurdo.

Lo que el numeral está diciendo, sin lugar a la menor duda, es que se trata de prescripción de seis meses, cuando el transporte se refiere a más de un Departamento o al extranjero. Prescripción corta, cuando las cosas se realizan en casa, por decirlo así, y prescripción más larga, cuando se realizan en casa ajena, o sea en otro Departamento o en el exterior. Hay de por medio una cuestión de distancia que influye en el conocimiento, dentro del mismo Departamento, el perjudicado supo pronto del siniestro o de las condiciones del transporte; mas ya cuando el transporte cubre varios Departamentos o comprende a país o países extranjeros, el conocimiento es más tardío y el término de la prescripción es mayor.

El demandante actuó dentro del año, y entonces no hubo prescripción, como lo pretende el demandado, porque se trata al menos de dos Departamentos: el del Valle y el de Antioquia, pues la carga debía entregarse en Bello, Antioquia, después de pasar por el otro Departamento".

Según ha quedado visto, el término de la prescripción en el caso a que estas diligencias se refieren es el de un año, dentro del cual, se repite, actuó el demandante. Mas, si se admitiera en gracia de discusión, que la acción hubiera sido ejercitada extemporáneamente, esto es, después de vencido aquel término, no le sería dable a la Sala reconocer oficiosamente tal hecho, en virtud de lo dispuesto por el artículo 343 del Código Judicial, desde luego que la parte demandada solamente se ha limitado a oponer como medio de defensa la EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE SEIS MESES.

Lo expuesto significa que la sentencia apelada es jurídica, excepción hecha de la condena acerca de los intereses legales comerciales a que se alude en la declaración 2ª, por cuanto el artículo 308 del Código de Comercio, como especial que es para el contrato de transportes, no dá asidero para ello. Por tanto sobre el particular debe reformarse la sentencia.

En vista de las anteriores consideraciones, a saber: legitimidad de la personería en los querellantes; responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, y tiempo oportuno para intentar la demanda, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 18 de diciembre de 1946, pero reformándola en el sentido de prescindir de la condenación de intereses.

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

Agustín Gómez Prada.—Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—Con salvamento de voto, Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS RAFAEL ROBLES

Como no estoy de acuerdo con la motivación del fallo que antecede, paso a dejar constancia de las razones que me separan de mis honorables colegas de Sala, expresando al propio tiempo cuáles son las que a mi juicio justifican la parte resolutiva de dicho fallo.

I

En relación con el tiempo en que prescriben las acciones contra el porteador por pérdidas, desfalcos y averías, limítase la Sala a transcribir lo que a este respecto se dijo en sentencia de 6 de abril de 1951, que lleva mi propia firma; sentencia en la cual se llega a la conclusión de que tales acciones prescriben en un año cuando se trata de expediciones dirigidas al exterior o de un Departamento a otro de la República, y en seis meses cuando se trata de expediciones realizadas dentro de un mismo Departamento.

Pero ahora, en presencia de las muy amplias exposiciones de las partes en este negocio, y mediante un nuevo estudio, he llegado a un concepto diferente sobre el punto a que me vengo refiriendo, especialmente porque hallo las razones de la sentencia de 1951 demasiado artificiosas y formalistas.

La Ley 57 de 1887, al adoptar para la República el Código de Comercio del antiguo Estado de Panamá, dispuso en su artículo 3º:

"En el Código de Comercio de Panamá se entenderá República donde se habla de Estado de Panamá, y las referencias que en dicho Código se hacen a las leyes del mismo Estado, se entenderán hechas a las correspondientes disposiciones de los Códigos nacionales".

Y la ley 153 de 1887 preceptuó en relación con los distintos Códigos adoptados para la República:

"Artículo 324. En los Códigos adoptados las denominaciones de corporaciones y funcionarios, como Estados Unidos de Colombia, Estado, Territorio, Prefecto, Corregidor, y las demás que a virtud del cambio de instituciones requieran en algunos casos una sustitución técnica, se aplicarán a quienes paralela y lógicamente corresponda".

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones citadas, cuál es el alcance actual del artículo 313 del Código de Comercio, en cuanto establece que la responsabilidad del porteador se extingue "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?".

Insiste la Sala en que sólo donde el Código diga **Estado de Panamá** ha de entenderse hoy República de Colombia, pero que donde hable de Estado, aunque claramente se esté refiriendo al de Panamá, ya no puede hacerse la sustitución por República. Y entonces, como el artículo 3º de la ley 57 de 1887 no venía a resolver el problema, se apela al artículo 324 de la ley 153, para decir que la entidad que paralela y lógicamente corresponde al término **Estado** usado por el Código, es la de Departamento. Todo para llegar a la conclusión que ya se ha visto.

Pero no es esto, acaso, artificioso? Hay por ventura algún antecedente que indique que los legisladores de 1887 quisieron sacrificar el concepto a las palabras

En mi opinión, lo importante en este caso es el concepto en sí mismo y no los términos de que se valga el Código para expresar ese concepto. Por eso considero ahora que sea que el Código hable de **Estado de Panamá**, o sea que simplemente hable de **Estado** refiriéndose al de Panamá, la conclusión a que debe llegarse es una sola: que en ambos casos debe entenderse hoy República de Colombia.

Pero es más. En mi concepto la entidad que **paralela y lógicamente corresponde** a Estado, dentro de las naturales limitaciones de los antiguos Estados Soberanos, es la de República de Colombia. Tan cierto es esto, que a nadie se le ocurriría decir que donde el Código Civil habla de **Territorio** no deba entenderse hoy República de Colombia. Así, claramente se ve que el simple paralelismo geográfico no basta para las sustituciones previstas por la ley 153 de 1887.

Por tanto, estimo que la prescripción de que trata el numeral 4º del artículo 813 del Código de Comercio debe entenderse que es de seis meses para las expediciones realizadas dentro de la Re-

pública, y de un año para las expediciones dirigidas a territorio extranjero; sin que vea dificultad para que haya de considerarse sobrante la última parte de la disposición —u otro Estado de la Unión—, que obviamente resulta incompatible con el régimen unitario establecido en la Constitución de 1886.

II

Dentro de la tesis de la mayoría de la Sala, se dice en la parte final de la sentencia a que me estoy refiriendo:

"Según ha quedado visto, el término de la prescripción en el caso a que estas diligencias se refieren es el de un año, dentro del cual, se repite, actuó el demandante. Mas, si se admitiera en gracia de discusión que la acción hubiera sido ejercitada extemporáneamente, esto es, después de vencido aquel término, no le sería dable a la Sala reconocer oficiosamente tal hecho, en virtud de lo dispuesto por el artículo 343 del Código Judicial, desde luego que la parte demandada solamente se ha limitado a oponer como medio de defensa la EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE SEIS MESES".

Con todo respeto debo manifestar que, en mi sentir, los conceptos transcritos no despejan el siguiente interrogante: ¿por qué actuó en tiempo el demandante?; demostración tanto más necesaria cuanto que las distintas remesas presentadas con la demanda fueron expedidas entre el 12 de julio y el 14 de septiembre de 1943, en tanto que la demanda misma fue notificada al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales con fecha 28 de septiembre de 1944.

Además, respecto de la prescripción alegada por la parte demandada, me permito observar:

1º En escrito de 31 de enero de 1948 (f. 7 del cuad. Nº 5) el doctor Roberto Scarpetta, apoderado de los Ferrocarriles Nacionales, propuso expresamente la excepción de prescripción, "con fundamento en el ordinal 4º del artículo 313 del Código de Comercio", sin que entonces aludiera de manera especial a la prescripción de seis meses;

2º En materia de prescripción lo importante es alegarla como medio de defensa, cualquiera que sea el término que para esa prescripción haya fijado la ley, y con independencia del concepto que sobre tal término tenga quien la alega.

III

Después de, lo expuesto, debo ahora ocuparme de las razones que a mi juicio hacen que no prospere la excepción de prescripción en este caso, lo que me lleva a considerar jurídica la parte resolutiva del fallo de la Sala.

Dice la parte final del artículo 313 del Código de Comercio que en caso de pérdida "la prescripción principiará a correr desde el día en que debió ser cumplida la conducción"; pero como las distintas remesas o cartas de porte acompañadas a la demanda no señalan plazo alguno para el transporte de las mercancías, la cuestión ha de resolverse, a la luz del artículo 291 del mismo Código, que reza:

"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".

En relación con este precepto, el señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales trajo a los autos en esta instancia varias declaraciones (fs. 9 a 18 del cuad. Nc 7), según las cuales el transporte entre Buenaventura y Bello se realiza normalmente en un lapso que para unos es de ocho días, para otros de diez o de doce, y para alguno de los testigos de quince días.

Mas como lo anota con acierto el señor apoderado de la parte demandante, fuéra de que las declaraciones aludidas no son concretas sobre el punto de que trata el artículo 291 del Código de Comercio, en este caso existieron circunstancias anormales que impidieron el transporte oportuno de la carga que debía despacharse desde Buenaventura como lo reconoce el propio apoderado de los Ferrocarriles en los siguientes apartes de su alegato ante la Corte:

"En los meses de julio a septiembre de 1943 los señores Roldán Calle & Cía., como agentes de la Fábrica de Hilados y Tejidos El Hato, remesaron desde Buenaventura para esta compañía por el Ferrocarril del Pacífico, con destino a Bello, Antioquia, 2499 pacas con 470.607 kilos de algodón en rama.

"Por aquella época se presentó en las bodegas de la Aduana de Buenaventura una de las frecuentes congestiones de cargamentos que allí ocurren, pero con los más abrumadores caracteres y con excepcionales y funestas repercusiones sobre la economía nacional, debido a la afluencia de navíos cuando un fuerte invierno, derrumbes en el ferrocarril de Antioquia, la caída del puente de

La Pintada y otra infinidad de graves circunstancias adversas impedían la movilización de esos cargamentos a los lugares de destino en el interior del país; y el Gobierno Nacional en guarda del orden público económico autorizó los aforos de carga aún no nacionalizada y ordenó a la administración de los Ferrocarriles Nacionales la descongestión del puerto, mediante la movilización de las mercancías a lugares intermedios dentro de una inevitable improvisación. Fue así, debido a este CASO DE EMERGENCIA, por fuerza mayor, como el Consejo Administrativo se vio precisado a adoptar bodegas para almacenamientos transitorios en distintos puntos de la línea férrea: Buga, Cali y Tuluá, desde donde a medida que las circunstancias lo permitieran, los cargamentos serían reexpedidos a sus destinos en el interior.

"En esa labor de la descongestión del puerto de Buenaventura y ante la imposibilidad de hacer seguir a Medellín y a Bello, especialmente, los respectivos cargamentos, porque precisamente el puente de La Pintada y el trayecto del Ferrocarril de Caldas están entre Tuluá y esos centros industriales, en las improvisadas bodegas de Tuluá se encontraban el día 5 de octubre de 1943 las 2.499 pacas de algodón para Fabricato a que he hecho referencia y cuya no entrega fue motivo del presente juicio".

De esta suerte, en presencia de lás circunstancias anormales relacionadas y reconocidas por la parte demandada, lo que esta parte ha debido demostrar era el tiempo en que, atendidas esas circunstancias anormales, ha debido realizarse el transporte a Bello de la carga remesada desde Buenaventura por Roldán & Cía. Ltda. Pero como esto no se hizo, no puede saberse en este caso cuándo comenzó a correr la prescripción alegada por los Ferrocarriles Nacionales.

No son otras las razones que yo tengo para prohijar la solución de la Sala, comprobados como están los hechos que sirvieron de base a la acción del demandante.

Luis Rafael Robles

QUIEN FORMULE QUERELLA PARA QUE SE IMPONGA SANCION A UN ABOGADO POR FALTAS CONTRA LA MORAL PROFESIONAL, DEBE ACREDITAR SU INTERES PARA ACTUAR, PORQUE LA LEY NO HA CONSAGRADO EN ESTOS CASOS UNA ACCION POPULAR

1.—De acuerdo con los preceptos de la Ley 69 de 1945, las faltas en el ejercicio de la profesión de abogado se investigan en juicio sumario, CON AUDIENCIA DEL ACUSADO. Lo cual quiere decir que a éste debe citársele desde el primer momento, a fin de que toda la actuación se adelante con audiencia suya.

2.—Aunque la Ley 69 de 1945 no es lo suficientemente explícita, sí subordina la imposición de las sanciones previstas en sus artículos 8º y 9º, cuando se trate de queja o querella de parte, a la demostración o legitimación del interés que ha de asistirle como base de su acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Los doctores Carlos Urrutia Holguín y Enrique Soto Núñez, en escrito de fecha 30 de noviembre de 1949, pidieron al Tribunal Superior de Bogotá que se impusieran al abogado Hernando Llaña Vezga las sanciones previstas por la ley 69 de 1945, alegando en su apoyo los siguientes hechos, de donde a su juicio se derivaban faltas contra la moral profesional:

"1º—La señora Zilia Núñez de Soto confirió poder al doctor Arturo Angel Echeverri para que la representara en el juicio de sucesión de la señora María Arango de Jaramillo, quien había legado en su testamento a la señora Núñez de Soto el usufructo de la casa marcada con los números 900 y 900-B (antigua nomenclatura), números 27-24 — 27-30 de la nomenclatura actual, de la carrera 7ª de esta ciudad; la nuda propiedad de este inmueble fue legada por la testadora a la señorita María Teresa Gauley, residente en la ciudad de París, Francia. La señora Zilia Núñez de Soto confirió para el mismo juicio poder al doctor Llaña Vezga en esa época, socio del doctor Arturo Angel Echeverri en su oficina de abogado.

"2º — El juicio de sucesión testada de la señora María Arango de Jaramillo se tramitó en el Juzgado 3º Civil del Circuito de esta ciudad y en la actualidad se encuentra en la Corte Suprema de Justicia al despacho del Magistrado doctor Manuel José Vargas.

"3º—El Municipio de Bogotá expropió la casa a que nos hemos venido refiriendo por la suma de $ 39.076.32 y consignó el correspondiente valor en el Banco de la República. La señora Zilia Núñez de Soto también confirió poder al doctor Arturo Angel Echeverri para que la representara en el juicio de expropiación de la casa ya mencionada, juicio que se tramitó en el Juzgado 3º del Circuito.

"4º—Como la señorita María Teresa Gauley no se había hecho representar en el juicio de sucesión de la señora María Arango de Jaramillo, los doctores Arturo y Heliodoro Angel Echeverri procedieron a averiguar por su paradero, con el fin de acordar con ella la manera de dividir el precio de la casa ya tantas veces mencionada entre las dos legatarias, o de comprarle, para la señora Zilia Núñez de Soto, su derecho de nuda propiedad. Para tal efecto el doctor Arturo Angel Echeverri escribió al doctor Abel Botero, entonces Encargado de Negocios en Francia, pidiéndole el favor de buscar a la señorita María Teresa Gauley. El 13 de mayo de 1947 el doctor Abel Botero contestó al Dr. Arturo Angel Echeverri que se había entrevistado con la señorita Gauley, quien le había manifestado que su abogado se pondría en comunicación con el doctor Camilo de Brigard Silva para que éste a su vez actuara como su apoderado en Bogotá, para todo lo relacionado con la sucesión de la señora María Arango de Jaramillo. La respuesta del doctor Abel Botero fue conocida por el doctor Hernando Llaña Vezga, a quien se la mostraron los doctores Arturo y Heliodoro Angel Echeverri, quienes así lo expresan bajo juramento en las declaraciones que se acompañan al presente memorial. Posteriormente, estando el doctor Abel Botero de paso por Bogotá cuando viajaba a hacerse cargo de la Legación de Colombia en Bolivia, manifestó a los Dres. Arturo y Heliodoro Angel Echeverri, en la oficina de éstos y en presencia del Dr. Llaña Vezga, que había visto en París a la Srita. Gauley, quien en

ese entonces trabajaba en la Opera de esa ciudad, y les confirmó las informaciones ya consignadas en su carta del 13 de mayo de 1947. Más tarde el doctor Camilo de Brigard Silva presentó ante el Sr. Juez 1º del Circuito de esta ciudad el poder que la señorita Gauley le había conferido ante el Cónsul de Colombia en París para que la representara en el juicio de sucesión de la señora María Arango de Jaramillo, circunstancia ésta que también fue conocida por el doctor Hernando Llaña Vezga.

"5º—El doctor Hernando Llaña Vezga como colaborador de los doctores Angel Echeverri y como apoderado de la señora Zilia Núñez de Soto en el juicio de sucesión de la señora María Arango de Jaramillo, tuvo amplio acceso al archivo de la oficina de dichos abogados y pleno conocimiento de todos los documentos e incidentes relacionados tanto con el citado juicio de sucesión como con la expropiación hecha por el Municipio de la casa legada a las señoras Zilia Núñez de Soto y María Teresa Gauley y como consecuencia estaba plenamente enterado de la existencia de la señorita Gauley y del hecho de que ésta residía en París.

"6º—Después de haberse retirado el doctor Llaña Vezga de la oficina de los doctores Angel Echeverri, denunció como bien mostrenco ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, en demanda presentada el día 10 de febrero de 1948, la suma de $ 39.076.32, que se hallaba depositada en el Banco de la República a órdenes del señor Juez 3º del Circuito y que correspondía al precio pagado por el Municipio de Bogotá por la casa legada a las señoras Zilia Núñez de Soto y María Teresa Gualey por la señora María Arango de Jaramillo. El doctor Hernando Llaña Vezga alegó como fundamendto de su demanda que la nuda propietaria señorita María Teresa Gualey no existía.

"7º — La señorita María Teresa Gauley confirió poder a los doctores Camilo de Brigard Silva y Carlos Urrutia Holguín, para que la representaran en el juicio iniciado por el doctor Hernando Llaña Vezga y éstos presentaron dicho poder oportunamente ante el señor Juez Primero Civil del Circuito, a pesar de lo cual el doctor Llaña Vezga lejos de desistir de su demanda, que a todas luces es temeraria, ha tratado de desconocer el carácter de apoderados legalmente constituídos de los doctores Camilo de Brigard Silva y Carlos Urrutia Holguín.

"De todo lo anteriormente relatado se deduce en concepto nuestro que el Dr. Hernando Llaña Vezga ha abusado de conocimientos adquiridos en su doble carácter de apoderado de la señora Zilia Núñez de Soto y de socio de los doctores Arturo y Heliodoro Angel Echeverri, siendo evidente que no podía hacer uso de esos conocimientos en provecho propio, por impedírselo los más elementales preceptos de la reserva profesional.

"Por otra parte, tenemos el convencimiento de que el Dr. Hernando Llaña Vezga estaba plenamente informado e íntimamente convencido de la existencia de la señorita María Teresa Gauley, ya que conocía la carta y las informaciones verbales del doctor Abel Botero, como lo prueban las declaraciones juradas de los doctores Arturo y Heliodoro Angel Echeverri que adjuntamos al presente memorial. A pesar de esta circunstancia el doctor Llaña Vezga al denunciar como bien mostrenco el valor del legado hecho de que la nuda propietaria no existía o había resa Gaulay, alegó como causal para tal denuncia el hecho de que la nuda propietaria no existía o había desaparecido. En concepto nuestro esta actitud no es sólo temeraria sino contraria a la moral profesional y como tal resalta claramente".

Jurada por sus autores la queja antes transcrita, el Tribunal de Bogotá inició la investigación correspondiente, mediante la práctica de algunas pruebas pedidas por los querellantes, entre otras la ratificación de sendas declaraciones rendidas extrajuicio por los doctores Heliodoro y Arturo Angel Echeverri.

Pasado algún tiempo, citóse al juicio al acusado doctor Hernando Llaña Vezga, para que concurriera a su defensa; después de lo cual se abrió el negocio a pruebas, se practicaron determinadas diligencias y se oyó el concepto de los interesados, incluso el del señor Agente del Ministerio Público.

Finalmente, el Tribunal falló el asunto por sentencia de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, en cuya parte resolutiva dispuso:

"Impónese al doctor Hernando Llaña Vezga, abogado titulado e inscrito, mayor y vecino de Bogotá, una multa de CINCUENTA PESOS que pagará dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en la Administración de Hacienda Nacional, y a la suspensión del ejercicio profesional por un término de diez días".

Las razones de esta decisión las expuso el Tribunal en los siguientes términos:

"Si la diligencia de inspección ocular que obra al folio 96 demuestra que la señora Zilia Núñez de Soto constituyó un poder a favor de los doctores Hernando Llaña Vezga y Heliodoro Angel Echeverri, presentado el 3 de marzo de 1945, y que el doctor Llaña Vezga a nombre de la señora de Soto presentó un memorial el 12 de marzo de 1946, resulta inexacta la negación del doctor Llaña Vezga en la transcripción hecha.

"De estas pruebas también resulta que el doctor

Llaña Vezga tuvo conocimiento que a la señorita María Teresa Gauley se le había dejado la nuda propiedad de la finca; y supo igualmente en la oficina de los señores abogados Angel Echeverri, tanto de la existencia de la legataria, como de que la señorita Gauley se determinó a nombrar un apoderado para que la representara en Colombia. Los testigos mencionados expresamente dicen que el doctor Llaña Vezga conoció la carta de la Embajada en París de fecha 13 de mayo de 1947, que obra al folio 7 de este cuaderno, y que el doctor Abel Botero de tránsito en esta ciudad, personalmente habló en la oficina de los mencionados abogados y en presencia del doctor Llaña Vezga de la existencia de la señorita Gauley.

"El doctor Llaña Vezga igualmente estaba enterado de que la señorita Zilia Núñez de Soto, de quien fue apoderado, pensaba arreglar con la señorita Gauley lo relativo al legado del usufructo y nuda propiedad, y del pensamiento de dicha señora de comprarle a la señorita Gauley su derecho en la nuda propiedad. Igualmente según lo dice el testigo Angel Echeverri, tanto él como el acusado concurrieron a la Personería Municipal para hablar sobre la expropiación de la propiedad de la carrera 7ª, y sin embargo de ser esto así, presentó una demanda para que se declarara mostrenco el dinero producido de la expropiación y no solamente expresó en la demanda que la señorita Gauley había abandonado sus bienes, sino que cuando se presentó el doctor Urrutia Holguín al juicio de mostrencos, no aceptó la existencia de la señorita Gauley, sino que como lo dice en su alegato, quiso demostrar que ella no existía y que el poder "era producto de la trinca armada contra él (mi denunciante Holguín), el señor de Brigard Silva..., los señores Alberto y Eduardo Zuleta Angel, en ese momento de la confección del poder de la supuesta Gauley a Urrutia Holguín...".

"De aquí resulta que el doctor Llaña Vezga infringió las leyes de la delicadeza profesional, porque se aprovechó de datos que recogía en la oficina de los señores Angel Echeverri, para impedir la ejecución del contrato que pensaban proponer los señores Angel Echeverri al apodedaro de la señorita Gauley, sino también que habiendo conocido con anterioridad la existencia de ésta, y el poder que habían recibido los doctores Camilo de Brigard y Urrutia Holguín, persistió en la idea de adquirir parte de la suma que reemplazaba el legado que les había dejado la causante, tanto a la señorita Zilia Núñez de Soto como a la expresada María Teresa Gauley.

"En vista de estas circunstancias, para el Tribunal existe el convencimiento de infracciones no graves, pero sí leves, al honor y delicadeza profesionales que determina la aplicación de una sanción, de conformidad con lo previsto en el artículo 8º de la Ley 69 de 1945..."

De la expresada sentencia apeló el acusado doctor Llaña Vezga, y por tal motivo vino el asunto a esta Sala de la Corte, donde ya se le ha dado la tramitación correspondiente, dentro de la cual alegaron el señor Procurador Delegado en lo Civil y el propio acusado.

Se considera:

De acuerdo con los preceptos de la ley 69 de 1945, las faltas en el ejercicio de la profesión de abogado se investigan o esclarecen en juicio sumario, *con audiencia del acusado*. Lo cual quiere decir que a éste debe citársele desde el primer momento, a fin de que toda la actuación se adelante con audiencia suya.

Es de anotar, sin embargo, que en este caso sólo se llamó a juicio al doctor Llaña Vezga por auto de 24 de enero de 1951, cuando ya estaban practicadas muchas de las pruebas pedidas por los querellantes, entre otras las declaraciones de los doctores Heliodoro y Arturo Angel Echeverri, en las cuales se fundó en mucha parte la sentencia recurrida.

También es de observar que a estas declaraciones de los doctores Angel Echeverri no se les podía dar el valor que les dio el Tribunal, en primer lugar porque ellas se produjeron dentro de una etapa no controvertida del juicio, o sea sin audiencia del acusado, y en segundo término porque uno de los hechos denunciados por los querellantes consistió en que Llaña Vesga había abusado de conocimientos adquiridos en su doble carácter de apoderado de la señora Núñez de Soto y de *socio de los doctores Arturo y Heliodoro Angel Echeverri.*

Pero si han sido necesarias las anteriores advertencias, la Corte estima que lo fundamental en este asunto es la cuestión que trata con acierto en su alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil, relacionada con el ningún interés de los querellantes Carlos Urrutia Holguín y Enrique Soto Núñez para adelantar este juicio contra el doctor Llaña Vezga.

Dice así el señor Procurador Delegado, después de expresar que la ley 69 de 1945 no confunde para estos casos la acción de oficio con la que se promueve a virtud de queja de parte interesada:

'A la luz de las anteriores consideraciones, es fácil deducir que los actores en este juicio no son "parte interesada". Lo indelicado o lo inmoral que se atribuye al doctor Llaña Vezga... es la promoción del juicio de declaratoria de mostrenca respecto de una suma de dinero proveniente de un juicio expropiatorio, sabiendo él que sus dueñas existían y aprove-

chándose de informaciones que consiguió ilícitamente en la oficina de abogacía en que él trabajaba con otros. Parte interesada para intentar la sanción por esos hechos serían, a no dudarlo, las señoras de Soto y Gauley porque la suma representativa de la indemnización expropiatoria a ellas correspondía y porque con respecto a esa suma afírmase que fueron consumados por el doctor Llaña Vezga los hechos en tela de juicio. Nadie más que ellas hubieran podido quejarse ante el Tribunal por tal motivo, valiéndose de apoderados con ese fin. El doctor Soto Núñez no exhibe ningún poder en el proceso. El doctor Urrutia Holguín prueba que fue apoderado sustituto de la señorita Teresa Gauley en el juicio sucesorio de la señora Arango de Jaramillo, en el que aquélla fue reconocida legataria de la nuda propiedad de la finca expropiada por el Municipio de Bogotá. Pero ese poder fue especial y no general (C. 1º, fl. 37). El mandato del doctor Urrutia Holguín tenía objeto preciso e inconfundible (artículo 255 del C. J.), más allá del cual no podía actuar. Cuanto sobre el particular expone el señor magistrado disidente, doctor Carrasquilla, es jurídico y completo. Por eso adhiero sin reservas a sus juiciosas consideraciones sobre tal punto.... Por otra parte, no debe perderse de vista que la administración de la prueba de poderes aquí es inconducente, porque los demandantes comparecieron en su propio nombre y no como gestores o apoderados de otro".

Con la salvedad de que el poder a que se alude en la transcripción precedente fue tomado del juicio sobre bienes mostrencos seguido ante el Juzgado 1º Civil de este Circuito, y de que el doctor Urrutia Holguín no figura como apoderado de la señorita María Teresa Gauley en el juicio sucesorio de la señora María Arango de Jaramillo (fls. 96 y 97 del cuaderno número 1), la Corte está en un todo de acuerdo con las apreciaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil, por cuanto corresponden a la verdadera realidad procesal.

De esta suerte, como los querellantes Carlos Urrutia Holguín y Enrique Soto Núñez no han legitimado su propio interés para promover esta acción, a juicio de la Corte resulta innecesario entrar al estudio de fondo de las cuestiones planteadas por ellos, puesto que la ley 69 de 1945 no ha consagrado para estos casos una acción popular.

Finalmente, no sobra agregar que aunque esta ley no es lo suficientemente explícita, sí subordina la imposición de las sanciones previstas en en sus artículos 8º y 9º, cuando se trata de queja o querella de parte, a la demostración o legitimación del interés que ha de asistirle como base de su acción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada en este negocio y en su lugar resuelve:

No es el caso de imponer al doctor Hernando Llaña Vezga las sanciones demandadas por los abogados Carlos Urrutia Holguín y Enrique Soto Núñez, en atención a que éstos ni siquiera han demostrado el interés que les asista para su demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada — Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry — Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Proposición aprobada unánimemente por la Corte Suprema de Justicia. — Texto de la resolución aprobada con ocasión del fallecimiento del doctor Rafael Gómez Hurtado 1

Objeciones a un proyecto de ley.—Requisitos para que pueda decretarse un auxilio por el Congreso—Se declara inexequible el proyecto de ley (1948), "por la cual la Nación coadyuva a la formación del Barrio Obrero 'Jorge Eliécer Gaitán' en la ciudad de Girardot".—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 2

SALA DE CASACION CIVIL

No es indispensable que la escritura que contiene el reconocimiento de un hijo natural esté especialmente destinada a ese fin—Técnica de casación. — En el juicio ordinario que Rita Patiño Cifuentes, como representante legal de Tiberio y Santos Patiño, siguió contra José Joaquín Muñoz, sobre declaración de pertenencia de unos inmuebles y sobre nulidad del juicio de sucesión de Manuel Antonio o Apolinar Muñoz; y, en demanda de reconvención, por Muñoz contra aquéllos, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez.... 6

Acción de filiación natural—La falta de condena penal por rapto, no hace imposible la prueba de éste ante el Juez civil y para los efectos de la declaración de paternidad natural.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Popayán confirmó la del Juzgado 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, proferida en el juicio ordinario de María Dolores Cabrera Illera, como representante legal de Hilda Cristina y Reinaldo del mismo apellido, contra Carlos Ignacio Muñoz Ayerbe; sentencia por la cual se declaró que el demandado es el padre natural de los mencionados menores.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo..... 20

El rechazo de una prueba por ser inconducente, no equivale a una declaración de nulidad.—Cuándo puede la Corte en casación variar la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas del juicio.—En tratándose de adjudicación de baldíos, lo que debe registrarse es la resolución ministerial.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario que, sobre reivindicación, siguió Moisés Restrepo contra Jesús Antonio Macías. — Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 32

Cuando se trata de lograr la declaración de paternidad natural por haber existido relaciones sexuales estables entre la madre y el presunto padre, la prueba debe referirse a hechos ocurridos en el término en que naturalmente pudo tener lugar la concepción del hijo.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ordinario intentado por Clara Vargas, como representante legal de Gabriel y Susana Vargas, contra Hilario Gumercindo Tovar y otros, como herederos de Fructuoso Tovar Iriarte, sobre declaración de filiación natural de los expresados menores respecto del mencionado Tovar Iriarte y sobre petición de herencia—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 42

Nada impide que el testador inquiera de terceras personas consejos acerca de la mejor manera de ajustar sus disposiciones a la ley.—En el juicio ordinario que Jesús M. Cifuentes, en su condición de heredero de María Antonia Cifuentes, siguió contra Cla-

Págs.

ra Rosa Cifuentes y otros, sobre nulidad del testamento de la mencionada María Antonia Cifuentes, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, favorable a los demandados.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 47

Los fallos proferidos en juicios sobre prescripción adquisitiva producen un efecto general.—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio seguido por la Iglesia Parroquial de Chaparral contra Benjamín Criollo M., sobre reivindicación de un lote ubicado dentro de la finca de Madroñal; revoca la de primera instancia del Juez del Circuito Civil de Chaparral y absuelve al demandado de los cargos que le fueron propuestos. — Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 56

El error de hecho en la interpretación de la demanda.—Para que prospere el recurso de casación por error de hecho en la apreciación de pruebas, este error debe ser manifiesto.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Pablo Emilio Escobar R. siguió contra Alejo Nicolás Moreno, sobre cumplimiento de un contrato de promesa de otro de compraventa.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 63

Sanción por no devolver oportunamente el expediente—Casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio ordinario seguido por Luis Enrique Alvarez o Alvis contra Graciela Mesa, en representación de la sucesión ilíquida de Tobías Alvis Bonilla, sobre filiación natural y petición de herencia.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 68

Acción reivindicatoria.—En el juicio ordinario de Luis A. Rozo contra Venancio Durán, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar confirma la de primera instancia, del Juez Civil del Circuito de Girardot, que decretó la reivindicación pedida—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 72

Págs.

La parte resolutiva de una sentencia puede utilizarse como prueba en juicio distinto de aquel en el cual se profirió, pero no tiene en éste, si es contra terceros, valor de cosa juzgada.—En el juicio ordinario que la sociedad "Whelpley López & Co.", de Barranquilla, siguió contra Miguel Bustamante H. y otro, sobre indemnización de unos perjuicios, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, favorable a los demandados.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 75

La carencia de acción no es una excepción.— No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario seguido por Eduardo Cardona Granada y otro, contra María C. Castaño de Gallego, sobre reivindicación. — Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique..... 81

Acción de rescisión de un contrato. — En el juicio ordinario de Víctor Julio Aldana contra Angel María Rojas, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, favorable al demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 85

Acción de filiación natural. — No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario que Carmen Emilia Chacón, como representante legal de Arnulfo Chacón, siguió contra el Municipio de Cali, en su condición de heredero de David Billig.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 89

Cuando el objeto del contrato de compraventa no es un derecho en un indiviso, sino una superficie determinada de un fundo, la entrega sólo puede realizarse mediante la individualización. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario que, sobre obligación de la vendedora de entregar a los compradores la totalidad del terreno vendido, siguieron Mora Hermanos & Cía. contra Paulina Uribe de Mejía.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 94

Págs.

Acción de filiación natural.—Requisitos para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural con fundamento en la causal de existencia de relaciones sexuales estables entre los presuntos padres.—No es materia de la causal 6ª de casación lo relacionado con la personería sustantiva. — En el juicio ordinario que, sobre filiación natural y otros objetos, Ana María Piedrahita Londoño, en su condición de representante legal de Hernando de Jesús y José Absalón Piedrahita, siguió contra Jesús Vargas, como heredero de Manuel de Jesús Vargas, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas. 105

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Enrique Cuervo A. 114

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña 120

En qué consiste el error común.—El artículo 252 del Código Político y Municipal no se refiere a la prueba de la posesión del empleado, sino al acto mismo.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario de Reinaldo Coronado contra Cecilio Holguín y otros, sobre nulidad del testamento de Pío Claudio Valenzuela. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 121

Acción resolutoria de un contrato de compraventa.—Interpretación del artículo 22 de la Ley 46 de 1923.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio que, sobre el objeto expresado, siguió María Arias vda. de Molina contra Avelino Muñoz. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 126

El error de hecho como causal de casación.—Cuándo puede prosperar este recurso por haber incurrido el Tribunal en errónea apreciación de indicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario que, sobre nulidad de un contrato de compraventa, siguió Luis Muñoz Vieira contra Elena y Luis Vélez. Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 131

Deslinde de predios.—El plano de una finca que presenta su dueño, no puede ser considerado como prueba que obliga a la contraparte ni al juzgador en un juicio de deslinde.—En el juicio ordinario que Roberto Pinto Valderrama y otros siguieron contra Bárbara Arango vda. de Ortiz y otra, sobre oposición al deslinde que judicialmente se efectuó entre los predios de Santíbar y Antioquia, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 136

Casación por errónea apreciación de pruebas. En este caso deben señalarse concretamente las que fueron mal apreciadas o que dejó de apreciar el Tribunal.—Interpretación de las demandas. — Cuando el fallo recurrido condenó en más o en menos de lo demandado, pero esto ocurrió como consecuencia de errores en la interpretación de la demanda, la causal procedente es la primera, y no la segunda.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario de Hernando Llaña Vesga contra Alfonso Caicedo, sobre obligación por parte del demandado de pagar al actor varias cantidades de dinero por concepto de arrendamiento de un inmueble.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 151

Durante el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición, no pueden proponerse nuevas objeciones contra este trabajo.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la del Juez del Circuito de Palmira que desechó las objeciones propuestas por Agustín Barona Pinillos contra la partición de los bienes en el juicio sucesorio de Rafaela Pinillos vda. de Pérez. Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 161

Acción reivindicatoria. — Curaduría legítima.- Esta representación no puede ejercerse sin el correspondiente discernimiento.—En el jui-

Págs.

cio ordinario promovido por Bernardino Cardoso B. contra Valerio Oliveros, no casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique..... 166

El acreedor hipotecario puede demandar únicamente a quien posea la finca gravada.— Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario de Magdalena Angel de Velásquez contra Manuel Angel.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique..... 172

Acción reivindicatoria—Casación por errónea apreciación de pruebas.—En el juicio ordinario seguido por Luis Arturo Angel contra Juan Antonio Cortés no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 178

Acción reivindicatoria.—No es causal de nulidad el que en un juicio actúe una persona que no es abogado titulado e inscrito.— No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por la sociedad "Hacienda de Perodías, Ltda." contra Enrique Caicedo. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 182

Acción de filiación natural.—El cesionario de derechos hereditarios no tiene el carácter de causahabiente respecto del de cujus.— Cuándo es procedente en casación el examen de pruebas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio que varios siguieron contra María Barrero Castillo, para que se les declarara hijos naturales del difunto Luis Antonio Barrero, y sobre petición de herencia. —Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 191

SALA DE CASACION PENAL

Delito de intervención en política.—Se condena al doctor Antonio Ordóñez Ceballos a las penas de un mes de arresto, interdicción del ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo y cien pesos de multa, y se suspende condicionalmente la de arresto e interdicción de funciones públicas; como responsable del delito de abuso de autoridad, consistente en intervención en política, en su condición de Contralor General de la República.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 196

La absolución de los autores principales con posterioridad a la condena de los coautores constituye un indicio grave de la irresponsabilidad de éstos y un hecho nuevo para ordenar la revisión del proceso.—La Corte ordena la revisión del proceso que se siguió contra el Capitán Carlos Barberi y otros como responsables de delitos cometidos en su carácter de militares en servicio activo en Ibagué el 10 de julio y días siguientes de 1944. — Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno 204

Para que la riña pueda configurar circunstancia modificadora, es necesario que el Jurado reconozca clara e inequívocamente también el hecho de la imprevisión y el de la gravedad e injusticia de la provocación. En el proceso contra Gabriel Herrera por el delito de homicidio, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil.— Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno. 208

La unidad procesal resultante de la conexión formal de procedimientos penales mantiene su fuerza en la aplicación de la pena en cuanto que ésta se aplica a los delitos en su conjunto, de modo que lo que se sanciona es la suma de una actividad delincuencial.— Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el proceso contra Alfonso Neira Medina como responsable de tres delitos (acumulados) de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno..... 211

Delito militar.—Dirime la Corte la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 2º Superior de Cali y el Comandante del Batallón mixto número 3 "Codazzi" con residencia en Palmira, acerca del conocimiento de un proceso contra Guillermo González

Págs.

Archila.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 214

Delito de lesiones personales. — Riña imprevista.—Coparticipación criminosa.—La Corte casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Isidro y Roberto Romero como responsables del delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno..... 216

Delito de falsedad.—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en favor del doctor Roque Uribe Rangel, por cargos de falsedad como Juez Promiscuo del Circuito de Agua de Dios. — Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 219

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción ordinaria de pertenencia de unas minas de metales preciosos ubicadas en el cauce y las márgenes de un río.—La Corte confirma parcialmente las sentencias que el Tribunal Superior de Medellín profirió en los juicios (acumulados en la segunda instancia) promovidos por la "Compañía Explotadora del Nechí" y la "Nichi Valley Gold Mining Company" contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez... 221

No se accede a aclarar la sentencia anterior. La Corte no accede a la solicitud formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, para que se aclare la sentencia de que da cuenta el aparte inmediatamente anterior de este Indice, en lo que se relaciona con los fundamentos de la decisión a que allí se llegó con referencia a las minas Santa Paula números 1, 2 y 3.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 233

Cuándo es posible en juicio la agencia oficiosa.—En el juicio ordinario de Pastor López y otra contra el Departamento del Valle, se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Cali negó la práctica de unas pruebas. — Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 235

Págs.

No está sujeta a consulta la providencia que se profiera en el incidente regulado por el artículo 553 del Código Judicial.—La Corte declara que carece de jurisdicción para revisar, por vía de consulta, la providencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín fijó la indemnización que, por concepto de perjuicios materiales, debe pagar la Nación a María Elena Chaverra López y otros, en cumplimiento de lo dispuesto por anterior sentencia de la Corte.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 238

Salvamento de voto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada 240

La representación oficiosa es improcedente respecto de entidades de derecho público.— Se resuelve que no es el caso de dar curso a la demanda sobre petróleos que el doctor Diego Llinás Pimienta presentó en su calidad de agente oficioso del Municipio de Repelón—Auto proferido por el Magistrado doctor Luis Rafael Robles, en su condición de sustanciador 241

Se mantiene el auto que precede.—Es improcedente la agencia oficiosa en tratándose de la Nación, un Departamento o un Municipio. — En virtud de recurso de súplica interpuesto por el doctor Llinás Pimienta, la Sala mantiene el auto de que da cuenta el aparte inmediatamente precedente de este Indice.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez 242

Condenación en costas. — Su liquiración.—El Juez no puede decretar de oficio el nombramiento de peritos, en caso de liquidación de costas.—La Sala revoca la providencia por la cual el Magistrado doctor Agustín Gómez Prada designó de oficio los peritos que deban realizar la estimación de las costas en el incidente de excepciones dilatorias propuesto por el Procurador Delegado en lo Civil en el juicio ordinario de The Dorada Railway Company contra la Nación y los Departamentos del Tolima, Huila y Caldas.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 245

Acción de indemnización de perjuicios por pérdida de unas mercancías confiadas para su transporte. — El hecho de que el dueño de ellas haya contratado el aseguro con una compañía, no releva de responsabilidad al transportador cuando la pérdida se debió a hecho o culpa suyos.—Confirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por la "Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato" contra los Ferrocarriles Nacionales. — Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez 248

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles 257

Quien formula querella para que se imponga sanción a un abogado por faltas contra la moral profesional, debe acreditar su interés para actuar, porque la ley no ha consagrado en estos casos una acción popular.—Se revoca la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio contra el abogado doctor Hernando Llaña Vezga. Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 260

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA» CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 14-325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXV - BOGOTA, COLOMBIA. JUNIO DE 1953 - NUMERO 2130

SALA DE CASACION CIVIL

LA POSESION MATERIAL DE UN INMUEBLE NO PUEDE CONFUNDIRSE CON SU USUFRUCTO.—CUANDO LA SENTENCIA NO ESTA EN CONSONANCIA CON LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS EN LA DEMANDA PORQUE EL TRIBUNAL INCURRIO EN ERROR DE HECHO EN SU INTERPRETACION, NO ES PROCEDENTE INVOCAR LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION, SINO LA PRIMERA

1. — El recurrente confunde la posesión material con el usufructo del inmueble, pues en forma insistente habla de nuda propiedad por la circunstancia de no gozar de la posesión material los demandantes, cuando es algo elemental que la nuda propiedad no existe sino cuando el titular del dominio no es dueño del derecho de usufructo, el cual pertenece, por título legalmente otorgado, a otra persona. La pérdida de la posesión o la circunstancia de no haberla tenido nunca, no significa que el propietario carezca del derecho a ejercerla. La circunstancia de que un tercero detente la posesión material e impida su disfrute al dueño, no afecta para nada el derecho de éste al dominio pleno.

2.—Cuando se acusa en casación por violación indirecta de un precepto legal, el recurrente debe expresar cuáles fueron las pruebas respecto de las cuales ocurrieron los errores de hecho manifiestos o de derecho, determinantes de aquella violación, o que en la interpretación de la demanda incurrió el Tribunal en error de hecho.

3.—La Corte tiene consagrado, en numerosas sentencias, que el motivo segundo de casación de que trata el artículo 520 del C. J., se refiere únicamente al concepto formal de desarmonía entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia. Cuando no hay correspondencia entre uno y otro extremo, se rompen los principios establecidos en el artículo 471 del C. Judicial; en tal caso carecen de importancia y están fuera de lugar las consideraciones sobre violación de normas sustantivas.

Por otra parte, la incongruencia como motivo de casación, no se refiere a las contradicciones o desacuerdos que puedan presentarse entre las motivaciones del fallo y su parte resolutiva. La disconformidad por este aspecto está fuera de lugar en la causal segunda, procedente tan sólo cuando se decide sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja de resolver sobre todos o algunos de los propuestos, o se condena a más de lo pedido, o se omite fallar sobre alguna excepción perentoria siendo el caso de pronunciarse al respecto.

Si el Tribunal ha creído erróneamente que del libelo de demanda podía deducirse alguna decisión no impetrada, entonces se tra-

ta de una desarmonía de fondo y no puramente formal, entre las peticiones y las conclusiones de la sentencia. En tal hipótesis, la Corte no puede modificar el fallo del Tribunal sino cuando el recurrente alegue y demuestre que el concepto expresa o tácitamente contenido en la sentencia, y que varía el sentido y alcance de las peticiones o de la acción instaurada, constituye un error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda, a consecuencia del cual se violan indirectamente determinadas normas sustantivas. Es decir, se trata de cuestión que ha de plantearse dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil A. — Bogotá, junio cinco (5) de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez).

Ante el Juez Civil del Circuito de Ramiriquí y por medio de apoderado, Camilo Muñoz y Abel Espinosa Cuervo demandaron a Luis Carlos Ayala y a Rogelio Russi para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que se declare en la sentencia que ha de poner término al juicio, que mis poderdantes los señores Camilo Muñoz y Abel Espinosa Cuervo, en su condición de subrogatarios de la señora María Elena Forero de Gaona, directamente el primero, y de Fructuoso Ayala Hurtado el segundo, quien a su vez lo fue de la señora María Elena Forero de Gaona y ésta a su turno del señor Luis Carlos Ayala, **tienen el derecho preferencial o mejor derecho a la venta,** que la que el señor Luis Carlos Ayala hizo al doctor Rogelio Russi, del mismo terreno vendido con anterioridad a la señora María Elena Forero de Gaona; terreno ubicado en la vereda de Tapias, jurisdicción de Ciénaga, llamado San Antonio, que hace parte de la finca denominada Bolivia y se alindera así: ...—"Por haberse verificado la tradición legal del dominio del inmueble vendido en favor de la primitiva compradora señora María Elena Forero de Gaona y haberse verificado la inscripción del título el seis de junio de 1942 y haberse efectuado igualmente la inscripción del título traslaticio del dominio hecho a favor de Fructuoso Ayala Hurtado y de Camilo Muñoz con anterioridad a la inscripción del título contentivo de la venta hecha a favor del doctor Rogelio Russi, S. del mismo terreno. **Segunda.**—Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare sin valor ni efecto alguno ante la ley, el título contentivo del contrato de venta realizado entre el señor Luis Carlos Ayala y el doctor Rogelio Russi S., del terreno objeto de esta demanda y se ordene de consiguiente la cancelación de la respectiva inscripción en la oficina de Registro de este circuito. **Tercera.**—Que como consecuencia igualmente de lo anterior, se disponga que el vendedor señor Luis Carlos Ayala está en la obligación de reconocer a los señores Camilo Muñoz y Abel Espinosa Cuervo los frutos naturales y civiles del terreno vendido, desde la inscripción del título, regulados que sean por medio de peritos o estimados de conformidad con la ley, y a mantener en la posesión del lote de terreno vendido a la señora María Elena Forero de Gaona, a los subrogatarios de ésta que lo son los señores Camilo Muñoz y Abel Espinosa Cuervo, y **Cuarta.**—Que se condene a los demandados al pago de las costas del juicio y de los honorarios del abogado, caso de oponerse a la demanda".

Son hechos fundamentales de la demanda:—"1º Por escritura Nº 134 de 21 de mayo de 1942, pasada ante el señor Notario Primero de Ramiriquí, el señor Luis Carlos Ayala vendió a la señora María Elena Forero de Gaona el terreno objeto del derecho de preferencia o de mejor derecho. Título registrado el 6 de junio del mismo año (1942). 2º—Por escritura pública Nº 26 de 13 de enero de 1945, otorgada ante el Notario Segundo de Ramiriquí, la señora María Elena Forero de Gaona vendió a los señores Fructuoso Ayala Hurtado y Camilo Muñoz, el mismo terreno comprado al señor Luis Carlos Ayala. Título que fue registrado en la oficina de Ramiriquí el 16 de enero del mismo año (1945). 3º—Por escritura Nº 251 de 16 de abril de 1947, el señor Fructuoso Ayala Hurtado, vendió al señor Abel Espinosa Cuervo, la parte del terreno comprada a la señora María Elena Forero de Gaona. Título que fue registrado en la oficina de Ramiriquí el 17 de mayo del mismo (1947). 4º—Por escritura Nº 144 de 20 de marzo de 1945, el señor Luis Carlos Ayala, vendió al doctor Rogelio Russi S., el mismo terreno vendido a la señora María Elena Forero de Gaona. Título éste que fue registrado el 23 de abril de 1945. 5º—Que habiéndose comprometido la com-

pradora señora María Elena Forero de Gaona a efectuar el pago del terreno, al señor Luis Carlos Ayala, pagando, según se estipula en la escritura de venta: mil pesos moneda legal en dinero efectivo y dos mil pesos moneda legal, consignándolos por cuenta del vendedor en el Banco Agrícola Hipotecario en la sucursal de Tunja, dentro del plazo que se señala en el Título de venta, tal compromiso se cumplió de parte de la compradora, efectuando el pago los señores Fructuoso Ayala y Camilo Muñoz, tanto del capital de los dos mil pesos como de los intereses correspondientes, por partes iguales, según aparece de la constancia expedida por el señor Notario Segundo principal de Tunja, que se halla marcada con el número 631 de 30 de abril de 1946, en donde aparece verifica la cancelación de la hipoteca y extinguida totalmente la obligación, contraída por el señor Luis Carlos Ayala. 6º—Que la compradora señora María Elena Forero de Gaona, tomó posesión del terreno comprado por algún tiempo, desde luego que por conducto de su esposo y de algunos trabajadores, estuvo ejercitando algunas obras de las que dá derecho el dominio tales como pastorear animales, desmatonar el potrero, etc., y 7º—Que de los certificados del señor Registrador de Ramiriquí aparece que el título otorgado a favor de la señora María Elena Forero de Gaona y el otorgado a favor de los señores Camilo Muñoz y Abel Espinosa Cuervo, no han sido cancelados, por ninguno de los medios establecidos en la ley, es decir, se hallan en plena validez".

Agregó el demandante que el derecho "se deduce de la disposición que consagra el artículo 1873 del C. C., y sus relacionados, y en los artículos 205, 737 y siguientes del C. J., así como en las demás disposiciones que fueren aplicables".

Los demandados se abstuvieron de contestar la demanda. Y cumplidos que fueron los trámites de la instancia, el juez del conocimiento falló así:

"**Primero.**—Los señores Camilo Muñoz y Abel Espinosa Cuervo, conjuntamente, **tienen derecho preferencial al dominio pleno** del predio llamado "San Antonio", que hace parte de la finca Bolivia, situada en la Vereda de "Tapias" de la jurisdicción de Ciénaga, por los linderos determinados en la primera súplica de la demanda, con relación al comprador del mismo terreno doctor Rogelio Russi, por haberle sido hecha la tradición de ese inmueble, primeramente, a la señora María Elena Forero de Gaona, de quien los demandados (sic) derivaron sus derechos de dominio en dicha finca, por los modos y títulos que se indican en la parte motiva de esta sentencia. **Segundo.**—Niéganse las súplicas segunda y tercera de la demanda, y en consecuencia se absuelve a los demandados doctor Rogelio Russi y señor Luis Carlos Ayala, de los cargos contenidos en ellas. **Tercero.** — Condénase en costas al demandado Ayala, pero únicamente en la parte que a él corresponde".

Ambas partes apelaron.

SENTENCIA RECURRIDA

En sentencia fechada el 14 de diciembre de 1950, el Tribunal Superior de Tunja reformó el fallo de primer grado "en el sentido de revocar el numeral 3º de la parte resolutiva". En todo lo demás confirmó lo resuelto por el juez **a quo**, y no hizo condenación alguna en costas.

EL RECURSO

Contra el fallo del Tribunal ha interpuesto recurso de casación la parte demandada, invocando las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J.

Los dos cargos que la demanda de casación contiene, se resumen y estudian por separado.

Primer cargo.—"Comparadas la parte petitoria de la demanda y la sentencia dictada por el Tribunal, se observa que lo demandado fue LA PREFERENCIA A UNA VENTA y lo sentenciado fue el reconocimiento al DOMINIO PLENO DE UN INMUEBLE. Sostengo que el Tribunal quebrantó el artículo 669 del C. C., toda vez que al reconocer derecho al dominio pleno del inmueble cuestionado, incurrió en error de derecho y en error de hecho, desde luego que estando como está reconocida en los autos la posesión material que el demandado doctor Rogelio Russi tiene en el referido terreno, desconoció o vulneró el texto de la referida disposición, en la cual se informa que la propiedad separada del goce de la cosa, se llama MERA O NUDA PROPIEDAD. En la misma sentencia acusada se dice textualmente: "Y contra la posesión que el doctor Russi S., ejerce sobre el inmueble nada se pide en este juicio. El doctor Russi S., seguirá ocupándolo hasta cuando sea vencido en juicio de DOMINIO (Subrayo), dentro del cual sí será procedente la petición de frutos".—Sin embargo de hacer tan ostensible observación, se reconoce en dicho fallo el derecho

al dominio pleno del inmueble, lo que es contradictorio, toda vez que careciendo el propietario del goce o uso de la cosa, o sea de la posesión material del inmueble, no tiene sino la nuda propiedad, como lo expresa de modo claro la citada disposición sustantiva. Considero que la sentencia recurrida quebranta de manera indirecta el artículo 945 del C. C., porque reconociendo como reconoce en favor de los querellantes el DERECHO AL DOMINIO PLENO del fundo transferido, no podrían hacer uso de la referida acción de dominio, ya que ésta solamente se otorga al dueño de una cosa singular de que no está en posesión, esto es, a quien apenas tiene la nuda propiedad porque el DOMINIO PLENO exige que el dueño esté en posesión de la cosa. Violó igualmente el Tribunal la ley sustantiva por apreciación errónea, al considerar la venta como sinónima del dominio, siendo así que la primera es un contrato según lo informa el artículo 1849 del C. C., y el segundo, o sea el dominio, es un derecho real como lo define expresamente el artículo 669 ibidem".

SE CONSIDERA:

En primer término, se observa que el recurrente confunde la posesión material con el usufructo del inmueble, pues en forma insistente habla de nuda propiedad por la circunstancia de no gozar de la posesión material los demandantes. Cuando es algo elemental que la nuda propiedad no existe sino cuando el titular del dominio no es dueño del derecho de usufructo, el cual pertenece, por título legalmente otorgado, a otra persona. La pérdida de la posesión o la circunstancia de no haberla tenido nunca, no significa que el propietario carezca del derecho a ejercerla. La circunstancia de que un tercero detente la posesión material e impida su disfrute al dueño, no afecta para nada el derecho de éste al dominio pleno.

En segundo lugar, la diferencia que acusa el recurrente entre la demanda y lo resolutivo de la sentencia, pone de manifiesto apenas una apreciación suya del libelo en desacuerdo con la del Tribunal, para quien la condena impuesta por el juzgado de primera instancia guarda conformidad con las peticiones formuladas en la demanda. En consecuencia, para que en casación pudiera revisarse el criterio del Tribunal, el recurrente ha debido acusar la sentencia por error de hecho en la interpretación de la demanda.

El mismo recurrente alega la violación indirecta del artículo 945 del C. C., pero no expresa cuáles fueron las pruebas respecto a las cuales ocurrieron los errores de hecho manifiesto o de derecho, determinantes de aquella violación. Tampoco alega en forma expresa y clara, como le correspondía hacerlo, que en la interpretación de la demanda hubiera incurrido el Tribunal en error de hecho.

Claro está que el contrato de venta no puede confundirse con el derecho de dominio. Aquél es uno de los títulos que la ley exige para adquirir el dominio, sumado al modo de la tradición material, si se trata de cosas muebles, o simbólica mediante el registro de la escritura pública, si de inmuebles. Pero como por ninguna parte aparece que el Tribunal hubiera incurrido en tal confusión, no existe la pretendida violación de los artículos 669 y 1849 del C. Civil.

El cargo, pues, no prospera.

SEGUNDO CARGO

En primer término, el recurrente transcribe los siguientes conceptos del Tribunal: "Si, como aparece evidente por los términos del poder, éste quedó limitado expresamente al ejercicio de la acción de PREFERENCIA, es innegable que las dos últimas acciones propuestas, como se dijo ya, lo fueron sin facultad de los poderdantes". "De lo cual resulta que la sentencia está subordinada a la demanda, o más claro: El ámbito de la sentencia lo fija la demanda. De aquí que, como lo expresa con tanta exactitud el profesor H. Morales M., "La demanda es la petición de la sentencia y ésta la resolución de aquélla". "Para los efectos de la declaración pedida en la primera súplica de la demanda, son innecesarios factores distintos del registro, de su fecha y del libro en que se hizo el asiento, porque la prevalencia tiene como fundamento la tradición del derecho, que se realiza por medio de la inscripción del título, debiendo preferirse al que hizo registrar el suyo primero, y en el caso de estudio la prioridad corresponde a los demandantes por el origen de las escrituras que los caracterizan como dueños; el registro de la 134 de 1942".

En seguida los comenta así: "Según se desprende de los anteriores conceptos, la acción promovida no es otra que la de PREFERENCIA DE QUE HABLA EL artículo 1873 del C. C. Pero el Tribunal, no acomodó su fallo a lo pedido, sino que resolvió sobre lo que no había sido materia

de la litis. Si el Tribunal sentenció sobre el derecho de dominio pleno reconocido a los demandantes, forzosamente tuvo que aplicar el precepto del artículo 946 del C. C., ya que no hay otra disposición sustantiva que pueda servirle de fundamento. Pero como el demandante sólo citó como fundamento de derecho el artículo 1873 del texto mencionado, lógico es concluír que se resolvió sobre lo que no era materia del juicio y por tal razón la sentencia es acusable por el motivo segundo del artículo 520 del C. J.".

Se considera:

La Corte tiene consagrado, en numerosas sentencias, que el motivo segundo de casación de que trata el artículo 520 del C. J., se refiere únicamente al concepto formal de desarmonía entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia. Cuando no hay correspondencia entre uno y otro extremo, se rompen los principios establecidos en el artículo 471 del C. Judicial; en tal caso carecen de importancia, y están fuéra de lugar, las consideraciones sobre violación de normas sustantivas.

Por otra parte, la incongruencia como motivo de casación, no se refiere a las contradicciones o desacuerdos que puedan presentarse entre las motivaciones del fallo y su parte resolutiva. La disconformidad por este aspecto está fuéra de lugar en la causal segunda, procedente tan sólo cuando se decide sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja de resolver sobre todos o algunos de los propuestos, o se condena a más de lo pedido, o se omite fallar sobre alguna excepción perentoria siendo el caso de pronunciarse al respecto.

Si el Tribunal ha creído erróneamente que del libelo de demanda podía deducirse alguna decisión no impetrada, entonces se trata de una desarmonía de fondo y no puramente formal, entre las peticiones y las conclusiones de la sentencia. En tal hipótesis, la Corte no puede modificar el fallo del Tribunal sino cuando el recurrente alegue y demuestre que el concepto expresa o tácitamente contenido en la sentencia, y que varía el sentido y alcance de las peticiones o de la acción instaurada, constituye un error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda, a consecuencia del cual se violan indirectamente determinadas normas sustantivas. Es decir, se trata de cuestión que ha de plantearse dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Se rechaza el cargo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja con fecha 14 de diciembre de 1950, en el juicio ordinario de Camilo Muñoz y otro contra Luis Carlos Ayala y otro.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

EN MATERIA DE CULPAS, NO PUEDE TENER LUGAR SINO LA VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA.— CUANDO PUEDE VARIARSE EN CASACION LO DECIDIDO EN INSTANCIA ACERCA DE LA CONCURRENCIA DE CULPAS

1.—En materia de culpa, la violación de normas sustantivas no puede ser sino consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal para calificarla, o de haber prescindido de su examen no obstante hallarse en los autos, legalmente practicadas. La noción genérica de culpa es susceptible de controversias en puro derecho, pero la calificación de si una determinada conducta fue o no culposa, es el resultado indispensable del estudio del conjunto probatorio que sobre ella se haya aportado al juicio.

2.—La graduación cuantitativa de la compensación de culpas cuando hay error de conducta en ambas partes, es cuestión privativa del juez, ya que la ley no señala tarifa ni proporción alguna al respecto. Y, como lo ha dicho la Corte, una decisión del sentenciador sobre el particular no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discute la culpa de ambas partes, y de otro no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas, como corresponde según sea éste de derecho o de hecho, el cual, en este último evento, debe aparecer de modo manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil A.— Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez).

Por medio de apoderado, Fructuoso y Benjamín López demandaron ante el Juez Primero Civil del circuito de Manizales a Mario Estrada, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"a)—Que el señor Mario Estrada en su condición de dueño de la farmacia que lleva su nombre, es responsable de los perjuicios materiales sufridos por mis mandantes por motivo del acto ejecutado por su empleado o administrador, señor Néstor Estrada y de que dan razón los hechos expositivos de esta demanda; b)—Que como consecuencia de la anterior declaratoria, el demandado sea obligado a pagar a mis mandantes, dentro del término fijado en la sentencia, las siguientes cantidades de dinero: a)—la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS ($ 3.400.00) valor en que estimo las diez y siete mulas que murieron a consecuencia de haber ingerido el tóxico de que antes se hizo mención; b)—la suma de TRESCIENTOS PESOS ($ 300.00) mensuales como producto líquido de dichas mulas a contar el día 20 del mes de mayo de 1944, fecha en la cual cesó el lucro de las mulas para mis mandantes. Esto hasta que el pago se verifique".

Los **hechos** principales en que se apoya la acción se copian textualmente: "1º—El día 13 de mayo del año de 1944 —sábado— mi mandante Fructuoso López quiso comprar en la farmacia del señor Mario Estrada una libra de arsenipur **que se le entregó como tal,** empacada en un cartucho el que a su vez fue envuelto en otro papel; 2º—La venta de la libra de arsenipur que mi mandante quiso comprar y que resultó ser arsénico, se la hizo el señor Néstor Estrada, quien es empleado o administrador de dicha farmacia, la que funciona en esta ciudad con el nombre de "MARIO ESTRADA"; 3º—El día 14 del mismo mes de mayo —domingo— en las horas de la mañana, el citado Fructuoso López emprendió viaje a la finca de que es dueño en común y proindiviso con mi otro mandante Benjamín López, finca que está situada en el paraje de "Letras", en el punto denominado "Mirasol", de la jurisdicción del Municipio de Marulanda, llevando consigo el producto que se le había vendido como arsenipur; 9º—Ya en la finca, Fructuoso López le dió a Eduardo Orjuela, —arriero al servicio de los actores—, "la orden de que sacara un poco de granza de maíz para ser puesto a las mulas en las canoas, junto con el arsenipur que López **creyó** haber comprado, lo que efectivamente hizo Or-

juela, después de haber recibido tal producto". 12. — Pocas horas después otro de los arrieros —Alfredo Gaitán—, desenjalmó un nuevo lote de mulas. "Fructuoso López les dió también a estos animales granza de maíz, mezclada con el mismo producto que se le había vendido y del cual se les había dado poco antes a las otras mulas, como queda dicho"; 19.—"Durante toda la noche del día 18 del referido mes de mayo y durante todas las horas de la mañana del día 19 del mismo mes, murieron diez y siete mulas (17) de las veintiuna (sic)" de que dan cuenta los hechos anteriores, "a consecuencia de haber ingerido el arsénico que mi mandante quiso comprar como arsenipur, no obstante los continuos esfuerzos que se hicieron para salvarles la vida a dichos animales, toda vez que sólo se aliviaron tres de las que habían comido la granza mezclada con el arsenipur y otra que no comió por no haber trabajado ese día, la que por lo tanto no fué purgada". 20—"El señor Mario Estrada era y es actualmente dueño de la farmacia en donde se vendió la droga que resultó ser un veneno, tal como consta en el registro sobre propiedad llevado en la Cámara de Comercio de esta ciudad; y la persona que vendió el arsénico por arsenipur fué el señor Néstor Estrada, empleado o administrador de dicha farmacia; 21.—"El señor Néstor Estrada expendedor de la droga de que antes se hizo mención, no estaba ni actualmente está acreditado como persona idónea para ejercer actividades tan delicadas como las que se refieren al ramo de farmacéutas, según consta del certificado que acompaño"; 22.—"La venta del arsénico y sus derivados, como la de cualquier otra droga tóxica por su naturaleza, está absolutamente prohibida por terminantes disposiciones legales"; 23.—"El señor Néstor Estrada expendedor del tóxico, obró con culpa, negligencia, ligereza, descuido e imprevisión, al venderle a mi mandante Fructuoso López un veneno, culpa, negligencia, ligereza, descuido e imprevisión que es agravada por la violación de las normas legales".

Los demás hechos constituyen una relación pormenorizada de la manera como los demandantes utilizaban las mulas, de la forma como se les dió a comer el arsénico y de las horas y días en que fueron muriendo a consecuencia del envenenamiento.

Como fundamentos de derecho se citan en el libelo los artículos 2341 a 2360 del C. C., y los artículos 205 y 734 y "siguientes" del C. J.

El demandado contestó a los hechos así:

"Al 1º—Lo que en este mal denominado hecho se expone no es otra cosa que la expresión de un deseo que se dice tuvo el señor Fructuoso López. Tanto a mi mandante como a mí nos es imposible llegar a conocer los actos exclusivamente mentales del señor López. Por lo tanto, lo niego. Al 2º—Aquí se insiste sobre el deseo de que se habla en el hecho anterior y que no llegó a ser acto concreto por voluntad EXPRESA del señor Fructuoso López. Por lo tanto niego el hecho en la forma en que ha sido expuesto. Al 3º—En este hecho se trata de un cuento que puede estar más o menos bien fantaseado, pero que ni tiene importancia para el asunto que se discute ni hay razón alguna para que mi mandante deba estar enterado de él. Por lo tanto, lo niego".

Con la misma respuesta que dió al 3º, se refirió a los hechos 4º a 19, inclusive.

A los hechos 20 y 21 respondió: "No es cierto en la forma en que está expuesto".

Respecto al 22, dijo: "Es falso que la venta de arsénico esté absolutamente prohibida".

En relación al hecho 23, contestó: "no es cierto".

Negó el derecho de los demandantes y se opuso a las declaraciones solicitadas. Finalmente, propuso las siguientes excepciones: **"Petición de modo indebido; carencia de acción; ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante; ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, y sustantiva de inepta demanda".**

El Juez del conocimiento falló el litigio así:

"1º—No están probadas las excepciones propuestas por el demandado. 2º—El señor Mario Estrada, en su condición de dueño de la farmacia que lleva su mismo nombre, es civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por los demandantes por el acto ejecutado por su empleado o administrador, señor Néstor Estrada, y de que se trata en este fallo. 3º—Como consecuencia de lo anterior, se condena al mismo Mario Estrada, a pagar a los actores, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de tres mil sesenta pesos ($ 3.060.00) moneda corriente, como valor de las diez y siete mulas muertas, y en concepto de indemnización de daños y perjuicios. 4º—No hay lugar a las demás declaraciones suplicadas. 5º—No se condena en costas".

SENTENCIA RECURRIDA

Del anterior proveído apeló el demandado. El Tribunal Superior de Manizales puso fin a las

instancias en sentencia del 12 de diciembre de 1950, por medio de la cual revocó lo dispuesto por el inferior y absolvió al demandado, sin hacer condenación en costas.

De la parte motiva del fallo se extractan los conceptos fundamentales:

"Visto el fundamento jurídico de la acción indemnizatoria que se ejercita en la demanda, obsérvase, desde luego, que el actor no expresó la calidad o categoría de la culpa que inputa y de la cual pretende hacer responsable al demandado, pues que se contentó con citar en globo, las disposiciones que contiene el Título 34, Libro 4º del Código Civil —artículos 2.341 a 2.360— sobre la **responsabilidad común por los delitos y las culpas**; más, por el contexto del libelo y la prueba de los hechos generadores **del derecho que se reclama, se viene en conocimiento**.... que el caso contemplado encaja en lo dispuesto por los artículos 2.349 y 2.352 que versan sobre la responsabilidad de las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ellas dependen, en relación con la norma general contenida en el artículo 2.356 del propio Código Civil....".

Con apoyo en la jurisprudencia de la Corte, el Tribunal analiza en seguida el alcance del artículo 2.356 en relación con las pruebas aducidas al juicio, para concluír: "se ha deducido una presunción de responsabilidad por culpa extracontractual contra las personas que se dedican a actividades que entrañan peligrosidad, que ampara a la víctima del daño, en términos de sentarse el principio doctrinario de que a ésta le es bastante demostrar el daño sufrido y su relación de causalidad con el perjuicio consiguiente, para echar la carga de la prueba que destruya la presunción, sobre el autor directo o indirecto del hecho dañoso, de donde surge la imputación por malicia o negligencia. Esa prueba no puede referirse, para que desaparezca la responsabilidad presunta del demandado, sino a la existencia de fuerza mayor o caso fortuito; a la intervención en el hecho de un elemento extraño, o culpa de la propia víctima".

Y a continuación dice que de lo dispuesto en el artículo 2357 del C. C. "fluye la teoría de la concurrencia o compensación de culpas, según la cual, y en vista de las circunstancias concretas que cada evento ofrezca, bien puede desaparecer total o parcialmente la responsabilidad culposa del demandado, en orden a la apreciación del daño ante la justicia".

Refiriéndose el sentenciador al sobreseimiento que el juzgado Segundo Penal del circuito de Manizales pronunció a favor del demandado en este juicio, por el mismo hecho que aquí se le imputa, dice:

"De manera que desaparecido el hecho dañoso como delito o culpa punible, conforme al Código Penal, contra el presunto autor directo de aquél, ...existe otra responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, por el daño causado por los animales y cosas inanimadas imputable a las personas de quienes dependen, siendo menester indagar si hubo actos u omisiones que comprometan a tales personas y hayan podido ser la causa determinante del daño sufrido por la víctima".

Después de hacer las consideraciones transcritas, pasa el Tribunal al examen pormenorizado del caso subjúdice. Las conclusiones a que llega las resume así: "**Primera.**—Es desde todo punto de vista innegable que, dada la manera como acontecieron los hechos que se juzgan de parte del señor Fructuoso López, al pedir en venta la libra de arsénico en la farmacia del señor Mario Estrada, con lo cual envenenó las diez y siete mulas de su propiedad y de la de su hermano Benjamín López, así como de parte de dicho señor Estrada, al dejar de cumplir algunas de las disposiciones reglamentarias de las farmacias, especialmente en cuanto se refiere al expendio de sustancias venenosas o tóxicas, de que trata la Resolución número 719 de 1940, del Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social —"Diario Oficial" Nº 24.561,— que obra en el proceso, autenticado y 1.099 de 1930 del Ministerio de Educación Nacional, y al tener como encargado de ese expendio peligroso al señor Néstor Estrada D., quien no tiene título ni licencia como farmacéutico, hubo error de conducta concurrente, en cuyo caso podría operar lo dispuesto por el artículo 2.357 del C. C., arriba transcrito. En efecto: demostrado que el señor Fructuoso López, el sábado 13 de mayo de 1944, pidió en la referida farmacia de Mario Estrada que le vendieran una libra de arsénico, creyendo, erróneamente, que este producto era arsenipur, y dió a sus mulas ese veneno, a pesar de la advertencia que le hizo su propio peón o arriero a su servicio, obró con descuido, negligencia y ligereza en contra de sus intereses y de los de su hermano Benjamín, poniendo de manifiesto que no conocía o distinguía esos dos productos puesto que tan lamentablemente los confundió, no obstante aparecer rotulado debidamente el paquete que llevó a su finca

de "Mirasol", con la palabra "Arsénico", escrita con lápiz por quien hizo la venta de la droga venenosa, con la cual dió muerte a las diez y siete mulas.—**Segunda.** Esta culpa de la víctima del daño sufrido es de tal entidad y en tal grado afecta la reparación de él que alcanza a hacerla desaparecer por completo, ya que no es posible, en derecho, obtener que respondan otras personas de las totales o parciales consecuencias de nuestros propios errores de conducta, sea por ignorancia, negligencia, descuido o ligereza. Si el señor Fructuoso López, persona que sabe leer y escribir en grado bastante para distinguir la palabra "Arsénico" escrita en parte visible del paquete contentivo de la libra de esa sustancia que compró en la farmacia "Mario Estrada", sabía, como debía saberlo, que se trataba de un tóxico de los más activos, y de otro lado conocía el producto o droga llamado "Arsenipur", ante la duda al respecto, manifestada por el arriero o peón Eduardo Orjuela, ha debido ser más diligente o cuidadoso, menos ligero, procurando informarse mejor o verificando algún ensayo adecuado, antes de insistir en que el peón le obedeciera y suministrara la sustancia fatal a las diez y siete mulas, exponiéndose así imprudentemente al gravísimo daño que sufrió con su hermano Benjamín por la muerte de esos semovientes y en lo cual tuvo mayor culpa que quien le vendió ese veneno, sin saber el destino que se le iba a dar y que, según el respectivo dictamen pericial rendido, sin objeción alguna es inconfundible con la droga llamada "Arsenipur".—**Tercera.** En lo concerniente a la culpa imputable al demandado Mario Estrada, por falta de vigilancia, al no dar cumplimiento en su farmacia a algunas disposiciones que reglamentan los establecimientos o expendios de esa índole, especialmente a los artículos 39 y 67 del Decreto número 1099 de 1930, que mandan respectivamente, que las sustancias tóxicas, los narcóticos, las drogas heroicas, deben estar guardados en armarios con llave, la cual conservará exclusivamente el director del establecimiento, y en caso de falta temporal de éste, por la persona que designe bajo su responsabilidad; y que cuando se trata de sustancias tóxicas para uso externo que se expendan sin receta de facultativos, se debe expresar sobre el rótulo la condición o calidad de veneno, y con el signo tóxico, una calavera sobre dos fémures cruzados, teniendo como tienen esas infracciones penas pecuniarias cuya imposición compete a las autoridades administrativas, el error de conducta que pueda imputársele no es de mayor entidad, máxime si se considera que a Fructuoso López se le vendió rotulado el arsénico que pidió, producto que según lo afirmado por varios testigos farmacéuticos, se acostumbra venderlo libremente a los agricultores para matar ratas, ratones, hormigas y otros bichos que les son perjudiciales en sus fundos, lo que vale decir que si se le vendió lo que pidió, aquellas infracciones no influyeron en el daño resultante de la imprudencia de la víctima".

El recurso

Los demandantes han acudido en casación, acusando la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. J.

Los conceptos fundamentales del alegato del recurrente, se transcriben a continuación:

"El Tribunal violó los artículos 2341 y 2356 del C. C., al calificar la culpa en que incurrió el factor de Mario Estrada. Esa violación se debe a que el Tribunal omitió definir la culpa de que se trata como la violación de un deber jurídico preexistente, por cuyo motivo la calificó falsamente. El Tribunal, no obstante haber citado los artículos 39 y 67 del Decreto número 1099 de 1930, los interpretó erróneamente debido a que no tuvo en cuenta que esas obligaciones de origen legal establecen los medios que deben ser empleados para evitar que se realicen determinados daños y configuran verdaderas obligaciones reglamentarias. Por virtud del inciso 2º del artículo 39 de nuestra Constitución, en materia de higiene casi todos los decretos son legislativos, en el sentido del artículo 11 de la Ley 153 de 1887. Determinadas actividades, como la del droguista, están sometidas a normas especiales cuyo cumplimiento es obligatorio y la infracción de las cuales se define técnicamente como culpa profesional.

"El Tribunal violó los artículos citados del Código Civil porque intentó apreciar subjetivamente la culpa, refiriéndose a la conducta que hubiera debido observar una persona prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias. En cambio, ha debido el Tribunal enfocar objetivamente la culpa proveniente de esos hechos, investigando qué deber jurídico, o sea cuál obligación proveniente de la reglamentación legal violó el farmaceuta con su conducta. Esas obligaciones impuestas reglamentariamente tienen como consecuencia que la culpa sea cierta cuando se las viola, sin que el juez pueda a su arbitrio calificarlas. En el ramo del expendio de cierta clase

de drogas, entre las cuales figuran las tóxicas, las obligaciones de estilo reglamentario son tan minuciosas, que la jurisprudencia tiende a considerar que ellas expresan toda la prudencia y la diligencia necesarias y hacen desaparecer por completo la obligación general de prudencia y diligencia. De ahí, pues, que el Tribunal haya recurrido a la costumbre erróneamente, para apreciar la culpa, por ser aquélla la que sirve, generalmente, para determinar el contenido de las obligaciones de prudencia y diligencia. Sin embargo, el uso por parte de los farmaceutas de Manizales a que el Tribunal hace referencia, no puede ser tomado en consideración sino cuando la ley no determina el contenido de la obligación, lo cual no tuvo en cuenta el Tribunal.

"En efecto. Cuando la decisión del legislador es cierta (prohibición de vender drogas tóxicas sin receta de facultativo; obligación de llevar el registro de esas drogas; obligación de anotar en la cubierta de ellas cuando se las vende sin receta su calidad de venenosas con el signo convenido para indicar su toxicidad), sea esa decisión expresa o implícita y sin consideración a su sentido, no procede la investigación de la costumbre, porque la ley entonces carecería de autoridad y el derecho quedaría a remolque de las costumbres. El Tribunal violó los citados artículos del Código Civil porque no tuvo en cuenta que el incumplimiento por Estrada de las obligaciones precisas, directamente provenientes de los textos inequívocos de la reglamentación legal del expendio de sustancias tóxicas constituye una conducta ilegal o culposa, la cual, para deducir esa consecuencia, no es necesario analizarla desde el punto de vista de un hombre prudente y diligente, salvo que de antemano se plantee que el hombre prudente y diligente observa todas las leyes o reglamentos legales. Esto es una petición de principio. La culpa, pues, proveniente de la violación de una obligación de prudencia y diligencia, es muy distinta de la que brota de la violación de una obligación precisa y determinada.

"El Tribunal, pues, al ocurrir a los usos incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial de los farmaceutas Gabriel Restrepo Vélez, Gerardo Vargas, Víctor Herrera Jaramillo, Horacio Hincapié y Gabriel Jaramillo Arango, con violación inmediata del artículo 700 del C. J., porque no son suficientes para establecer la prueba de la costumbre, y mediata de los artículos 8º del C. C., 13 de la Ley 153 de 1887 y 2º y 4º del C. de Comercio, debido a que, de ser cierta la costumbre, no podría derogar los artículos 11 de la Ley 35 de 1929, 13 de la Ley 116 de 1937, 1º de la Ley 27 de 1946, 1º de la Ley 1ª de 1931 y 39, 41, 42, 65, 66 y 67 del Decreto Legislativo Nº 1099 de 1930, los cuales violó por lo tanto el Tribunal. El Tribunal violó igualmente los citados artículos del Código Civil en cuanto a la calificación de la culpa en que incurrió el demandante, porque para ello razonó subjetivamente. El demandante no incurrió en culpa, porque no toda negligencia o error de conducta es culposo. Aquí sí ha debido recurrir el Tribunal a los usos o costumbres. El hombre, como lo reconoce el Tribunal, confundía arsénico y Arsenipur, o mejor dicho, pidió arsénico por Arsenipur. Precisamente un error de esta naturaleza, muy frecuente, es el que se pretende evitar, con la reglamentación legal, que cause daño. No es para las gentes ilustradas, ni para los técnicos que existen las medidas legales que rodean el expendio de sustancias venenosas. Todo el razonamiento del Tribunal podría ser jurídico, si hubiera partido de la base de que en la cubierta de la droga estaba su nombre acompañado con la palabra veneno y el signo de su toxicidad: una calavera sobre dos fémures cruzados. La misma observación del peón Orjuela no se refirió a que la droga fuera tóxica sino a que era de un aspecto distinto. En la apreciación de este testimonio, incurrió el Tribunal en un manifiesto error de hecho. López, confiado en su farmaceuta e insistiendo en su confusión de arsénico por Arsenipur, no imaginó adulteración o cambio de la droga.

"Desde otro punto de vista, tampoco la consideración que hace el Tribunal de que los agricultores envenenan con arsénico bichos, es suficiente, en el supuesto, a que no se refiere el Tribunal, de que López hubiera destruído esa clase de bichos con arsénico, porque para un ignorante no es un contrasentido suponer que la sustancia que mata a un ratón sirva para purgar a un caballo. Para apreciar la culpa de López, el Tribunal se basó en consideraciones psicológicas, las cuales escapan a los medios judiciales de investigación humana. La conducta del hombre de habilidad mediana es lo que la jurisprudencia emplea para calificar si hubo culpa en determinado proceder, en lo cual técnicamente existe en realidad una referencia al uso o costumbre, porque son los usos los que corresponden a una diligencia o a una habilidad medianas. De ahí, pues, que el Tribunal hubiera aplicado indebidamente el art. 2357 del C. C., porque la conducta de López, como

lo reitero, no fue culposa ante la falta de indicaciones de la toxicidad de la droga".

Se considera:

El ataque del recurrente se basa en que al apreciar la conducta del farmaceuta en sentido subjetivo en vez de analizarla objetivamente, el Tribunal pasó por alto las normas del Decreto 1099 de 1930, dejó de considerar culposa —como era debido— la manera de obrar del demandado, y apreció falsamente la noción de culpa contenida en los artículos 2341 y 2356 del C. Civil. Luégo alega que hubo error manifiesto de hecho en la apreciación del testimonio del peón Orjuela, y aplicación indebida del artículo 2357 del C. Civil, porque, en su concepto, no hubo culpa por parte de López ante la falta de indicaciones de la toxicidad de la droga.

En primer lugar, observa la Sala que el Tribunal no negó que la conducta del farmaceuta hubiera sido culposa, ni que se hubieran dejado de cumplir los requisitos exigidos por el Decreto mencionado para la venta de tóxicos. Por el contrario, el Tribunal afirma que hubo error de conducta, es decir, culpa por parte del señor Mario Estrada "al dejar de cumplir algunas de las disposiciones reglamentarias sobre farmacias... y al tener como encargado de ese expendio peligroso al señor Néstor Estrada D., quien no tiene título ni licencia como farmacéutico" (conclusión primera, fol. 33, C. 4).

De manera que el ataque a este aspecto de la sentencia resulta desprovisto de fundamento, por sustracción de materia.

El fallo se apoya en la consideración de que López también incurrió en culpa, al pedir arsénico por Arsenipur, al desatender la observación del peón Orjuela, y al no darle importancia al hecho de que en el empaque se estampó como preventivo la palabra "Arsénico", droga venenosa muy conocida cuyo aspecto la diferencia notablemente de la distinguida con el nombre de "Arsenipur", ambas frecuentemente usadas por los campesinos. Por ello el sentenciador consideró aplicable el principio de la concurrencia excluyente de culpas, para absolver al demandado.

En tales circunstancias el recurrente ha debido atacar la estimación de la prueba relativa a la culpa del demandante, y demostrar que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho o en error de derecho. Como consecuencia, estaba obligado a determinar con precisión el sentido y alcance de las normas sustantivas quebrantadas a virtud de tales errores.

Pero, en vez de proceder así, el recurrente se limita a atacar el fallo por error en la apreciación de la culpa del demandado, cuando el Tribunal, lejos de negar que hubiera incurrido en ella, la afirma reiteradamente (conclusiones primera y tercera, fols. 33 y 34 C. número 4).

La única prueba que se menciona como mal apreciada por el Tribunal, para fijar la culpa del demandante, es el testimonio del peón Orjuela. Pero el error manifiesto que se imputa no aparece, pues el Tribunal se limita a observar que ante las advertencias de aquél, el demandante ha debido cerciorarse de su evidencia o, al menos, tomar algunas precauciones. Además, no es éste el único fundamento en que se apoya el juzgador para calificar la conducta de López, pues también se refiere a las pruebas recibidas, tanto para establecer que éste incurrió en el error de pedir "arsénico" por "Arsenipur", como para demostrar que la droga llevaba escrito su nombre en forma visible, y que los agricultores utilizan ese veneno para combatir plagas de animales dañinos, etc.

No aparece demostrado, pues, que exista error alguno manifiesto en la prueba de la culpa del demandante, ni error de derecho por violación de normas legales. Por consiguiente, la base del fallo que es, se repite, la concurrencia de culpas, ha quedado en pie.

En materia de culpa, la violación de normas sustantivas no puede ser sino consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal para calificarla, o de haber prescindido de su examen no obstante hallarse en los autos, legalmente practicadas. La noción genérica de culpa es susceptible de controversias en puro derecho, pero la calificación de si una determinada conducta fue o no culposa, es el resultado indispensable del estudio del conjunto probatorio que sobre ella se haya aportado al juicio.

Por otra parte, la graduación cuantitativa de la compensación de culpas cuando hay error de conducta en ambas partes, es cuestión privativa del juez, ya que la ley no señala tarifa ni proporción alguna al respecto. Y, como ha dicho la Corte, una decisión del sentenciador sobre el particular no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discute la culpa de ambas partes, y de otro no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corres-

ponde según sea éste de derecho o de hecho, el cual, en este último evento, debe aparecer de modo manifiesto en los autos. (C. C. 24 de febrero de 1948, LXIII, págs. 725 a 728). (C. C. de Ortega). (Véase también Tº LXI, pág. 60, C. C. 11 sept. 46).

Hay concurrencia de culpas, cuando "el que sufre el daño se expuso a él imprudentemente". (C. C. 28 febrero 1945, T. LVIII, pág. 627).

Finalmente observa la Sala:

En la parte motiva hace el Tribunal algunas consideraciones en torno a la concurrencia de culpas, pero al terminar su estudio sobre el caso, dice que si el farmaceuta vendió lo que López pidió, el incumplimiento de algunas disposiciones legales que reglamentan el funcionamiento de las farmacias "no influyó en el daño resultante de la imprudencia de la víctima". En otros términos, el Tribunal concluye que no hubo concurrencia de culpas porque el daño fue consecuencia de la imprudencia de la víctima.

A esta apreciación no se refiere el recurrente para demostrar que con ella ha incurrido el sentenciador en error de hecho o de derecho.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Fructuoso López contra Mario Estrada.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

EN TRATANDOSE DE DAÑOS OCASIONADOS A UN TRANSEUNTE POR MATERIALES U OBJETOS CAIDOS DE UN EDIFICIO EN CONSTRUCCION, NO ES APLICABLE EL ARTICULO 2355 DEL CODIGO CIVIL, SINO EL ARTICULO 2356

1.—En tratándose de la caída de un objeto de la parte alta de un edificio en construcción, no es aplicable el artículo 2355 del Código Civil, sino el artículo 2356 del mismo Código, porque no se trata aquí de una cosa caída o arrojada de la parte superior de un edificio HABITADO por una o varias personas (caso previsto por el artículo 2355), sino de un edificio en CONSTRUCCION; es decir, de una obra en desarrollo, mediante una serie de operaciones con materiales de distinta naturaleza, y para las cuales se requiere no sólo una adecuada pericia en los artífices u obreros que las ejecutan, sino las particulares diligencias y cuidado encaminados a evitar la caída intempestiva de algunos de esos materiales y el consiguiente daño a las personas que pueden encontrarse o accidentalmente transitar por los sitios aledaños a la obra, principalmente cuando ella se realiza sobre una vía pública en la que el continuo y denso tráfico hacen en extremo peligroso el desprendimiento desde lo alto de cualquiera de esos objetos. De aquí la necesidad que comporta esta elemental previsión para los artífices de la obra, de colocar en sus contornos las defensas necesarias y suficientes para que, desprendido el objeto, éste caiga dentro de las guardas, antepechos y mallas de protección que le aíslan del paso acostumbrado de los particulares.

Muy otras son las condiciones y circunstancias en que se hallan las personas que habitan la parte alta de un edificio HABITADO. Allí, dentro de las circunstancias ordinarias, no hay el ajetreo con elementos de construcción, que sean movilizados de un lugar a otro para su colocación en los muros y adherencias de la obra que se adelanta, ni existen por consiguiente los riesgos que implica la obra en construcción, para quienes se hallan en la necesidad de transitar por sus alrededores.

En tratándose de una obra que se construye, las posibilidades de causar daños a terceros son análogas o semejantes a las que ofrecen los casos contemplados en los ordinales 2º y 3º del artículo 2356 del C. C.; por lo cual la obligación de indemnizar que en éstos se produce, debe también proceder en el de daños causados por concepto de la obra en construcción.

2.—La relación de dependencia entre personas, que contempla el artículo 2347 del Código Civil, o sea la del hijo menor respecto de sus padres, la del pupilo con su guardador, la de la mujer casada con su marido, la de los discípulos o aprendices respecto de sus maestros, etc., no es de la misma naturaleza de la que origina el contrato de trabajo, entre el director de una obra y sus obreros; por lo cual la exoneración de responsabilidad que determine el ejercicio de la autoridad y cuidado prevista en aquella disposición, resulta completamente extraña a la que se ofrece en este último, en que se comprueba una falta concreta del cuidado y diligencia que ha debido emplearse para prevenir el daño.

3.—Conforme a constante jurisprudencia de la Corte, en el análisis que el Tribunal hace de la prueba pericial no cabe error de hecho, porque jueces y magistrados tienen soberanía y latitud para determinar la fuerza probatoria del dictamen. Función eminentemente intelectiva, en que no es posible el error de hecho, que, como bien se sabe, consiste en dar por existente en los autos un hecho que en realidad no existe, o al contrario.

En el caso de autos, tanto los peritos como el Tribunal hicieron apreciaciones referentes a los perjuicios materiales ocasionados por el golpe de que fue víctima la señora demandante. Decidir si éstas, o aquéllas apreciaciones merecen la adhesión de un Tribunal de instancia, es función en la cual

éste no puede incurrir en error de hecho en que pueda fundarse causal de casación.

4—Circunstancialmente, suelen hacerse en los considerandos de las sentencias citas inocuas de disposiciones sustantivas, pero que no influyen en el fondo de su parte resolutiva, en forma que suprimidas tales citas, el resultado sería el mismo. En estos casos, la ligereza del considerando no comporta causal de casación, porque no ha habido violación de la ley sustantiva, sino razonamientos infundados pero inconducentes, sin los cuales se habría llegado al mismo resultado.

5.—El segundo motivo de casación no se refiere a la desestimación en todo o en parte de las pruebas producidas en el juicio por los litigantes.

6.—No puede negarse que el contenido del artículo 722 del C. J., como el de muchas otras disposiciones sobre pruebas, es sustantivo, en cuanto consagra derechos para las partes que se acogen a él, a fin de establecer la verdad de determinados hechos; sin embargo su sola infracción por el sentenciador, como lo ha sostenido la Jurisprudencia, no basta a fundar la anulación del fallo. Porque al fin y al cabo ese derecho, que puede mirarse como de orden secundario en relación con el que específicamente se debate en el juicio, es apenas un medio por el que ha podido llegarse al desconocimiento de este último en la resolución de la sentencia; luego si la demanda ha dejado de mencionar el precepto en que se apoya el derecho reclamado y que el fallo quebrantó a través de aquel primitivo error, quiere ello significar que la acusación quedó en la mitad del camino técnico por recorrer y que, por tal razón, el cargo debe rechazarse.

7.—No basta la cita de normas procedimentales que se consideren quebrantadas, para fundar debidamente el motivo de casación; es necesario, además, alegar y demostrar cómo el error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, dio por resultado el quebrantamiento de una o más normas sustantivas, con explicación precisa del concepto en que lo fueron si por interpretación errónea, indebida aplicación al caso del pleito o falta de aplicación del mismo.

8.—No basta, para fundar el recurso de casación, la cita global de capítulos o títulos de códigos, que se dicen violados en conjunto por la sentencia objeto del recurso. Se hace necesario señalar una a una las disposiciones que se consideran infringidas, explicar y demostrar en qué concepto lo fueron, bien en forma directa, por aplicación indebida, por no haberse aplicado o haberse interpretado erróneamente, o en forma indirecta, por error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Transcurría el mes de septiembre de 1947. La firma constructora de edificios que en Bogotá gira con la denominación de "Child, Dávila, Luzardo & Cía., Limitada", levantaba a la sazón el Teatro Aladino de Chapinero (carrera 13 esquina con calle 60). En la tarde del 17 del mencionado mes transitaba por el andén del Teatro en construcción la señora Josefina Gómez de Calderón, con tan mala suerte, que una varilla de hierro desprendida de lo alto del edificio le cayó sobre la cabeza, causándole grave herida que la incapacitó por varios meses y le dejó consecuencias de orden físico y psicológico.

La señora lesionada y su marido, teniente coronel Rafael Calderón Reyes, confirieron poder al doctor Manuel Rodríguez Díaz para que demandara a la firma constructora, para el pago de perjuicios morales y materiales, resultantes del desgraciado suceso. Al efecto, dicho abogado instauró la demanda correspondiente ante el Juzgado 1º del Circuito de Bogotá. Pero cuando el juicio se hallaba en trámite, ocurrió el incendio del Palacio de Justicia (9 de abril de 1948) y el expediente desapareció. Reconstruído que fue, el Juzgado le puso término a la instancia en fallo dictado el 30 de julio de 1949, en el cual resolvió:

1º Declarar que la sociedad demandada "Child, Dávila, Luzardo & Cía., Limitada", representada por su gerente, doctor Harry R. Child, es civilmente responsable de los daños y perjuicios tanto materiales como morales, causados a la demandante, señora Josefina Gómez de Calderón, por

los hechos y circunstancias anotados en la parte motiva de la sentencia.

2º Condenar a la mencionada sociedad a pagar a la demandante los perjuicios materiales y morales objetivados, causados por el accidente, los cuales se apreciarán con arreglo a la dispuesto en el artículo 553 del C. J.

3º Condenar a la sociedad demandada al pago de $ 2.000.00 por concepto de perjuicios morales subjetivados.

4º Condenarla al pago de las costas procesales.

5º No acceder a la petición de pago de perjuicios en relación con el marido de la señora demandante, teniente coronel Rafael Calderón Reyes y absolver, en consecuencia, a la demandada de los cargos de la demanda en esa parte.

Ambas partes se alzaron contra este fallo.

Tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, le puso fin con sentencia fechada el 21 de octubre de 1950, en la cual dispuso:

1º Confirmar la sentencia apelada en sus ordinales 1º, 3º y 5º.

2º "Condenar al demandado a pagarle a Josefina Gómez de Calderón la cantidad de $ 17.402.40 moneda legal por concepto de perjuicios materiales; y la cantidad de $ 2.000.00 por concepto de perjuicios morales objetivados.

3º Negar las demás peticiones de la demanda. Sin costas.

Fundamentos del fallo del Tribunal son, en síntesis:

La acción incoada es de resarcimiento de perjuicios por culpa civil extracontractual. Se está en presencia de uno de los casos de responsabilidad que reglamentan los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 del C. Civil.

La enumeración de la última de estas disposiciones no es taxativa, y el caso de un edificio en construcción, encaja obviamente dentro de la presunción de culpa consagrada en dicha norma legal.

Si de la parte superior de una obra en construcción se desprende una cosa que hiere a un transeúnte, se presume culpa del dueño o empresario, sea que ocurra el accidente cuando se esté trabajando o cuando los trabajos se hayan suspendido. Por consiguiente, sobre el dueño o empresario pesa la obligación de pagar el daño causado. Con tanta mayor razón cuanto que, en el caso de autos, la construcción del Teatro Aladino se llevó adelante infringiendo, en parte, los reglamentos municipales en materia de construcciones, pues que, según certificación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Bogotá, —que figura a folios 23 y siguientes del cuaderno número 3— no se le pusieron a los andamios "antepechos" que impidieran la caída a la vía pública de objetos de los utilizados por los obreros en la construcción.

Hay pruebas suficientes de testigos presenciales que demuestran el desprendimiento de la varilla de lo alto de la construcción y el golpe que en su caída le produjo a la señora demandante, con las consecuencias anotadas.

En concepto de los peritos que intervinieron en el justiprecio de los daños causados por el accidente, la señora Gómez de Calderón quedó afectada por notables perturbaciones, tanto de orden somático como psíquico, con carácter permanente, que le disminuyen su personalidad en las funciones que le corresponden, como miembro de la sociedad conyugal formada con su marido y demás relaciones y obligaciones de orden familiar.

Con fundamento en el dictamen pericial, deduce el Tribunal que la señora de Calderón sufre un perjuicio cierto de $ 100 mensuales por el resto de su vida o sea; por el término de veintidós años en que la calcula, habida consideración de su edad en la fecha del accidente (44 años) y del promedio de vida probable de 22 años que le corresponde, conforme a las tablas de que se vale la Compañía Colombiana de Seguros para estos cálculos. En total le deduce la suma de $ 14.402.40, como valor del perjuicio material.

En cuanto a gastos ocasionados por tratamientos médicos, estima la sentencia, que de los fijados por los peritos, no se pueden tener en cuenta sino los $ 3.000.00 que "constituyen un perjuicio material claramente establecido con prueba pericial", pues qué los otros $ 1.800.00, fijados por los mismos peritos, "no consta que se hubieran erogado".

Ambas partes recurrieron en casación contra esta sentencia.

Procede, por lo mismo, el estudio y decisión en primer lugar del recurso de la parte demandada, por cuanto al encontrarse fundada alguna de sus acusaciones, la casación del fallo recurrido, conduciría dentro de la instancia, al examen y consiguiente calificación de los conceptos en que apoya sus pretensiones el actor.

Recurso del demandado

Primer cargo. — Acusa la parte demandada la sentencia, por violación del artículo 2356 del C.

C., por aplicación indebida al caso controvertido, y consiguiente infracción de los artículos 2355 y 2347 del mismo Código, por no haberlos aplicado cuando era el caso de hacerlo.

"Sostengo —dice el recurrente— que hubo la primera de estas violaciones, pues en mi concepto, este negocio no puede fallarse dando aplicación al artículo 2356 del C. C., ya que los hechos que han dado margen al litigio están gobernados por el artículo 2355 de la misma obra, y por el 2347 en cuanto a la responsabilidad por el hecho de los dependientes. En efecto, esta primera disposición legal dice que el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan la misma parte alta y la indemnización se dividirá entre todas ellas a menos que se pruebe que el hecho se debe a culpa o mala intención de alguna persona, exclusivamente, en cuyo caso será ella la única responsable.

"Siendo esta disposición especial para el evento en que cae de la parte alta de un edificio una cosa que causa daño a alguien, debía haberla aplicado el Tribunal en vez del artículo 2356 que equivocadamente hizo operar, pues según el artículo 5º de la ley 57 de 1887 la disposición especial prefiere a la general.

"El artículo 2355 no distingue entre edificio terminado y edificio en construcción, de manera que no pudiendo distinguir el juzgador donde el legislador no lo hace, es obvio que la sentencia incurrió en las violaciones antedichas.

"Y es que la consecuencia de la aplicabilidad de uno u otro artículo no es indiferente, pues mientras el 2356 contiene conforme a la doctrina reiterada presunciones de culpa cuando se trata de actividades peligrosas, el 2355 exige para que haya condena que se demuestre la culpa en que incurrió el reo.

"Si se repara en la redacción de la última norma comentada se verá que ella insiste en que debe acreditarse directamente la culpa de las personas que habitan en la parte superior del edificio de donde cayó o se arrojó la cosa. O sea que para que responda una sola de las diversas personas que habitan el edificio se requiere probar la culpa en que incurrió tal persona, lo que quiere decir que al no poderse probar tal culpa en una sola persona la responsabilidad recaerá sobre todas dividiéndose la indemnización, pero siempre que todas hayan caído en culpa, ya que si la ley establece este elemento como base de la responsabilidad de una sola persona debe entenderse que igualmente lo exige cuando son varias las que deben asumir la responsabilidad en relación con el hecho dañoso.

"En suma: el artículo 2355 expresa que para que haya culpa del habitante o de los habitantes del piso de la edificación del cual cayó o se arrojó el objeto causante del daño, de modo que la sola caída no implica objetivamente dicha indemnización, pues es requisito esencial para el éxito de la pretensión que se demuestre la culpa en que incidió el habitante del edificio.

"Sobra decir, adelantándose a cualquier objeción, que los edificios sin terminar o en construcción pueden ser objeto de habitación de quienes los cuidan de manera que la palabra **habitante** no es un obstáculo para la aplicación del artículo 2355 a los edificios en construcción, pero que si esta tesis no prevalece hay que concluir que respecto a éstos no existe disposición expresa por lo cual debe aplicarse la ley que regule casos semejantes, siendo, en mi entender, mucho más parecido el evento regulado por el 2355 para el asunto de autos que los previstos en el 2356.

"De aquí que por un camino o por otro sea menester concluir que el 2355 es la norma aplicable pues si no se acepta que regule el caso de edificio en construcción sí regula el caso enteramente similar de caída de objetos de la parte alta de edificios lo que puede ocurrir en construcciones no concluídas. Por último, la aplicación analógica dicha conduce a entender que la persona o personas que se hallen en la parte superior del edificio cuando cae el objeto que dá lugar al daño responde del mismo dentro de las normas del artículo 2355. Y desde luego el empresario de la construcción responde indirectamente del hecho de sus dependientes si concurren los requisitos del artículo 2347 del C: C.".

Se observa:

No son aplicables al caso del pleito los artículos 2355 y 2347 del C. C., sino el 2.356, por las siguientes razones:

1ª No se trata aquí de una cosa caída o arrojada de la parte superior de un edificio **habitado** por una o varias personas (caso previsto por el artículo 2.355), sino de un edificio en **construcción**; es decir, de una obra en desarrollo, mediante una serie de operaciones con materiales de distinta naturaleza, y para las cuales se requiere no sólo una adecuada pericia en los artífices u obreros que las ejecutan, sino los particulares diligencia y cuidado encaminados a evitar la caída intempestiva de algunos de esos materiales y el consiguiente daño a las personas que puedan encontrarse o accidentalmente transitar por los sitios

aledaños a la obra, principalmente cuando, como en el caso de autos, ella se realiza sobre una vía pública en la que el continuo y denso tráfico hacen en extremo peligroso el desprendimiento desde lo alto de cualquiera de esos objetos. De aquí la necesidad que comporta esta elemental previsión para los artífices de la obra, de colocar en sus contornos las defensas necesarias y suficientes para que, desprendido el objeto, éste caiga dentro de las guardas, antepechos y en las de protección que la aislan del paso acostumbrado de los particulares.

2ª Muy otras son las condiciones y circunstancias en que se hallan las personas que habitan la parte alta de un edificio **habitado.** Allí, dentro de las circunstancias ordinarias, no hay el ajetreo con elementos de construcción, que sean movilizados de un lugar a otro para su colocación en los muros y adherencias de la obra que se adelanta, ni existen por consiguiente los riesgos que implica la obra en construcción, para quienes se hallen en la necesidad de transitar por sus alrededores.

3ª En tratándose de una obra que se construye, las posibilidades de causar daños a terceros son análogas o semejantes a las que ofrecen los casos contemplados en los ordinales 2º y 3º del artículo 2356 del C. C.; por lo cual la obligación de indemnizar que en éstos se produce, debe también proceder en el de daños causados por concepto de la obra en construcción.

Luégo al aplicar la sentencia por analogía, puede decirse por identidad de circunstancias, el artículo 2.356 del C. C., al caso del pleito, no lo hizo indebidamente; como hubiera acontecido si se acoge a lo prevenido por el artículo 2355 de la misma obra.

4ª Tampoco le era aplicable al caso la norma del inciso sexto del artículo 2347 del C. C., porque la relación de dependencia entre personas, que contempla ese artículo, o sea la del hijo menor respecto de sus padres, la del pupilo con su guardador, la de la mujer casada con su marido, la de los discípulos o aprendices respecto de sus maestros, etc., no es de la misma naturaleza de la que origina el contrato de trabajo, entre el director de una obra y sus obreros; por lo cual la exoneración de responsabilidad que determine el ejercicio de la autoridad y cuidado prevista en aquella disposición, resulta completamente extraña a la que se ofrece en este último, en que se comprueba una falta concreta del cuidado y diligencia que ha debido emplearse para prevenir el daño.

El cargo, es infundado y debe rechazarse.

Segundo cargo

Violación directa del artículo 179 del C. C., por aplicación indebida e interpretación errónea.

Subsidiariamente formula el cargo de violación del artículo 1.796 del mismo Código, por no haberlo aplicado el Tribunal.

Los funda así, en su orden:

"Deriva el Tribunal el perjuicio material que afirma haber sufrido la demandante, del siguiente pasaje: "Dada la organización de la familia, la mujer se beneficia con las labores de dirección que ella misma desempeña en el hogar. La ausencia de tal dirección la perjudica personal y directamente. Un ama de casa puede suplirla, para evitar el perjuicio, compensándolo. Mas la carga pecuniaria pesa por igual entre marido y mujer, conforme a la regla consignada en el Art. 179 del C. C., toda vez que no se ha contraprobado sobre la equivalencia de las facultades de los cónyuges presumida en dicha disposición. De donde se sigue que el perjuicio, en el caso sub-judice, que padece la consorte es equivalente a la mitad del sueldo justo de un ama de llaves, por toda la incapacidad que la afecte, o sea durante la supervivencia de la misma. No juega al respecto la consideración de las atenciones al marido y a los hijos menores, pues el daño le es personal. Este factor configura quizá un perjuicio moral".

"Es decir, que aplicó el artículo 179 del C. C., al caso de autos para desprender de él las existencia del perjuicio material demandado. Tal norma dice: "El marido debe suministrar a la mujer todo lo necesario, según sus facultades y la mujer tendrá obligación respecto del marido si éste careciere de bienes".

"Yo no veo qué incidencia pueda tener dicha norma en el caso de autos pues ella lo que impone es una obligación para el marido de modo que si la mujer requiere un ama de llaves para reemplazarla en la dirección interna de la casa es claro que dicho pago corresponde al marido pues entraría dentro de lo necesario de que habla la mencionada disposición legal. Y como el marido no es el demandante, sino únicamente la mujer, el pago del ama de llaves si es el caso debería asumirlo el marido y no la mujer, salvo que se hubiese probado, que no lo está, que el marido careciese

de bienes y que la mujer ha asumido total o parcialmente el sostenimiento del hogar.

"El Tribunal aplica al caso una norma que habla de los deberes del marido cuando éste no es el actor perjudicado, luego viola tal norma en forma directa".

"**Subsidiariamente** al cargo planteado, presento el de violación del artículo 1796 numeral 5º del C. C., pues en caso de que el gasto del ama no corresponda al marido según el artículo 179 sería una carga social conforme a la norma que acabo de citar, la cual al no ser aplicada se violó por la sentencia".

Se observa:

No es exacto que la sentencia acusada "derive" el perjuicio material sufrido por la demandante "del pasaje" del fallo, transcrito por el recurrente, en el cual, las consideraciones expuestas por el Tribunal se refieren al **quantum** del perjuicio, en atención a las erogaciones que el patrimonio familiar de la damnificada tenga que hacer para sustituír —pagándolo— con el trabajo de otras personas (ama de llaves v.gr.) los que la señora no puede, a causa de la inhabilidad que le dejó el accidente.

Tales consideraciones fueron expuestas por el sentenciador, para desvirtuar las que el mismo recurrente hizo en su alegato de instancia, al sostener que la sola prueba del accidente no comporta la de disminución del patrimonio, porque "es claro (dijo el recurrente en dicho alegato), que el hecho escueto de dejar de efectuar las labores de la casa puede causar daño al marido o a los hijos desde el punto de vista material, pero no a la señora que por este aspecto entra en estado parcial de reposo". Hizo entonces el Tribunal los razonamientos transcritos, relativos a la organización legal de la familia, naturalmente desde el punto de vista patrimonial; y citó en su apoyo el artículo 179, como hubiera podido citar cualesquiera otros referentes al modo como se forma ese patrimonio y a sus disminuciones; que necesariamente ha de tenerlas cuando alguna de las personas que laboran en su formación sufre un accidente como el ocurrido a la señora demandante.

Acaso podría decirse que la sentencia recurrida no estuvo muy feliz en la cita del artículo 179 y que con más propiedad hubiera podido referirse a otros, más directamente relacionados con el haber y las cargas de la sociedad conyugal. Pero como en múltiples ocasiones lo ha resuelto la Corte, los errores de esta especie en que pueda haber incurrido la sentencia en su parte considerativa, no constituyen causal de casación.

Las observaciones precedentes dejan asímismo sin fundamento el cargo **subsidiario** de violación del artículo 1796 del C. C., por falta de aplicación. Pues, como se dejó expuesto, las consideraciones del fallo recurrido, transcritas por el recurrente, se encaminaron a regular el **quantum** del perjuicio material causado por el accidente; pero no al desconocimiento de ninguna de las obligaciones que, conforme al artículo que se dice violado, son de cargo de la sociedad conyugal.

En consecuencia, procede el rechazo de este segundo cargo.

Tercer cargo

Violación de los artículos 1820, 1821 y 1826 del C. C., por aplicación indebida.

El recurrente lo funda así:

"Aunque el Tribunal pretende derivar el perjuicio material del artículo 179 del C. C., implícitamente también lo hace depender de una liquidación anticipada de la sociedad conyugal de la actora con su marido.

"En efecto, dice la sentencia que si el marido sufraga los emolumentos de la nodriza los gananciales sociales disminuyen en proporción directa y en igual grado la cuota a que ha derecho la mujer. De aquí, colige, que el perjuicio se traduce en la mitad de tales emolumentos conforme a la estimación pericial.

"Si se interpreta para darle algún significado a tanta confusión que como el artículo 1796 numeral 5º del C. C., establece que la sociedad conyugal debe pagar lo que demande el mantenimiento de los cónyuges y que en este renglón está comprendido el gasto del ama de llaves, y que por ende el realizar el gasto disminuye el haber social y por tanto la mitad de gananciales de la mujer, realmente se está practicando una liquidación anticipada de la sociedad conyugal sin que ésta se haya disuelto violándose así el artículo 1820 del C. C., que no incluye entre las causales de disolución el gasto de una ama de llaves; el 1821 que dice que la liquidación social se hace después de disuelta en la forma allí indicada, y el 1826 que establece que sólo en la liquidación cada cónyuge tendrá derecho a sacar de la masa los saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber.

"En otros términos: las consideraciones del Tribunal aunque no citan los artículos violados, los aplican para un caso que nada tiene qué ver con

lo previsto en ellos, ya que aún aceptando que los gastos de nodriza sean sociales y que los hubiese hecho o los haga en el futuro el marido y éste tenga derecho a que se le reconozca por la sociedad la mitad, y tal mitad disminuye el haber social y los gananciales de la mujer, todo ello sólo podría efectuarse cuando la sociedad se liquide y se practiquen las operaciones pertinentes, pero no ahora".

Se observa:

El primero de los artículos invocados enumera las causas de disolución de la sociedad conyugal, entre las cuales no está —como bien lo anota el recurrente— "el gasto de un ama de llaves". Pero la sentencia no falló el pleito en la forma que lo hizo, sobre la base de que la sociedad conyugal formada por el matrimonio de la señora demandante con el Coronel Calderón se hubiera disuelto, ni por el motivo del pago de un ama de llaves, ni por ningún otro.

Ni las consideraciones del fallo, que llevaron a determinar el monto de la indemnización implica la confección del inventario que ordena en caso de disolución el artículo 1820.

Como tampoco dispuso la sentencia que la señora tomase de la masa de bienes sociales los que le correspondieran en propiedad, que es el caso del artículo 1826.

Por consiguiente ninguna aplicación hizo el Tribunal de las citadas disposiciones. Y entonces resulta infundado el cargo de indebida aplicación de las mismas.

Cuarto cargo

Violación indirecta del artículo 2356 y del 2341 del C. C.

La demanda lo funda así:

"El Tribunal cometió error de hecho en la apreciación del dictamen pericial practicado en la segunda instancia pues con su fundamento dió por probado el daño material sufrido por la demandante en la parte relativa a la mitad del sueldo que los peritos asignaron a la ama de llaves cuando dicho daño no aparece demostrado en el expediente, y mucho menos con dicho dictamen.

"Se observa, por un lado, que el dictamen no incluye en su motivación las deficiencias físicas y psíquicas que atribuye a la señora como fuente de perjuicio material. Por el contrario, expresamente y acoplando al caso una doctrina de la Corte que copia, dice, como es lo acertado, que la disminución para el trabajo y la merma de las facultades de labor implican perjuicio moral objetivado cuyo monto calculan en dos mil pesos, cantidad que acoge la sentencia en el numeral 2° de su parte resolutiva. Basta leer el capítulo del dictamen sobre el perjuicio moral objetivado para llegar a esta conclusión.

"Lo que pasa es que en las conclusiones los peritos avalúan perjuicios materiales que no se hallan probados y les dan como fundamento el del daño moral objetivado que antes habían expuesto.

"En otras palabras: los perjuicios morales objetivados están aplicados, fundados y avaluados en dos mil pesos. Los perjuicios materiales no están explicados, no están probados y se hacen descansar en las razones asignadas al perjuicio moral objetivado, confundiéndolos en una mezcla inaceptable.

"Luego el dictamen carece de fundamento respecto al perjuicio material, no obstante lo cual la sentencia dá por probado dicho elemento con apoyo en tal pieza....

"Por otro lado ocurre que el dictamen no descansa en ninguna prueba que figure en el proceso sobre la existencia de la ama de llaves, ni existe demostración de que ésta esté actuando, ni que se haya buscado.

"El daño material en este caso sería puramente hipotético e incierto. Luégo al considerarlo cierto y darlo por demostrado, sin base en la realidad, el Tribunal erró de hecho y al incurrir en estos errores que aparecen de manifiesto en los autos, la sentencia violó los artículos 2356 y 2341 del C. C., por aplicación indebida, pues estas normas exigen para que haya resarcimiento de perjuicio que exista un daño y aquí no aparece dicho renglón del daño material.

"Por último, el error de hecho en la apreciación del dictamen también se presentó cuando el Tribunal aceptó la tesis de los peritos de que el ama de llaves la requiere la demandante durante el resto de su vida, lo que carece de respaldo probatorio, pues si la labor de aquélla es la de reemplazar a la señora de la casa, es obvio que dicho reemplazo no puede extenderse indefinidamente sino hasta que los hijos tengan la mayor edad, y en autos figura la prueba de que ellos tenían a la fecha de la sentencia 18 y 16 años respectivamente (fols. 20 y 21 Cdno. 2), por lo cual aún aceptando la teoría mencionada la función del ama no podía extenderse más allá de tal época. Este error igualmente determinó la violación de los artículos

2356 y 2342 por indebida aplicación ya que en últimas dicho aspecto del daño no existe.

"Pero no pára ahí la cosa sino que al apreciar el susodicho dictamen el Tribunal incidió en error de derecho, pues le asignó valor de plena prueba cuando carece de él, ya que sólo el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba según el artículo 721 del C. J.; y el que estoy glosando no se halla debidamente fundamentado respecto al valor de los perjuicios materiales ni sobre la existencia de éstos, pues no descansan en prueba de ninguna índole. Los peritos avalúan el trabajo de un ama de llaves pero antes dijeron que la disminución orgánica para el trabajo origina, como es la verdad, un perjuicio moral, fuera de que su existencia no está comprobada. Y auncuando la debida fundamentación en principio es de apreciación del Juzgador, no cabe duda, como lo ha dicho la Corte, que cuando se demuestra el error manifiesto, viene la violación de medio respectiva que para este caso culmina en la transgresión de los mismos artículos citados ya que se aplicó el 2356 e implícitamente el 2341 sin aparecer comprobado por este aspecto el daño material".

Se observa:

El recurrente acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación del dictamen pericial, rendido en la segunda instancia por los doctores Edmundo Rico y Gustavo Guerrero Izquierdo.

Acerca del primero, cabe recordar la constante jurisprudencia de la Corte conforme a la cual en el análisis que el Tribunal hace de la prueba pericial no cabe error de hecho, porque jueces y magistrados tienen soberanía y latitud para determinar la fuerza probatoria del dictamen. Función eminentemente intelectiva, en que no es posible el error de hecho que, como bien se sabe, consiste en dar por existente en los autos un hecho que en realidad no existe, o al contrario.

En el caso de autos, tanto los peritos como el Tribunal hicieron apreciaciones referentes a los perjuicios materiales ocasionados por el golpe de que fue víctima la señora demandante. Decidir si éstas o aquellas apreciaciones merecen la adhesión de un Tribunal de instancia, es función en la cual éste no puede incurrir en error de hecho en que pueda fundarse causal de casación.

Por tanto, el cargo por error de hecho es inaceptable.

En cuanto al error de derecho, cabe observar:

Los peritos llegaron en sus conclusiones a fijar el monto de los perjuicios morales en $ 51.000.00; pero el Tribunal no aceptó esa apreciación, sino que, apartándose considerablemente del dictamen, fijó en $ 17.402.40 la cantidad que la sociedad demandada debe pagar por concepto de perjuicios materiales. Y siendo esto así, no puede atribuirse a la sentencia haberle asignado al peritazgo el valor de plena prueba, pues si le hubiera dado ese valor, el monto de la condena habría sido en cifras el que los peritos expresaron. De donde se deduce claramente que el Tribunal no le aplicó al caso del dictamen la regla del artículo 721 del C. J., sino que más bien procedió con arreglo a lo previsto en el 723, que, según lo expresa el recurrente, es la norma aplicable al concepto de los peritos, doctores Rico y Guerrero Izquierdo.

De lo expuesto se deduce que no es fundado el cargo.

Quinto cargo

Violación directa del artículo 179 y subsidiariamente del 1.796 numeral 5º de la misma obra.

Lo fundamenta así:

"Consiste éste en que el Tribunal condena al demandado a pagar a la actora el monto de unos tratamientos médicos que los peritos dicen valer tres mil pesos m/l., cuando ellos corresponden al marido conforme al artículo 179, o subsidiariamente, dentro de la tesis de liquidación prematura de la sociedad conyugal inventada por la sentencia, corren a cargo de la sociedad. Luego se dejaron de aplicar estas disposiciones y por ende se violaron ya que se decidió que se pagaran totalmente a la señora".

Se observa:

En el Capítulo del "segundo cargo", el recurrente acusa la sentencia por violación directa del artículo 179 del C. C., "por aplicación indebida e interpretación errónea". Y para fundar su cargo, transcribe la parte del fallo que cita el artículo 179; hace los comentarios que ya se dejaron estudiados, y concluye diciendo:

"El Tribunal **aplica** al caso una norma (la del dicho Artículo 179) que habla de los deberes del marido cuando no es él el actor perjudicado, luego viola tal norma en forma directa".

Ahora, en este "Quinto cargo", el recurrente acusa la sentencia también por violación directa

del mismo artículo (179), pero no ya por "indebida aplicación al caso del pleito, sino porque dejó de aplicarlo".

La contradicción entre los dos cargos (segundo y quinto) es evidente y, en sana lógica, podrían haberse considerado en conjunto para rechazarlos. No obstante cabe anotar una vez más, lo que antes se dijo en relación con citas innocuas de disposiciones sustantivas, que circunstancialmente suelen hacerse en los considerandos de las sentencias pero que no influyen en el fondo de su parte resolutiva, en forma que suprimidas tales citas, el resultado de la sentencia sería el mismo. Casos en los cuales, ya está dicho, la ligereza del considerando no comporta causal de casación. En éstos (ha dicho la Corte) no ha habido violación de la ley sustantiva sino razonamientos infundados pero inconducentes, sin los cuales se habría llegado al mismo resultado (Casación abril 4 de 1935-G. J. Nº 1911-pág. 798).

Este cargo, pues, resulta igualmente infundado.

DEMANDA DEL ACTOR EN EL JUICIO

"Indico, dice este recurrente, como causales para pedir la modificación del fallo las siguientes:

"La sentencia, en parte es violatoria de la ley sustantiva, debido a que dejó de apreciar una prueba, o la apreció erróneamente, prueba presentada por la parte demandante, y en consecuencia no está la sentencia en consonancia con la pretensión que en oportunidad dedujo la parte demandante, causales que determina el artículo 520, numerales 1º y 2º del Código Judicial".

Divide su trabajo en seis capítulos, para formular al fallo los siguientes cargos:

CAPITULO PRIMERO

Después de transcribir casi en su totalidad la sentencia, inclusive su parte resolutiva, y de hacerle el reparo de que, conforme a esa transcripción, el Tribunal sólo apreció parcialmente el dictamen pericial rendido por los expertos, doctores Edmundo Rico y Gustavo Guerrero Izquierdo en la segunda instancia, para concluír desechando el monto de $ 56.000.00 que éstos fijaron como valor de los perjuicios materiales, el recurrente concreta los cargos de este primer capítulo de la acusación, así:

"Como el Tribunal no apreció el verdadero mérito integral probatorio del dictamen pericial y lo estimó sólo en parte, cometió error de hecho al reconocer la causa que indican los peritos en su dictamen desconociendo erróneamente los efectos propios de esa misma causa".

Y agrega:

"Al pronunciarse el Honorable Tribunal en la forma a que me acabo de referir, cometió error de derecho violando el artículo 722 del C. J., en armonía con el 29 del C. C., normas que son imperativas y que le ordenan al fallador tener como plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expusieron según su profesión de médicos psiquiatras. Caso éste en que le está vedado al fallador desechar, como lo hizo el Honorable Tribunal de Bogotá, un experticio de la magnitud, claridad y consistencia que reúne el dictamen de los doctores Rico y Guerrero Izquierdo".

Se observa:

Al enunciar los motivos de su acusación (1º y 2º del artículo 520) el recurrente los presenta confundidos en una relación de causa y efecto, para concluír que, por no haberse apreciado en la sentencia determinada prueba, violó el Tribunal los artículos 722 del C J., y 29 del C. C., pronunciando, como consecuencia, una decisión inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora.

Sobre el particular conviene recordar que los dos motivos responden a extravíos judiciales en los cuales se puede incurrir por causas diferentes: uno, es el que proviene de aplicar indebidamente la ley sustantiva al caso del pleito, o dejar de aplicarla o de interpretarla erróneamente (motivo 1º); y otro es el que resulta de no haber cumplido la sentencia con la norma procedimental del artículo 471 del C. J., conforme a la cual, en la parte resolutiva del fallo ha de hacerse con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, sometidos a la decisión del Juez al trabarse entre las partes la litis contestación (motivo 2º). No se refiere éste último —como parece entenderlo el recurrente— a la desestimación en todo o en parte de las pruebas producidas en el juicio por los litigantes. Por esta razón la Sala debe limitar su estudio en este punto, al cargo que se funda en la causal 1ª

En primer lugar y por lo que hace al quebrantamiento del artículo 29 del C. C., no encuentra la Corte el concepto en que hubiera podido infringir el Tribunal esta disposición. De acuerdo con su texto "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les dán los que

profesan la misma ciencia o arte, a menos que parezca plenamente que se han tomado en sentido diverso"; y el fallo en parte alguna le asigna al citado artículo significación distinta a la que resulta de sus términos, ni que por una apreciación conceptual equivocada, hubiera llegado a las conclusiones que dedujo; ni concretamente, sobre el significado o valor de los términos que emplearan los médicos psiquiatras para emitir su concepto, hubo desacuerdo alguno entre los litigantes, ni apreciaciones de parte del sentenciador que lo hubieran llevado a modificar la conclusión de aquéllos.

Respecto a la violación del artículo 722 del C. J., no puede negarse que su contenido, como el de muchas otras disposiciones sobre pruebas, es sustantivo, en cuanto consagran derechos para las partes que se acogen a él, a fin de establecer la verdad de determinados hechos; sinembargo su sola infracción por el sentenciador, como lo ha sostenido la Jurisprudencia, no basta a fundar la anulación del fallo. Porque al fin y al cabo ese derecho, que puede mirarse como de orden secundario en relación con el que específicamente se debate en el juicio, es apenas un medio por el que ha podido llegarse al desconocimiento de este último en la resolución de la sentencia; luego si, como aquí sucede, la demanda ha dejado de mencionar el precepto en que se apoya el derecho reclamado y que el fallo quebrantó a través de aquel primitivo error, quiere ello significar que la acusación quedó en la mitad del camino técnico por recorrer y que por tal razón, el cargo debe desecharse. "Cuando la acusación se funda en apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, ha dicho la Corte, es necesario que al concepto, al motivo, se añadan la disposición o disposiciones sustantivas violadas. No basta en este caso la mera enunciación conceptual, sino que es necesaria la cita legal pertinente, porque la acusación por el concepto, marca el camino de la Corte para el estudio y le circunscribe el motivo, pero está inhibida para llegar hasta el fin, si no encuentra el factor de confrontación; la cita legal, que debe hacer el recurrente para entonces comparar el texto sustantivo señalado como infringido, por algún motivo, con el fallo recurrido". (G. J. N° 1557-pág. 499).

CAPITULO SEGUNDO

Cargo de violación de los artículos 482 y 483 del C. J., por error de hecho, que el recurrente funda así:

"La sentencia a que se refiere esta demanda de casación contiene un error de hecho si se aceptara la tesis del Tribunal cuando en la parte motiva, luego de disquisiciones, afirma que el perjuicio sufrido por la demandante es "de cien pesos mensuales durante los años de supervivencia; y atendida la regulación de los honorarios de la nodriza efectuada por los peritos". El mismo Tribunal acepta en su fallo que la supervivencia probable de la demandante es de veintidós años. De consiguiente, como veintidós años representan doscientos sesenta y cuatro meses, multiplicados éstos por los cien pesos mensuales que indica el Tribunal, se tendría que el perjuicio material sería la cantidad de vientiseis mil cuatrocientos pesos y no la de diez y siete mil cuatrocientos dos pesos con cuarenta centavos que indica el fallo por perjuicios materiales. De lo dicho hasta aquí se deduce que en el fallo de la referencia hay error aritmético que, por serlo, es error de hecho y que en el peor de los casos para mi poderdante obliga a la Corte o al fallador a infirmarlo, de acuerdo con los artículos 482 y 483 del C. J. Además, como el error aritmético a que me acabo de referir implica que la sentencia no está en consonancia con la pretensión que en oportunidad se dedujo por la parte demandante, por este otro aspecto la sentencia debe infirmarse, sustituyéndose por otra en que el error desaparezca".

Se observa:

Ya se ha dicho cómo el 2º motivo de casación (no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes), no puede fundarse en que el sentenciador haya dejado de apreciar o apreciado erróneamente una determinada prueba, con error de derecho o de hecho, pues que este evento corresponde a los fundamentos de la primera causal (violación de ley sustantiva), en tanto que el segundo, dice relación al planteamiento del pleito, resultante de la litis contestación. Y en cuanto al error de hecho, que el recurrente hace consistir en error aritmético —cometido por el sentenciador—, consistente en que cien pesos mensuales multiplicados por el número de meses de supervivencia de la señora damnificada, que fueron calculados en 264, dan un resultado de $ 26.400 y no el de $ 14.402.40, debe tenerse en cuenta que esa diferencia no obedece a un error, sino a la deducción matemática que impone el pago anticipado de lo que, dentro de los supuestos en que se colocaron los peritos, debía cancelarse periódicamente; y que, aún aceptando que lo fuera, no sería bastante para condu-

cir a la infirmación de la sentencia, por cuanto en la demanda no se indica cuáles fueron las normas sustantivas violadas a través de dicho error; se limita a señalar como aplicables los artículos 482 y 483 del C. J., cuyo quebrantamiento, dada su naturaleza puramente procedimental, no induce a la casación de la sentencia.

El cargo, pues, debe rechazarse.

CAPITULO TERCERO

El Tribunal, dice el recurrente, omitió en su fallo darle aplicación estricta al artículo 721 del C. J., consumando por este aspecto un error de derecho, en detrimento de esa norma y de los artículos 597 y 601 del mismo Código.

El fundamento de este cargo es así:

"La sentencia acusada se sustentó en el dictamen uniforme y explicado, lo mismo que fundamentado de los dos peritos, doctores Rico y Guerrero Izquierdo, sólo que el Tribunal desechó el experticio cuando en éste los peritos debiendo pronunciarse sobre guarismos o cifras numéricas, lo hicieron determinando como valor de los perjuicios materiales causados por la demandada a la demandante, la suma de cincuenta y un mil seiscientos pesos. Al rechazar esa regulación numérica o avalúo de los peritos, y en cambio decir el Tribunal que los perjuicios materiales no eran los determinados por los peritos en el guarismo ya citado, sino la cantidad de diez y siete mil cuatrocientos dos pesos con cuarenta centavos, cometió error de hecho al negarle el carácter de plena prueba a esa parte del experticio, y consumó además, error de derecho, pues le estaba vedado al Tribunal desconocer el carácter probatorio de esa parte de la pericia, de acuerdo con el artículo 721 del C. J., que le ordena al fallador tener por probado el dictamen uniforme de dos peritos cuando versa sobre avalúo o regulación numérica debidamente explicado y fundamentado. O lo que es lo mismo, el Tribunal omitió en esa parte del fallo darle aplicación estricta al artículo 721 ya citado, consumando por este aspecto un error de derecho, en detrimento de esa norma y de los artículos 597 y 601 del mismo Código. En consecuencia, la Corte debe declarar que el perjuicio material causado por la demandada a la demandante vale la cantidad de cincuenta y un mil seiscientos pesos".

Se observa:

En este cargo, como en los anteriores, el recurrente apenas recorrió la mitad del camino, que conforme a la técnica del recurso de casación es preciso señalar, para lograr la infirmación del fallo materia del recurso. Se repite: No basta la cita de normas procedimentales que se consideren quebrantadas, para fundar debidamente el motivo de casación; es necesario, además, alegar y demostrar, cómo el error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, dió por resultado el quebrantamiento de una o más normas sustantivas, con explicación precisa del concepto en que lo fueron: si por interpretación errónea, indebida aplicación al caso del pleito o falta de aplicación al mismo.

Se estima, pues, sin fundamento este cargo.

CAPITULOS CUARTO, QUINTO Y SEXTO

Contienen los siguientes cargos:

a) Que al proceder el Tribunal en la forma expuesta por el recurrente en su capítulo anterior, cometió error de derecho por dejar sin justa reparación a la parte demandante, que reclama ese reconocimiento de acuerdo con el Título XXXIV del C. C., cuyas disposiciones violó, por eso, la sentencia.

b) Que los peritos estimaron en $ 4.800.00 el valor de los servicios y tratamientos que se le estaban haciendo a la damnificada y de los que posteriormente se le hicieran; pero que la sentencia sólo reconoce $ 3.000.00 y dice que los otros $ 1.800.00 no consta que hubieran sido erogados; y que al estimarlo así el fallo, declara extinguida la obligación de pagar esta última cantidad, sin que exista en los autos prueba de la cancelación, con lo cual incurre el Tribunal en error de derecho, pues declara extinguida una obligación sin que aparezca demostrado que lo fue por ninguno de los modos que indica el Título XIV del C. C. y el Título XXI de la misma obra.

c) Que en cuanto a costas del proceso, el Tribunal modificó la sentencia del Juez en el sentido de eximir del pago de ellas a la parte demandada, desconociendo así el hecho acreditado en autos de que la actora hubo de hacer fuertes erogaciones, principalmente en el pago de honorarios periciales y violando con ello el Título XVI del C. Judicial.

Se observa:

Ninguno de estos cargos es procedente, por las razones ya expuestas por la Sala, a saber: no basta para fundar el recurso de casación la cita global de capítulos o títulos de códigos, que se dicen violados en conjunto por la sentencia objeto del recurso. Se hace necesario señalar una a una

las disposiciones que se consideran infringidas, explicar y demostrar en qué concepto lo fueron, bien en forma directa, por aplicación indebida, por no haberse aplicado o haberse interpretado erróneamente, o en forma indirecta, por error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba.

De todo lo anterior se concluye que son también infundados los cargos del actor recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiuno (21) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950), dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

LA INOBSERVANCIA DE LAS EXIGENCIAS LEGALES CONSISTENTES EN LA PREVIA AUTORIZACION JUDICIAL Y POSTERIOR ENAJENACION POR MEDIO DE SUBASTA PUBLICA DE LOS BIENES DE MENORES, NO IMPLICA LA NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO CONTRATO REALIZADO POR EL REPRESENTANTE LEGAL DE ESTOS

I

Para la Corte no es dudoso que la exigencia de la previa autorización judicial y posterior enajenación por medio de subasta pública, son requisitos exigidos por la ley en consideración al simple estado de incapacidad en que se halla el menor para hacer directamente la enajenación; y que, por lo tanto, su inobservancia conduce apenas a la nulidad relativa del acto o contrato, saneable por la prescripción cuatrienal, y no a la absoluta que sólo es susceptible de purgarse por el medio de la prescripción extraordinaria.

Los actos o contratos de los absolutamente incapaces, afectados de nulidad absoluta en conformidad con lo prevenido por el inciso segundo del artículo 1741 del Código Civil, no son aquellos que se ejecutan o celebran por quienes tienen su representación, o en que el incapaz se encuentre o pueda hallarse interesado; sino los efectuados por él directa o personalmente, en consideración a la ausencia de capacidad civil en que se halla para ejecutarlos por sí mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil B).—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

La sociedad conyugal formada por el matrimonio que en 1878 contrajeron Alejandro Urdaneta U., y Josefina Navarro, adquirió a título oneroso la "hacienda de Tena"; finca cundinamarquesa de grande extensión, apta para cultivos de café y otros de clima medio (Escritura Nº 253 de abril de 1887, de la Notaría 4ª de Bogotá).

Por instrumento público Nº 1.245 de 27 de octubre de 1892, otorgado en la misma Notaría, el señor Urdaneta se constituyó deudor de Carlos Uribe, Fould Fréres & Cía., de París y Pedro Merino & Son de Londres por considerables cantidades en francos y libras esterlinas, cuyo pago garantizó con hipoteca constituída sobre aquella hacienda.

Don Alejandro murió el 4 de enero de 1893 sin haber pagado esos créditos, y dejando como sucesores a su cónyuge y cinco hijos menores.

Abierto el juicio sucesorio correspondiente, doña Josefina Navarro de Urdaneta, entró en arreglos con los acreedores para solucionar la deuda, y al efecto, formalizado el inventario judicial en el cual se relacionara bienes por valor de $ 582.-929.45 y deudas por $ 533.937.90, se le adjudicó para pagar dicho pasivo la totalidad de la hacienda, aun cuando dividida en tres lotes o porciones distintas.

A los menores herederos se les canceló su cuota hereditaria con bienes muebles.

La partición fué aprobada por el Juez en sentencia de fecha 17 de septiembre de 1895, que se declaró ejecutoriada en auto de 30 de septiembre del mismo año; y se registró en la Oficina de Registro de La Mesa, el 25 de noviembre siguiente.

Los sucesores del causante, Alejandro Urdaneta, fueron representados en el juicio mortuorio así: la viuda, por el señor Eugenio García, apoderado general suyo, y los cinco hijos menores, Alejandro, Adelaida, Dolores, Josefina y Francisco Urdaneta Navarro, por el señor Ricardo Portocarrero, curador ad-litem nombrado por el Juez.

Estos dos representantes judiciales obraron en perfecto acuerdo, para llegar a los resultados del juicio que se dejan referidos.

El 12 de diciembre de 1895 se otorgaron en Bogotá dos escrituras: la Nº 1.976 de la Notaría 2ª en que doña Josefina de Urdaneta, obrando como cónyuge sobreviviente de don Alejandro y en razón de la patria potestad que dijo ejercía por entonces sobre todos sus menores hijos), vendió a la casa Fould y a Merino & Son, dos de los tres lotes en que se había dividido la hacienda para la partición; y la Nº 975 de la Notaría 4ª por la cual los dichos acreedores hipotecarios cancelaron el

gravamen, con que se les garantizaba su acreencia.

El otro lote, adjudicado también a doña Josefina, fue vendido luégo en porciones menores, a otras personas.

Pedro Merino & Son le cedieron sus derechos en la hacienda a la casa Fould, quien más tarde y ya como dueño exclusivo, le transfirió a don Carlos Rodríguez y a su señora doña Lastenia Maldonado de Rodríguez, el lote más importante de la hacienda, que denominaron "El Rosario de Tena". El otro, llamado "Escalante", fue vendido a otras personas.

En abril de 1925, los señores Alejandro, Francisco, Dolores y Adelaida Navarro, en su propio nombre, y como herederos de su hermana doña Josefina Urdaneta Navarro, todos herederos de don Alejandro Urdaneta U., demandaron en juicio ordinario a doña Lastenia Maldonado de Rodríguez y a otras personas, ante el Juez del Circuito de Bogotá, para que se declarase que es nula de nulidad absoluta, o en subsidio, de nulidad relativa, la partición de bienes verificada en el juicio de sucesión del señor Alejandro Urdaneta U., protocolizada por escritura pública número mil trescientos dos (1.302) de fecha cuatro de diciembre de mil ochocientos noventa y cinco (1895) ante el Notario Primero del Círculo de Bogotá, partición registrada en la Oficina de registro del Círculo de Tequendama el veinticinco de noviembre de mil ochocientos noventa y cinco....

Pidieron, además, que los demandados fueran condenados a restituírles los bienes que a doña Josefina se le adjudicaron en la partición, e hicieron otras peticiones complementarias y subsidiarias.

Al contestar el libelo, el principal demandado denunció el pleito a los propios actores, en su calidad de herederos de la señora Navarro de Urdaneta, propuso demanda de reconvención, e invocó varias excepciones, entre ellas la de prescripción.

Luégo los mismos demandantes principales, con las mismas calidades y por las mismas razones entablaron otra demanda ante el Juzgado del Circuito de La Mesa, contra Virginia Baquero, la sucesión ilíquida de Eduardo Villa y otro buen número de personas, para que con audiencia de todas ellas, se hicieran declaraciones y condenaciones similares a las solicitadas en la demanda instaurada en Bogotá, pero con relación a bienes raíces distintos. Este juicio fue acumulado al que primero se había promovido en esta ciudad, y fallados por el Juzgado 3º Civil de este Circuito, en sentencia dictada el 27 de agosto de 1946, en los siguientes términos:

1º Declárase no probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad intentada en este juicio.

2º Niéganse igualmente las peticiones de la demanda de reconvención.

4º Sin Costas.

En este fallo consideró el Juzgado que la nulidad de la partición —caso de existir— habría sido absoluta; que, en ese supuesto, la prescripción extintiva de la acción de nulidad prescribe en 20 años, y se suspende en favor de las personas mencionadas en el ordinal 1º del artículo 2.530 del C. C., pero que, en todo caso, se consuma transcurridos 30 años, conforme al inciso segundo del artículo 2.541.

Que aplicando esos preceptos a los hechos demostrados en el proceso, y dentro de la hipótesis de nulidad absoluta de la partición, la acción incoada no estaría prescrita.

Pero al examinar las ocurrencias, modalidades y circunstancias dentro de las cuales se llevó a efecto la partición de bienes, por causa de la muerte de don Alejandro Urdaneta, consideró el señor Juez 3º que la omisión del remate para pagar con su producto las deudas sucesorales, antes que un motivo de nulidad contra la partición, determinaba solamente una causa legal para objetarla, y por ello negó las súplicas, de las demandas. Y como las del libelo de reconvención fueron condicionadas al evento de que las de la demanda principal prosperasen, negó las de la contrademanda.

Llevado el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, por apelación interpuesta por las partes, sobrevino el deplorable incendio del palacio de Justicia, peretrado el 9 de abril de 1948, y el expediente desapareció. Por lo cual debieron los actores provocar la reconstrucción del expediente, por cierto muy laboriosa, y el trámite finalizó con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de enero de 1951, en cuya parte resolutiva dispuso:

1º Declárase probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad. En consecuencia, niéganse las peticiones de la demanda principal.

2º No es el caso de decidir la demanda de reconvención.

3º Sin costas en ninguna de las instancias.

Fueron fundamentos principales del fallo del Tribunal los siguientes:

"El pago de deudas con adjudicación de inmuebles sucesorales es una dación en pago.

"El acreedor, de quién hubo el dominio del inmueble, del causante o de los herederos?

"En derecho colombiano, la sucesión por causa de muerte es título y modo de transferir el dominio de los bienes del causante a sus herederos (artículos 673, y 765 del C. C).

"La dación en pago de un bien relicto al acreedor hereditario es el título traslaticio; el modo es la sucesión o más concretamente, la partición.

"El causante no puede transmitir el dominio al acreedor, porque ya desapareció. Lo transmite a su heredero por ministerio de la ley. A ello obedece la institución jurídica de la sucesión, pues de lo contrario sobraría en el ordenamiento legal.

"El tercero lo adquiere, pues, de los herederos. Y si éstos son menores, y lo transferido inmuebles, tal enajenación requiere licencia judicial y pública subasta (artículos 483 y 484 id). La pretermisión de estas formalidades entraña nulidad, conforme al artículo 1.741.

"Por ello la Corte ha decidido: "No puede el partidor de bienes de una sucesión adjudicar un inmueble para el pago de deudas habiendo menores o incapaces interesados. El inmueble, en este caso, debe rematarse, y el remate debe hacerse antes de aprobar la partición". (T. I. Nº 530).

"Lo expuesto pone de presente lo infundado de la premisa en que se apoyan los razonamientos del fallo apelado. En efecto, "de conformidad con el artículo 1401, —dice la sentencia—, el adjudicatario obtiene su derecho sobre la cosa adjudicada directamente del causante, y debe entenderse que sus copartícipes nunca han tenido derecho alguno sobre dicho bien". De donde concluye que no siendo dueños los herederos, tampoco se requieren las formalidades indispensables para enajenar bienes raíces de aquéllos cuando son menores, siendo por lo tanto invulnerable la partición atacada. Nó, el efecto retroactivo de la partición consagrado por el artículo 1401, se predica únicamente del asignatario, pero no de quien no lo es. De ahí que en este último evento, el adjudicatario no obtenga su derecho directamente del causante, sino de los herederos. Durante la indivisión cada partícipe tiene un derecho de cuota sobre cada uno de los bienes que integran la herencia. Desvirtuanda la premisa, cae el fundamento de la decisión apelada.

"Es absoluta o relativa la nulidad apuntada?

"En sentir del Tribunal es relativa, porque, a) las formalidades de licencia y remate se exigen en razón de la calidad o estado de las personas, la menor edad de los herederos; y no se prescriben en consideración a la naturaleza del acto de partición. De lo contrario sería de rigor en toda partición ordenar la subasta pública de los bienes adjudicados en pago de deudas (artículo 1501); y b) es obvio que el heredero al llegar a la mayor edad puede sanear el acto irregular contenido en la partición. Y conforme lo anotan distinguidos expositores, el criterio que sirve para deslindar la nulidad absoluta de la relativa, consiste en que ésta es susceptible de ratificación o confirmación, y aquélla nó. En este sentido se pronuncia el doctor Cadavid en trabajo publicado en la Revista de la Academia de Jurisprudencia, Nos. 97 y 98, páginas 52 y siguientes.

"Conforme a nuestro ordenamiento civil (agrega el fallo), la dación en pago la hace a nombre de los herederos el partidor, con el asentimiento del curador ad-litem. La irregularidad no estriba en falta de representación, sino en la ausencia de las formalidades aludidas". (Subasta pública).

"Lo expresado en los dos párrafos anteriores, sustenta la tesis opuesta, a la propugnada por los demandantes.

"La tesis expuesta por el Tribunal tiene su respaldo en la jurisprudencia de la Corte (Tomo LIX, Nº 2025, pág. 869) y de este Tribunal en numerosas providencias. (Del Río, números 1128 y 1030).

"Por consiguiente, la nombrada partición es relativamente nula".

Y luégo dice:

"La nulidad relativa instituída en favor de los incapaces, prescribe en cuatro años, contados desde el día en que haya cesado la incapacidad. A los herederos menores empieza a contárseles el cuatrenio o su residuo desde que hubieran llegado a la edad mayor (Arts. 1750 y 1751)".

"Ahora bien: de la época en que los adjudicatarios menores llegaron a la edad mayor a la fecha en que se notificó la demanda, ya había corrido el plazo señalado. Luego la acción de nulidad está prescrita".

"Esta defensa fue invocada por los demandados".

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los apoderados de los demandantes, doctores Liborio Escallón y Gonzalo Gómez, quienes formularon ante la Corte demandas separadas, fundándolas en la causal primera de las del artículo 520 del C. J.

El doctor Escallón acusa el fallo recurrido por

ser violatorio de la ley sustantiva en sus tres formas: no aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea de normas sustantivas. Expresamente, por falta de aplicación de los artículos 1503, 1504, 1741, 749, 6º, 1519 del C. C., y 2º de la Ley 50 de 1936, por los siguientes conceptos:

a) De acuerdo con lo establecido en los autos, cuando se verificó la partición de los bienes sucesorales de don Alejandro Urdaneta U., sus hijos que lo heredaban, eran impúberes, y por consiguiente absolutamente incapaces; no obstante en aquel acto, los bienes inmuebles que formaban la herencia, fueron adjudicados a la cónyuge sobreviviente por concepto de hijuela para el pago de deudas y gastos, sin la observancia previa de la licencia judicial y consiguiente subasta, con lo cual dicha enajenación quedó viciada de nulidad absoluta. Por lo tanto, al desconocerla el sentenciador, violó las disposiciones sustantivas citadas al principio.

b) Posteriormente a la partición, la señora viuda de Urdaneta, como cónyuge sobreviviente y representante legal de sus menores hijos, vendió a "Merino & Son" y "Fould Fréres & Cía." dos de los lotes de la hacienda que se le habían adjudicado, también sin la previa licencia judicial y el consiguiente remate. Luego, por las mismas razones antes expuestas, dicha enajenación era absolutamente nula, y así debía haberlo reconocido el Tribunal.

c) La venta de que trata el aparte anterior, encubre un contrato simulado, por cuanto según documento privado suscrito el 18 de octubre de 1894, lo que exactamente acordaron las partes fue una dación en pago, dirigida a cancelar por ese medio las obligaciones hipotecarias que la sucesión tenía para con los compradores. "Y como —dice el recurrente— esto no podía hacerse, por ser absolutamente ilegal y nulo, tampoco podía hacerse indirectamente, como se hizo, porque en derecho, no puede hacerse indirectamente lo que la ley prohibe que se haga directamente. "Ese pacto.... y esa adjudicación de la hijuela de deudas y gastos a doña Josefina, son todos pactos ilícitos, actos ilícitos, por estar prohibidos por la ley, de acuerdo con el artículo 1523 del C. C., que también violó la sentencia del Tribunal".

De su lado, el otro recurrente doctor Gómez, reafirma estas mismas acusaciones en forma por demás pormenorizada, agregando como cargo nuevo el que se relaciona "con el crédito por monedas extranjeras que se pagó indebidamente en la partición" que funda así:

Conforme al decreto Nº 217 de 31 de agosto de 1886, vigente para la fecha del contrato de mútuo contenido en la escritura Nº 1.245 de 27 de octubre de 1892, no podía estipularse en monedas distintas de los billetes del Banco Nacional de curso forzoso, el cual consideró estos billetes "como la única moneda corriente en todas las transacciones que se celebren en adelante oficiales y particulares". El artículo 15 de la Ley 87 de 1886 ratificó expresamente esa prohibición; y el artículo 1º del Decreto Nº 1.494 de 1902 que auténticamente interpretaba aquellas normas, dispuso: "Toda autoridad administrativa o judicial ante quien se presente con cualquier motivo un contrato en que se estipulen en alguna forma para la transacción o el pago, monedas distintas de la moneda legal, declarará de oficio, nulo dicho contrato".

Al pasar inadvertidamente el sentenciador por este aspecto del problema, "incurrió en error de hecho evidente al desconocer o no apreciar la prueba consistente en dicho documento, es decir, la prueba de la prohibida estipulación de monedas extranjeras que él contiene, desconocimiento de esa prueba que, con no apreciarla, le dió validez a la partición demandada", quebrantando como consecuencia los artículos 1757, 1765, 6° inc. 2º, 1527, 1519 y 1502 del C. C., y 15 de la Ley 87 de 1886 y 15 de la Ley 95 de 1890.

También —agrega el recurrente incurrió el fallo en error de derecho, consistente en calificar o estimar la nulidad demandada como relativa, siendo absoluta. Por tal error quebrantó directamente los artículos 15 de la ley 87 de 1886, interpretada por el Decreto Legislativo 1494 de 1902; los artículos 15 de la ley 95 de 1890; el inciso 2º del artículo 6º; los artículos 1527, 1519, 1502, 1504, 1740 e inc., 2º del artículo 1741 del C. C. Todos los cuales directa o indirectamente, pero todos ellos, disponen que la nulidad proveniente de obrar contra expresa prohibición de la ley, constituye nulidad absoluta.

La Sala observa:

Primero.—Conforme al artículo 1740 del C. C. "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 calidad o estado de las partes. "La nulidad puede ser absoluta o relativa".

Y según el 1741 siguiente, "la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad 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, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son **nulidades absolutas.** "Hay así mismo **nulidad absoluta** en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces. "Cualquiera otra especie de vicio produce **nulidad relativa** y dá derecho a la rescisión del acto o contrato".

Entonces, y de acuerdo con estas disposiciones que son las exactamente aplicables al caso de que se trata, todo el problema se concreta a establecer, si los requisitos o formalidades de que rodea la ley la enajenación de bienes de menores, han sido establecidas teniendo en cuenta la naturaleza del acto o contrato respectivo, o en consideración a la calidad o estado de las partes; y si, en consecuencia, su inobservancia determina nulidad absoluta o simplemente la relativa.

Para la Sala no es dudoso que la existencia de la previa autorización judicial y posterior enajenación por medio de subasta pública, son requisitos exigidos por la ley en consideración al simple estado de incapacidad en que se halla el menor para hacer directamente la enajenación; y que por lo tanto, su inobservancia conduce apenas a la nulidad relativa del acto o contrato, saneable por la prescripción cuatrienal, y no a la absoluta que sólo es susceptible de purgarse por el medio de la prescripción extraordinaria.

Los actos o contratos de los absolutamente incapaces, afectados de nulidad absoluta en conformidad con lo prevenido por el inciso segundo del artículo 1741, antes transcrito, no son aquellos que se ejecutan o celebran por quienes tienen su representación, o en que el incapaz se encuentra o puede hallarse interesado; sino los efectuados por él directa o personalmente, en consideración a la ausencia de capacidad civil en que se halla para ejecutarlos o celebrarlos por si mismo.

"De acuerdo con el artículo 1741, dice don Fernando Vélez, produce nulidad absoluta 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, y no la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. En el contrato de compraventa de inmuebles, es nulidad absoluta la omisión de la escritura pública para celebrarlo, porque ésta no se exige en atención a la naturaleza del contrato (Arts. 1500 y 1.857). La hipoteca de un bien raíz verificada con permiso judicial en documento privado, adolecería de nulidad absoluta, porque la hipoteca no puede otorgarse sino por escritura pública (artículo 2.434). La omisión de la autorización judicial equivale a la de una formalidad que requiere la calidad o estado del pupilo. De esto puede deducirse que la falta de ese requisito, así como la del permiso judicial que necesita el marido o padre de familia para la enajenación o hipotecación de los inmuebles de la mujer o del hijo, produce nulidad relativa (inc. 3º art. 1.741), la cual se ha establecido en beneficio del pupilo (art. 1.743). Por tanto, sólo puede alegarse dentro del término legal (art. 1750 y 1751) por el mismo guardador o por el pupilo luego que adquiera su capacidad; pero no por el otro contratante...." (Derecho Civil, Tomo II Nº 288 in fine).

Y la Corte en sentencia de 9 de noviembre de 1896, invariablemente sostenida desde entonces, dijo:

"La prohibición de que habla el artículo 303 del Código Civil no implica la incapacidad absoluta del padre para disponer de los bienes del hijo; y si dispone de los bienes de ellos sin llenar los requisitos que ese artículo exige, la venta estará afectada, cuando más, de nulidad relativa". (G. J. Tomo XII pág. 101).

En consecuencia, y no siendo de carácter absoluto, sino simplemente relativo, el defecto en que se incurrió al hacerse la partición de los bienes hereditarios de don Alejandro Urdaneta U., mediante adjudicación directa a la cónyuge sobreviviente de los bienes destinados al pago de las deudas sucesorales, la indebida aplicación e interpretación errónea de los preceptos sustantivos que los recurrentes consideran quebrantados, carecen de fundamento, y el cargo debe, por lo tanto, rechazarse.

Segundo.—La situación jurídica en que colocan los recurrentes este segundo capítulo de su acusación, respecto de la venta que, como consecuencia de la partición, le hiciera la señora viuda de Urdaneta a los acreedores hereditarios, es exactamente la misma que se planteó y analizó, respecto del auto mismo de la partición, en cuanto uno y otro resultan afectadas por la inobservancia de las formalidades previas de la licencia judicial y la subasta, que la ley exige para la enajenación de bienes raíces de menores. Por ello, la conclusión, tampoco puede ser distinta, y por lo tanto, el cargo debe rechazarse.

No sobra sin embargo recordar, que habiendo precedido la partición al contrato de venta que como consecuencia de ella celebró la señora con

los acreedores hereditarios, no se vé siquiera la posibilidad física, de cómo éste último hubiera llegado a determinar la invalidez de la primera, ni por consiguiente la forma como el sentenciador alcanzara a violar en este concepto, las leyes sustantivas que rigen la partición, pues que nunca la causa pudo ser posterior al efecto.

Tercero.—Respecto de las otras dos acusaciones, relacionadas con la estipulación en monedas extranjeras, que la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato había prohibido y con la invalidez de la promesa de dación en pago a virtud de la cual se llevó a cabo la partición, es suficiente para establecer su improcedencia la siguiente sencilla consideración: Los expresados contratos se formalizaron entre don Alejandro Urdaneta de una parte, y los señores Fould Fréres & Cía., de París, Pedro N. Merino & Son de Londres y Carlos Uribe, de la otra; y entre éstos últimos señores y la viuda del primero, doña Josefina Navarro de Urdaneta. En consecuencia, y para que la validez de tales acuerdos pudiera ser tocada, la controversia tenía forzosamente que adelantarse con la directa intervención de quienes los acordaron, o de sus legítimos sucesores; pues que, como lo tiene entendido la Jurisprudencia, "Una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir, manifiesta, en el sentido antes expresado, no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o cumplimiento del contrato y entonces como por un principio general de orden público los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación por medio de la declaratoria oficiosa de nulidad. Quiere esto decir que ni el artículo 15 de la ley 95 de 1890 ni el 2º de la ley 50 de 1936, son de una aplicación irrestricta e ilimitada". (Casación de agosto 26 de 1938, G. J., Nº 1.940, pág. 62).

Luego no tratándose en el caso de autos, de una controversia suscitada entre quienes formalizaron aquellas convenciones, ni estando siquiera dirigida la demanda a obtener concretamente una declaración de invalidez respecto de las mismas, no era posible la violación de la ley sustantiva por el sentenciador, a través de una errónea desestimación de tales contratos.

Por lo tanto, dichos cargos, son igualmente infundados y deben rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha veintinueve (29) de enero de mil novecientos cincuenta y uno, en este juicio

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas.—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION. — EL SEÑALAMIENTO DE LA PERSONA A QUIEN SE PRETENDE VENCER EN JUICIO, DEPENDE EXCLUSIVAMENTE DEL ACTOR; Y EL JUEZ ANTE QUIEN SE PRESENTE UNA DEMANDA SIN DEMANDADO O CON MAL SEÑALAMIENTO DE EL, NO PUEDE, OFICIOSAMENTE, ENMENDARLA O CORREGIRLA, CAMBIANDO O INVENTANDO UNO DE LOS SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL

1—El Tribunal declaró probada la excepción de prescripción ordinaria personalmente a favor de Manuel Loreto Jiménez Cárdenas, cuando lo alegado y pedido por éste, sin haber sido señalado por el actor como demandado, fue la prescripción extraordinaria para la sucesión de su padre Loreto Jiménez.

Así las cosas, el sentenciador quebrantó el principio general de derecho procesal de que la sentencia debe corresponder a la acción instaurada, en cuanto que este derecho comprende no sólo al actor, sino también al reo, para la declaración negativa de la relación, que regularmente se ejercita por el último, en la forma de medios defensivos o excepciones, y que implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas; y b) Que el mismo funcionario judicial debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo con fundamento en tales elementos. El fallo en estudio se pronuncia sobre una cuestión no planteada en el pliego de excepciones, porque la prescripción que declara no ha sido pedida y se reconoce con apoyo en elementos de hecho y conceptos diferentes de los que sirvieron de base al excepcionante para invocar el medio defensivo propuesto en la contestación de la demanda, desoyendo así el Tribunal la verdadera razón o causa de pedir.

Crea, pues, aquel fallo una situación constitutiva de la incongruencia prevista en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., que lo coloca al margen de las reglas del artículo 471 ibidem, que señalan aquello à que debe cenñirse la sentencia en cada caso en el evento contemplado en el citado motivo 2º, en relación con el artículo 593, que requiere demostración plena y completa de los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial.

2—El principio de disposición de las partes es la regla de nuestro procedimiento civil. De acuerdo con él, el juez preside y dirige los debates judiciales, pero esta fcultad de dirección está limitada por las iniciativas de los litigantes en lo relacionado con las bases del pleito, entre las cuales se encuentra la determinación de los sujetos de la relación jurídico procesal: actor y demandado, según los artículos 205 y 227 del C. J., contentivo el último de las definiciones de la respectiva posición procesal del uno y del otro. De donde ha de deducirse que el señalamiento de la persona a quien se pretende vencer en el juicio, depende exclusivamente del actor, y que el juez ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal señalamiento de él, no puede oficiosamente enmendarla o corregirla, cambiando o inventando uno de los sujetos de la relación procesal, por ser la comparecencia en juicio un derecho personal directo, cuyo ejercicio corresponde a las personas, según puedan o no comparecer, de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitraria de los funcionarios judiciales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas).

ANTECEDENTES

En el juicio de división material del predio co-

nocido con la denominación de "MORALES o RUMUALDO GONZALEZ", jurisdicción del Municipio de Tuluá, se adjudicó al señor Juan José Sánchez Cabal, cuatro lotes de terreno con la extensión y linderos que se determinan en la correspondiente hijuela —escritura 354 de 26 de agosto de 1930— entre ellos el siguiente:

"Lote D.—Se compone de tres fanegadas 8300 varas cuadradas y sus linderos son: al norte, el río Morales; al oriente, en parte las adjudicaciones de Napoleón y Valentín Jiménez, de por medio el camino de la comunidad, desde el mojón Nº 31 hasta el mojón Nº 33, y en parte la adjudicación de Napoleón y Valentín Jiménez; del mojón Nº 33 al Nº 38; al sur, la adjudicación de María Loreto Jiménez desde el mojón Nº 37 hasta el Nº 38; y por el occidente, la adjudicación de Ana Joaquina Torres desde el mojón N° 38 hasta el mojón Nº 34".

El señor Emiliano Bocanegra, adquirió de Juan José Sánchez Cabal por compra hecha según escritura 17 de 7 de enero de 1939, el lote antes descrito.

Antes de promoverse el presente juicio, el demandante Bocanegra había provocado la entrega del lote que había adquirido, con apoyo en la sentencia aprobatoria de la partición material. A esa entrega se opusieron Carlos Rómulo Jiménez y Manuel Loreto Jiménez, y el lote quedó en su poder por no haber promovido aquél el respectivo juicio ordinario dentro del término que la ley señala.

El mismo Bocanegra intentó más tarde juicio reivindicatorio contra los opositores Jiménez, pero se declaró en él probada la excepción de ilegitimidad de la personería de los demandados, por no ser ellos los poseedores sino la sucesión de Loreto Jiménez, representada por sus herederos y confundida con la de la señora Ana Rosa Cárdenas, madre de los mismos demandados.

Los señores Jiménez Cárdenas no tenían mejoras en el lote para las fechas de las demandas anotadas, como tampoco la sucesión, pero hoy sí las tienen con la calidad de poseedores de mala fe.

Con fundamentos en estos hechos, **Emiliano Bocanegra** demandó por la vía ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Tuluá y con audiencia de los señores **Carlos, Rómulo, Manuel Antonio, Desiderio, Aldemar, Aura María, María del Socorro, Alba Victoria, María Concepción y Abelardo Jiménez Cárdenas**, como herederos de **Loreto Jiménez** y **Ana Rosa Cárdenas**, las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que soy dueño legítimo y absoluto, por título justo, del lote de terreno que especifico en los hechos 2º y 4º de esta demanda, con derecho a ejercitar los atributos que configuran el llamado derecho de **propiedad o dominio.**

"**Segunda.**—Que, en consecuencia de la declaración anterior, se me debe entregar, una vez ejecutoriada esta demanda (sic) por la parte demandada, el lote dicho, sin derecho a retenerlo, por concepto de mejoras, por razón de estar retenido de mala fé;

"**Tercera.**—Que se me deben los frutos naturales y civiles de la cosa y no solamente los percibidos sino los que el dueño, que lo soy yo, hubiera podido percibir con mediana inteligencia, teniendo el lote en mi poder.

"**Cuarta.**—Que no estoy obligado a pagar mejoras; y "**Quinta.** — Que la parte demandada debe pagar las costas si afrontare la litis".

Contestaron la demanda CARLOS ROMULO JIMENEZ y MANUEL LORETO JIMENEZ, éste último sin haber sido señalado en el libelo como demandado y sin que en el auto admisorio dictado por el Juzgado se ordenara la notificación y traslado de la demanda, pero alegó:

"En favor de la sucesión de mi finado padre LORETO JIMENEZ, existe de conformidad con las anteriores afirmaciones el derecho de dominio por prescripción adquisitiva consagrada por la ley 120 de 1928 y por el Artículo 12 de la ley 200 de régimen de tierras (1936), prescripción que de conformidad con la ley citada y con el Decreto Ejecutivo Nº 0059, reglamentario de la misma, este derecho se puede alegar como excepción. Pues, hace mucho más de treinta años que existe la posesión que principió con la ocupación de esos terrenos por mi padre Loreto Jiménez y se ha sostenido hasta la presente fecha".

"Por consiguiente, niego el derecho que invoca el demandante y propongo la excepción **perentoria de prescripción** con fundamento en las leyes citadas".

El Juzgado negó todas las peticiones de la demanda, según fallo de 21 de marzo de 1949, el que apelado por el demandante, originó la segunda instancia ante el Tribunal Superior de Buga, el cual por decisión de 31 de agosto de 1950, confirmó la apelada, "en virtud de hallar probada la excepción de PRESCRIPCION ORDINARIA propuesta por el demandado".

Parte el Tribunal en su fallo de la base de que el título del actor lo constituye la escritura 17 de 7 de enero de 1939, en relación con la 354 de 26 de agosto de 1930, y que el lote de terreno a que éllas se refieren, que es objeto de la acción reivindicatoria, está debidamente identificado en el juicio, para entrar a estudiar las copias de las sentencias pronunciadas con anterioridad a la demanda que decide, para expresar:

"Por la relación que se deja hecha anteriormente, claramente se observa las continuas posiciones que al vaivén de las circunstancias procesales ha venido tomando la parte demandada. En el primer juicio que Bocanegra instauró, los demandados pudieron colocarse al margen de la acción ejercitada contra ellos, negando ser poseedores, en su propio nombre, del lote reclamado por aquél. Y ahora, en el presente juicio, alegan que ellos son los poseedores, en su propio nombre, del lote a que se refiere la demanda, y no como representantes de la sucesión de sus padres; o mejor, que no son los causahabientes de los bienes dejados por aquéllos, sino que poseen el bien perseguido por Bocanegra en condiciones distintas a las expresadas en la demanda. A tal efecto el demandado MANUEL LORETO JIMENEZ CARDENAS adujo, en esta instancia para demostrar que ha tenido la posesión material del lote de terreno materia del juicio, como continuador de su padre Loreto Jiménez, las declaraciones de **Antonio José Moreno, Luis Eduardo Cuéllar, Primitivo Banderas** y **Manuel de Jesús Durán** (Fs. 5 a 8 del Cuad. 3º). Posesión material que, para el apoderado del mismo demandado, le da derecho a la adquisición, por PRESCRIPCION ORDINARIA del mismo lote de terreno, conforme a las escrituras que aparecen también en el mismo cuaderno de folios 9 a 19, como son: la Nº 237 de 20 de mayo de 1925 y la Nº 30 de 19 del mismo mes y año, debidamente registradas y conforme a las cuales ha podido realmente enterarse el Tribunal que el demandado Manuel Loreto Jiménez ha sido el poseedor inscrito del lote de terreno de que trata este juicio, así como también el poseedor material del mismo inmueble durante más de diez años. Estando, por este hecho, dicho demandado, en el caso de ganar por "PRESCRIPCION ORDINARIA" el dominio del inmueble demandado, y mas cuando se considera al demandante que habiendo adquirido el bien litigioso en el año de 1939, por escritura Nº 17 de 7 de enero de aquel año, no ha poseído materialmente dicho bien un solo día como aparece no haberlo poseído tampoco su vendedor al señor JUAN JOSE SANCHEZ CABAL, a pesar de habérsele adjudicado en el juicio divisorio de "Morales o Rumualdo González", según escritura Nº 354 por la cual se protocolizó el dicho juicio en el año de 1930.

"Así es como el Tribunal, después de estudiar la situación jurídica de las partes con relación al susodicho bien litigioso, ha llegado a la conclusión de que el demandado Manuel Loreto Jiménez por las ventas hechas a él en las citadas escrituras a las cuales puede agregarse la Nº 635 de 8 de julio de 1943, anterior a la demanda, ha sido no solamente el poseedor material en su propio nombre, sino el poseedor inscrito por un tiempo mayor a diez años, que le dá derecho a ser único dueño del inmueble que se demanda, al paso que el demandante, si es verdad que puede considerarse como poseedor inscrito de dicho bien desde 1939, a la fecha de la demanda que lo fue en 1944 no tenía, a su favor el tiempo suficiente que, en cambio, sí tenía conforme a las escrituras citadas, el demandado para reclamar para sí el derecho de dominio por "PRESCRIPCION ORDINARIA".

"Y es que proponiéndose el demandante reivindicar el predio dice tienen los demandados como representantes de las sucesiones de Loreto Jiménez y su esposa Ana Rosa Cárdenas, no le bastaba acreditar haberlo adquirido, aduciendo la escritura Nº 17 de 7 de enero de 1939, sino acreditar igualmente que los demandados, aunque lo hubieran poseído también sus causantes, el tiempo de esa posesión no les daría derecho para alegar su dominio por prescripción. De donde se deduce que aunque el demandante alegue compra de lo que pretende reivindicar, esa sola circunstancia no le dá toda la procedencia a su acción, desde el momento que el demandado Manuel Loreto Jiménez, por su parte, ha puesto de relieve en el juicio no poseer a nombre de las sucesiones de sus padres, sino a nombre propio y por un tiempo que lo coloca en condiciones de considerarse como dueño del predio litigioso, por prescripción adquisitiva de dominio ordinaria y extraordinaria, en forma que el Tribunal llegando a la misma conclusión de la sentencia apelada, que negó hacer las declaraciones solicitadas en la demanda, tiene que fundar su decisión en la declaración de estar probada la excepción de "PRESCRIPCION ORDINARIA" propuesta por el demandado Miguel Loreto Jiménez, único de los demandados que afrontó el juicio".

El recurso

No contento el actor con este fallo, interpuso

casación contra él, y llegada como es la oportunidad, la Sala decide el recurso. El viene apoyado en las causales 1ª y 2ª del Artículo 520 del C. J.: por violación de la ley sustantiva y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Por cuestión de orden y porque la Sala estima admisible la segunda causal, comienza el estudio de la demanda por ella.

..**Causal segunda.**—Se fundamenta esta causal en el hecho de que uno de los demandados, Manuel Loreto Jiménez, al contestar la demanda, alegó la excepción de prescripción adquisitiva en favor de la sucesión de su padre LORETO JIMENEZ, apoyándose en una posesión de "más de treinta años", esto es la prescripción extraordinaria. Pero la sentencia declaró la prescripción ordinaria en favor del demandado Manuel Loreto Jiménez.

"Hubo, pues, incongruencia entre lo pedido o propuesto por Manuel Loreto Jiménez y lo resuelto. El no había hablado de prescripción ordinaria en su favor, sino de extraordinaria en favor de la sucesión de su padre. El Tribunal se apartó de las pretensiones del demandado y fue mucho más allá".

Se considera:

La simple comparación entre lo alegado por Manuel Loreto Jiménez en al contestación de la demanda y lo resuelto por el Tribunal, pone de relieve la incongruencia observada por el recurrente. En efecto, Jiménez afirmó y pidió en aquel escrito:

"Desde tiempos inmemoriales mi padre Loreto Jiménez, ha estado en posesión y luego sus herederos del lote materia de la reivindicación, él y nosotros lo hemos poseído con fundación y establecimiento de mejoras, explotación económica del suelo, desde mucho tiempo antes de saberse que en esos terrenos existía comunero, pues por el contrario, como tales terrenos estaban abandonados, los ocupamos por considerarlos como baldíos de la Nación".

"En favor de la sucesión de mi finado padre LORETO JIMENEZ, existe de conformidad con las anteriores afirmaciones el derecho de dominio por prescripción adquisitiva consagrada por la ley 120 de 1928 y por el artículo 12 de la ley 200 de régimen de tierras (1936), prescripción que de conformidad con la ley citada y con el Decreto Ejecutivo Nº 0059 de la misma, este derecho se puede alegar como excepción. Pues, hace mucho más de treinta años que existe la posesión que principió con la ocupación de esos terrenos por mi padre Loreto Jiménez y se ha sostenido hasta la presente fecha".

El Tribunal declaró probada la excepción de prescripción ordinaria personalmente a favor de Manuel Loreto Jiménez Cárdenas, cuando lo alegado y pedido por éste; sin haber sido señalado por el actor como demandado, fue la prescripción extraordinaria para la sucesión de su padre Loreto Jiménez.

Así las cosas, el sentenciador quebrantó el principio general de derecho procesal de que la sentencia debe corresponder a la acción instaurada, en cuanto que este derecho comprende no sólo al actor, sino también al reo, para la declaración negativa de la relación, que regularmente se ejercita por el último, en la forma de medios defensivos o excepciones, y que implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide y sólo lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas; y b) que el mismo funcionario judicial debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo con fundamento en tales elementos. El fallo en estudio se pronuncia sobre una cuestión no planteada en el pliego de excepciones, porque la prescripción que declara no ha sido pedida y se reconoce con apoyo en elementos de hecho y conceptos diferentes de los que sirvieron de base al excepcionante para invocar el medio defensivo propuesto en la contestación de la demanda, desoyendo así el Tribunal, la verdadera razón o causa de pedir.

Créa, pues, aquel fallo una situación constitutiva de la incongruencia prevista en el numeral 2º del Artículo 520 del C. J., que lo coloca al margen de las reglas del Artículo 471 ibidem, que "señalan aquello a que debe ceñirse la sentencia en cada caso en el evento contemplado en el citado motivo 2º, en relación con el Artículo 593 que requiere demostración plena y completa de los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial".

Todo lo cual conduce a reconocer la admisibilidad de la causal alegada, y sin considerar las restantes, y como consecuencia de la infirmación del fallo, la Sala procede a dictar en su lugar la resolución que corresponde (Artículo 538).

El principio de disposición de las partes es la regla de nuestro procedimiento civil. De acuer-

do con él, el juez preside y dirige los debates judiciales, pero esta facultad de dirección está limitada por las iniciativas de los litigantes en lo relacionado con las bases del pleito, entre las cuales se encuentra la determinación de los sujetos de la relación jurídico procesal: actor y demandado, según los artículos 205 y 227 del C. J., contentivo el último de las definiciones de la respectiva posición procesal del uno y del otro. De donde ha de deducirse, que el señalamiento de la persona a quien se pretende vencer en juicio, depende exclusivamente del actor y que el Juez ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal señalamiento de él, no puede oficiosamente enmendarla o corregirla cambiando, o inventando como en el presente caso, uno de los sujetos de la relación procesal, por ser "la comparencia en juicio un derecho personal directo cuyo ejercicio corresponde a las personas según puedan o no comparecer de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitraria de los funcionarios judiciales".

De la historia de la actuación resulta que la comparencia en el juicio de Manuel Loreto Jiménez Cárdenas, como demandado, no obedece a la voluntaria iniciativa del actor Bocanegra, sino a la exclusiva del Secretario del Juzgado, quien tomó la determinación de notificar y dar en traslado a aquél, la demanda. Ni en el libelo principal, ni en el escrito en que éste se reforma o adiciona, se señala a Manuel Loreto Jiménez Cárdenas como demandado, como tampoco en el auto admisorio se ordenan aquellas diligencias, que sólo a virtud de ellas Jiménez Cárdenas se vió obligado a contestar la demanda. Pero el juzgado primero y el Tribunal más tarde, aceptaron esta irregular situación sin que proveyeran en el sentido de remediarla. Pero no sólo en el proceso tuvo lugar esta ocurrencia con el asentimiento de Juzgado y Tribunal, sino que además, está manifiesta la falta de notificación de la demanda a los demandados Manuel Antonio, Desiderio, Aldemar, Aura María, María del Socorro, Abelardo y Rosalba Jiménez, a pesar del señalamiento expreso, de éstos sí por el actor, como demandados. Resultando inexplicable la posición del Tribunal al dejar constancia de aquellas irregularidades en su auto de 8 de noviembre de 1949 (Folios 47v y 48 del C. principal) y sin embargo, proferir la sentencia que se revisa en la forma que se ha dejado analizada.

Con apoyo en lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —Sala de Casación Civil,— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha 31 de agosto de 1950, y en su lugar, pero por los motivos expresados, en los considerandos de la presente, confirma la del Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá de fecha 21 de marzo de 1949.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Sin costas.

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas.—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

LO SIMPLEMENTE ENUNCIATIVO O ACCIDENTAL DE UNA ESCRITURA NO OBLIGA A QUIENES NO INTERVINIERON EN SU OTORGAMIENTO

1.—Casada una sentencia en su totalidad, de ella no queda nada. CASAR, en sentido jurídico, se deriva del verbo latino CASARE, que equivale a quebrantar, anular, abrogar. Tratadistas dicen que al casar una sentencia se anula, se rompe, se reduce a lo inexistente. (Manresa y Navarro, "Enjuiciamiento Civil", Tomo VIII, pág. 708). Comentando el señor Samper el artículo 151 de la Constitución de 1886, escribe: "Qué cosa es la casación? Es la anulación o abrogación de algo que, teniendo fuerza legal de cosa juzgada, dada generalmente por firme y valedera, no debe subsistir, sin embargo, porque fue mal hecha, contra manifiesta justicia, y quedó viciada desde su origen". Y la Ley 61 de aquel año, primera que se dictó en desarrollo de la función 1ª del artículo 151 citado, habló de "causales de nulidad para efecto de interponer recurso de casación". De todos modos, la casación hace tabla rasa de la sentencia recurrida, con una sola finalidad: la de casarla y fallar en instancia, o la de casarla y disponer que vuelva el expediente al Tribunal para nuevo fallo, ya que, de acuerdo con nuestra ley procedimental, rige un sistema mixto, el de reenvío y el de pronunciamiento por la misma Corte, según que se trate de un quebrantamiento de forma o de una infracción de ley sustantiva.

Se vió que la Corte casó incondicionalmente el primer fallo del Tribunal. Por tanto, ese fallo se convirtió en simple historia del pleito, sin que en ningún caso se pueda fundamentar en él cargo alguno de casación. El recurso se concedió para el segundo fallo, o mejor, para el fallo del Tribunal, ya que, desaparecido el primero, no quedó sino uno. Y la demanda de casación ha debido versar sobre ese único fallo.

2.—Nuestro Código no habla en detalle de lo que debe ser una demanda de casación, y apenas esboza algunas de sus condiciones (artículo 531). En cambio, la Ley 90 de 1920 enunciaba todos los componentes de esa demanda, y decía que el Magistrado debía examinar "preferentemente si la demanda de casación reúne las condiciones de que trata el artículo anterior" (artículos 9º y 10º). La jurisprudencia tiene expresado que el alegato de casación debe reunir las condiciones de una verdadera demanda. Y es claro que si no reúne esas condiciones, la demanda es inepta (artículo 333, numeral 1º). Si en un procedimiento general la ley es exigente, más lo es tratándose del procedimiento en casación, rígido y estricto, dentro del cual tiene que moverse la Corte, sin que pueda desviarse del camino que la demanda señala. "El recurso de casación es el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia denunciada, EN LOS LIMITES FIJADOS POR EL RECURSO MISMO". (Chiovenda, "Derecho Procesal Civil", Tomo 2º, pág. 535).

3.—El art. 472 del C. J., que es apenas una norma de criterio para los jueces, no puede dar fundamento a un cargo de casación.

4.—No es sentencia el proveído de la Sala Unitaria del Tribunal dictado ocasionalmente dentro del juicio.

5.—Lo que en una escritura pública se expresó incidentalmente, no se puede oponer a personas que no intervinieron en esa misma escritura. El artículo 1765 del C. C., dice que el instrumento público hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo. Lo que quiere decir que lo simplemente enunciativo o accidental no obliga a quienes no fueron partes en el instrumento.

6.—Por punto general, la representación de una sociedad cualquiera, hay que establecerla con pruebas directas: escrituras, documentos, actas, etc. Alguna prueba documental que dé razón de la elección o nombramiento de Presidente o Gerente. Afirmar en la demanda que el demandado es presidente de una sociedad, y tratar de probar ese hecho, ni siquiera con una prueba indi-

recta coetánea, sino con una posterior a la demanda, es jurídicamente inaceptable.

7.—El contrato sobre sociedad ordinaria de minas puede realizarse hasta verbalmente, pero esto no significa que no sea necesario comprobar el hecho de que determinada persona ha celebrado ese contrato, para que en juicio se pueda decidir que ella es socio de la mencionada sociedad.

Una cosa es el contrato mismo de sociedad minera, y otra cosa es su prueba en juicio.

8.—El artículo 222 del C. Judicial es terminante, artículo especial, cuya doctrina no se encuentra dentro de las condiciones que debe tener una demanda, según el artículo 205 del mismo Código, y el cual expresa que si en la demanda se tratare de un bien raíz, se deben especificar los linderos de éste, en forma inconfundible. Qué hace un juez que al ir a fallar un negocio encuentra que no está definido el inmueble de que allí se trata, por medio de un preciso encerramiento, o que no está definida legalmente la personería de una de las partes, dos ocurrencias anotadas en la sentencia recurrida? No entrar a considerar el fondo del negocio, y declarar una excepción que no destruye la acción, pero sí el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía).

Por segunda vez llega este proceso a la Corte, y controvierten en él sobre unos intereses mineros, de un lado, Bernardo Estrada F., y del otro, como demandadas, una sociedad minera representada por Tulio Sánchez, una sucesión representada por varios herederos y una sociedad conyugal.

La cuestión de fondo no fue decidida en instancias, pues en el Juzgado se absolvió a la parte demandada por razones de orden procesal, y en el Tribunal Superior de Medellín se dictó una primera sentencia el día tres de junio de mil novecientos cuarenta y siete, revocando la del Juzgado y declarando probadas las excepciones de inepta demanda e ilegitimidad de la personería de la parte demandada, y se dictó una segunda sentencia el treinta de junio de mil novecientos cincuenta y uno, por la cual se revoca la de primera instancia y se declara existente la excepción de inepta demanda.

Coincidió la primera sentencia con un cambio de Magistrado, y ella fue firmada por el nuevo, sin que parara mientes en un impedimento, que planteó así: Por una inadvertencia el suscrito Magistrado firmó la sentencia de segundo grado, precisamente el día en que tomó posesión del empleo, sin caer en la cuenta de un parentesco con integrantes de la parte demandada, lo que constituye el impedimento de que da razón el ordinal 1º del artículo 435 del C. Judicial. Y el Magistrado sustanciador dictó auto en que se expresa que como el impedimento no es allanable, se declara separado del conocimiento del negocio al Magistrado impedido, y se dispone reemplazarlo con otro de los Magistrados del Tribunal. Y el juicio siguió su marcha.

Llegado el proceso a la Corte por recurso de casación concedido al demandante, la primera sentencia del Tribunal fue casada, y se dispuso "el envío de los autos al mismo Tribunal para que se dicte nuevo fallo". La Corte, después de historiar la firma de la sentencia en el Tribunal y el impedimento que siguió a esa firma, expresa: "El hecho concreto que resulta de allí es que pasó por alto, o que en fin de fines, se desestimó un impedimento legal realmente existente que tiene la calidad de inallanable y que por las razones dichas precisa tener como virtual y oportunamente alegado por el interesado o manifestado voluntariamente por el Magistrado. En esas circunstancias excepcionales considera la Sala que debe tener operancia la causal 5ª de casación contemplada en el artículo 520 del C. J., no sólo porque la Corte ya ha entendido que dicho motivo es aplicable por igual cuando se trata de recusación o de impedimento manifestado por el sentenciador, sino también porque no siéndole posible al legislador prever la integridad de las ocurrencias procesales y mucho menos las que asumen características imprevisibles, es labor de la jurisprudencia definir si los casos concretos que se presentan caben analógicamente dentro de los fines que persiguen los que de modo general aquél ha previsto, tal como ocurre en el evento de ahora".

A otro personal distinto le tocó dictar en el Tribunal la segunda sentencia que, como se ha dicho, está fechada el treinta de junio de mil novecientos cincuenta y uno y la cual también fue desfavorable al actor. Concedido el recurso extra-

ordinario, se procede al estudio de la demanda de casación presentada por aquella parte demandante. Mas antes, es necesario hacer algunas anotaciones que inciden en el negocio a estudio.

SENTENCIAS DE SEGUNDO GRADO

En la primera sentencia se trataron estos puntos principales:

a) Era competente para conocer del pleito el Juez de Medellín, no obstante que se alegó que el competente era el Juez de Santa Rosa;

b) No existía nulidad por falta de prueba sobre la existencia de algunas entidades demandadas;

c) Se hace estudio pormenorizado sobre la representación en juicio de la sociedad minera "Vega de Los Boteros", y se llega a la conclusión de que no existe la prueba de esa representación;

d) No se ha probado debidamente la existencia de la sociedad conyugal disuelta como componente de la parte demandada, ni la calidad de herederos de algunos demandados;

e) No se acreditó la personería de la parte demandada.

f) En la demanda se promovieron como principales dos acciones contradictorias.

Y hechos estos estudios, se concluyó, como ya se dijo, que aparecen probadas dos excepciones.

En la segunda sentencia se estudiaron sólo dos cuestiones, a saber:

Individualización del objeto del pleito; y

Falta de prueba sobre la representación de la sociedad minera "Vega de Los Boteros".

Y ya se vió que en esta sentencia se declaró probada sólo una excepción, mientras que en la otra sentencia se declararon dos.

Quiere decir lo expuesto que en la segunda sentencia no se trató sino uno de los puntos estudiados en la primera, el señalado con la letra c), y que ni en la parte doctrinaria ni en sus conclusiones las dos sentencias coinciden. Son diversas.

ALGUNOS EFECTOS DE LA CASACION

Casada una sentencia en su totalidad, de ella no queda nada. **Casar,** en sentido jurídico, se deriva del verbo latino **casare,** que equivale a quebrantar, anular, abrogar. Tratadistas dicen que al casar una sentencia se anula, se rompe, se reduce a lo inexistente (Manresa y Navarro. **Enjuiciamiento Civil.** Tomo VII, pág. 708). Comentando el señor Samper el artículo 151 de la Constitución de 1886, escribe: "Qué cosa es la casación? Es la anulación o abrogación de algo que, teniendo fuerza legal de cosa juzgada, dada generalmente por firme y valedera, no debe subsistir, sin embargo, porque fue mal hecha, contra manifiesta justicia, y quedó viciada desde su origen". Y la Ley 61 de aquel año, primera que se dictó en desarrollo de la función 1ª del artículo 151 citado, habló de "causales de nulidad para efecto de interponer recurso de casación". De todos modos, la casación hace tabla rasa de la sentencia recurrida, con una sola finalidad: la de casarla y fallar en instancia, o la de casarla y disponer que vuelva el expediente al Tribunal para nuevo fallo, ya que de acuerdo con nuestra ley procedimental, rige un sistema mixto, el de reenvío y el de pronunciamiento por la misma Corte, según que se trate de un quebrantamiento de forma o de una infracción de ley sustantiva.

UNA CONFUSION

Dice el recurrente, antes de presentar los cargos contra lo decidido en segunda instancia: "En previsión de que pueda resultar incorrecto el procedimiento del Tribunal de variar, aunque con resultado parcialmente igual, el primer fallo, en cuanto los puntos sostenidos y los motivos aducidos sean idénticos en una y otra sentencia, haremos referencia, al ocuparnos de las violaciones que en ellas se contienen, a ambos fallos, y en cuanto no lo sean, sólo nos referiremos al fallo respectivo".

Anuncia así el recurrente que en los cargos se referirá a ambas sentencias, pues no encuentra bien que el Tribunal hubiera modificado la primera; y ya, al hacer historia del negocio, se refiere a la una y a la otra, en una confusión que es inaceptable.

Se vió que la Corte casó incondicionalmente el primer fallo del Tribunal. Por tanto, ese fallo se convirtió en simple historia del pleito, sin que en ningún caso se pueda fundamentar en él cargo alguno de casación. El recurso se concedió para el segundo fallo, o mejor, para el fallo del Tribunal, ya que desaparecido el primero no quedó sino uno. Y la demanda de casación ha debido versar sobre ese único fallo.

Nuestro Código no habla en detalle de lo que debe ser una demanda de casación, y apenas esboza algunas de sus condiciones (artículo 531). En cambio, la Ley 90 de 1920 enunciaba todos los componentes de esa demanda, y decía que el Ma-

gistrado debía examinar "preferentemente si la demanda de casación reúne las condiciones de que trata el artículo anterior" (artículos 9º y 10º). La jurisprudencia tiene expresado que el alegato de casación debe reunir las condiciones de una verdadera demanda. Y es claro que si no reúne esas condiciones, la demanda es inepta (artículo 333, numeral 1º). Si en un procedimiento general la ley es exigente, más lo es tratándose del procedimiento en casación, rígido y estricto, dentro del cual tiene que moverse la Corte, sin que pueda desviarse del camino que la demanda señala. "El recurso de casación es el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia denunciada, **en los límites fijados por el recurso mismo**". (Chiovenda. **Derecho Procesal Civil**, Tomo 2º, pág. 535).

Mas no obstante estas irregularidades, la Sala, dentro de un criterio de amplitud de que siempre ha usado, procurará, interpretando la demanda de casación, separar lo que en ésta se refiere a la primera sentencia, para examinar solamente lo relacionado con la recurrida, no obstante que la tarea es difícil por la amalgama que se ha hecho de los dos fallos.

CAPITULO I

Se refiere primeramente este capítulo a la representación de la sociedad minera, y a la misma cuestión se refiere una de las dos razones expuestas en la sentencia recurrida como fundamento de ella.

Cuando en el Juzgado se iba a dictar sentencia de primer grado, se advirtió que existía una informalidad procedimental consistente en que no se había presentado prueba sobre la existencia de una sociedad conyugal y una sucesión demandadas, ni sobre la representación de la sociedad "Vega de Los Boteros", también demandada. En relación con esto dijo el Juez: "No se trajo constancia alguna de la constitución de esa sociedad o comunidad, ni tampoco de que el señor Tulio Sánchez sea su legal representante". Resolvió entonces el Juez que había de por medio una nulidad, y ordenó ponerla en conocimiento de las partes.

Apelado el auto que tal cosa dispuso, dijo el Tribunal sobre esta cuestión: "De la existencia del nombramiento de presidente hay aquí la atestación del Notario de haber tenido a la vista el acta correspondiente, y ninguno de los que forman la parte demandada ha impugnado la representación atribuída al señor Sánchez".

Y el Tribunal, en Sala Unitaria, revocó el auto del Juez y ordenó que el juicio siguiera su curso porque "no es manifiesta la falta de personería anotada".

En la sentencia recurrida se echó de menos la prueba de la representación por parte del señor Sánchez, y dijo el Tribunal: Podría replicarse que en el curso del litigio se aceptó la personería del señor Sánchez puesto que se expresó que no es manifiesta su falta, y se expresó también que la parte demandada no ha impugnado la representación atribuída al señor Sánchez. Pero los autos interlocutorios —continúa el Tribunal— "vinculan solamente en cuanto sean armónicos con la legalidad que en verdad les dá su fuerza, y no es posible tener el auto en que se apreció la personería del señor Sánchez como ajustado a los ordenamientos legales imperantes", de manera que "no es impropio estudiar nuevamente esa representación".

En el capítulo que se examina, con base en lo que se ha historiado, dice el recurrente que la sentencia es violatoria de los artículos 468 y 473 del C. J., por violación directa, "artículos que tienen valor sustantivo por cuanto por ellos, se establecen los efectos de la cosa juzgada, y se violó consecuencialmente el artículo 482 de allí mismo y el 472 del C. J., con violación directa".

Funda el recurrente este cargo en que contra el auto de la Sala Unitaria del Tribunal se habían agotado todos los recursos y estaba ejecutoriado. El proveído de que se habla se refiere a lo resuelto por aquella Sala en orden a que no se pusiera en conocimiento de las partes la nulidad anotada por el Juez, y el juicio siguiera su curso.

No se pudieron violar los textos citados por el recurrente, y menos en forma directa. El artículo 468 expresa lo que es sentencia firme, y no es sentencia el proveído de la Sala Unitaria del Tribunal dictado ocasionalmente dentro del juicio. El artículo 473 dice que la sentencia firme tiene la fuerza de cosa juzgada y hace ineficaz cualquier decisión posterior "pronunciada en el mismo asunto"; y el asunto resuelto por la Sala Unitaria no es el mismo resuelto por el Tribunal en la sentencia a estudio. El artículo 482 preceptúa que la sentencia firme no es revocable ni reformable por el mismo Juez, y aquí, ni se trata de una sentencia, ni de una revocación ni reforma del auto proferido por la Sala Unitaria. Y el artículo 472, que es

apenas una norma de criterio para los jueces, no puede dar fundamento a un cargo de casación.

Pero en el presente caso hay unas razones simples que hacen inaceptable el punto de vista del recurrente, a saber:

a) En auto de 18 de junio de 1937 (fol. 174 del Cuad. Nº 2), el Juzgado manifestó que no se encontraban en el expediente las pruebas sobre la sucesión de Benedicto Sánchez, sobre la sociedad conyugal formada por éste y por Concepción Puerta, y sobre la sociedad Vega de los Boteros y su representante Tulio Sánchez, todos demandados; y considerando que esta falta constituye una nulidad de acuerdo con el artículo 455 ordinal 2º del C. Judicial, ordenó ponerla en conocimiento de las partes.

Fue apelado este auto, y el Tribunal, en Sala Unitaria, como se ha dicho, lo revocó y ordenó que el juicio siguiera su curso.

En lo que respecta a la constitución de la sociedad y a su representante, el Magistrado encontró suficiente lo que se expresó en la escritura 598 citada, acerca de que en el contrato de arrendamiento a que ésta se refiere, Sánchez manifestó que es Presidente de la Sociedad Minera, según acta que el Notario ha tenido a la vista, dice la escritura.

No parece que este caso, en lo que se refiere al representante de la sociedad, esté comprendido dentro del numeral 2º del artículo 450 del C. Judicial que dice que no hay nulidad cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte. Pero en todo caso, no hay lugar a considerar este punto, porque por el aspecto del artículo 450 citado, no se formuló acusación concreta. Que si esa acusación se hubiera formulado, habría sido el caso de estudiar si la alegación sobre falta de personería adjetiva puede ser materia del recurso de casación.

b) Es verdad que la Sala Unitaria del Tribunal tuvo como suficiente, **para hacer avanzar el juicio**, lo que se expresó en una escritura de arrendamiento, a saber: que actuó en ella el señor Sánchez en su carácter de Presidente de la Sociedad "Vega de los Boteros", y que en tal escritura hizo constar el Notario que había tenido a la vista el acta que da razón del nombramiento de Sánchez como Presidente. Pero esto, que incidentalmente se expresó en una escritura, no se puede oponer a personas que no intervinieron en esa misma escritura. El artículo 1765 del C. Civil dice que el instrumento público hace fé entre las partes aún en lo meramente enunciativo. Lo que quiere decir que lo simplemente enunciativo o accidental no obliga a quienes no fueron partes en el instrumento.

c) Por punto general, la representación de una sociedad cualquiera hay que establecerla con pruebas directas: escrituras, documentos, actas, etc. Alguna prueba documental que dé razón de la elección o nombramiento de Presidente o Gerente. Afirmar en la demanda que el demandado Sánchez es Presidente de una sociedad, y tratar de probar ese hecho, ni siquiera con una prueba indirecta coetánea, sino con una posterior a la demanda, es jurídicamente inaceptable. La demanda está fechada el 23 de julio de 1930 y aquella escritura es de fecha 13 de abril de 1932 y resalta más la falta de prueba directa, si se tiene en cuenta que el señor Sánchez fue demandado como heredero de Benedicto Sánchez y como Presidente o representante de la sociedad, y que algunos de los demandados negaron esa representación.

Sostuvo el Tribunal que la representación de la Sociedad se ha debido establecer, o por escritura pública, o por documento privado, o por el acta de constitución de la compañía y designación de su presidente, o siquiera por un asentimiento o confesión de todos los integrantes de la sociedad. Y dice el recurrente que con esto "se violaron los artículos 283 y 284 del C. de Minas, que no exigen acto formal de ninguna categoría y solamente la designación de un Presidente o Director, que puede hacerse verbalmente". Amplía su pensamiento así: al no aceptar el Tribunal la copia de la escritura debidamente registrada en que consta que el señor Tulio Sánchez compareció en su calidad de Presidente de la Sociedad y en cuyo texto el Notario expresa que se presentó el acta de nombramiento, "no solamente violó los artículos 283 y 284 del C. de Minas, sino también los artículos 597 y 601 y especialmente el 631 del C. J., de los cuales consta que las escrituras públicas, mientras no se les redarguya de falsas, hacen plena prueba acerca de su contenido. También violó el artículo 472 del C. Judicial desconociendo el objeto de los procedimientos".

En qué concepto fueron violados esos artículos? No se dice y el cargo queda así mal formulado y es inepto.

El contrato sobre sociedad ordinaria de minas puede realizarse hasta verbalmente, como lo anota el recurrente, y no lo ha negado el Tribunal. Otra cosa es la prueba, y a ella se ha referido el Tribunal. Probó el actor la representación de la sociedad No. La escritura citada que se refiere a

un contrato de arrendamiento, no sirve para establecer esa representación, como ya se estudió.

El Tribunal no desconoció la memorada escritura, como lo dice el recurrente, ni dijo nada contrario a los artículos 283 y 284 del C. de M., que preceptúan cómo debe formalizarse una sociedad minera, y quién es el presidente de ella. El Tribunal acepta lo que estos textos expresan, pero se extraña de que no se hayan establecido los hechos a que se refieren tales preceptos mineros. La Corte dijo: "Para que N. fuera socio de la referida sociedad minera, era indispensable que hubiese convenido con los demás interesados la formación de ella entre él y éstos, porque la sociedad es, **según la ley, un contrato, y mientras él no se compruebe,** no se puede afirmar que una persona sea socio de Sociedad que no ha pactado". (G. J. XXVIII. Pág. 263).

El comentador colombiano Juan C. Molina, en libro que hace poco escribió, expresa sobre esta materia: "Generalmente ese contrato se hace constar en una acta suscrita por todos los socios, pero sin que tal acta sea necesaria para la constitución de la Sociedad, aunque sí es conveniente extenderla y firmarla como prueba de que se constituyó la sociedad. También puede hacerse constar su organización por escritura pública o por cualquiera otro documento que acuerden los contratantes y registren el extracto de esa escritura o del acta correspondiente en la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que en cualquier momento sepan los terceros si la sociedad está vigente y quién es su presidente. Pero ninguna de estas formalidades externas es esencial para que la sociedad tenga vida jurídica". (**Tratado Teórico y Práctico de Derecho Minero.** pág. 419 y 420).

Esto es más o menos lo que sostiene el Tribunal, y lo que expresa el recurrente; pero la prueba es otra cosa, y a falta de ella se ha referido la sentencia; sin que, por tanto, se hayan podido violar los textos legales citados por el recurrente.

Dentro del mismo Capítulo I el recurrente presenta otro cargo, alrededor de un punto de vista de la primera sentencia, planteado éste así: En la demanda se promovieron dos acciones contrarias e incompatibles, pues por una parte se pide declaración acerca de que el demandante es dueño de la cuarta parte de la mina encerrada dentro de los linderos de su finca, y por otra se pide que se reconozca a cargo de los demandados la obligación de verificar el traspaso de esa cuarta parte. Y cómo puede decidirse a un tiempo que el demandante es dueño de una cosa y que otro está obligado a transferirle el dominio de esa cosa? O se tiene el derecho real o se tiene solamente un crédito. El artículo 209 permite la acumulación de varias acciones siempre que no sean contrarias e incompatibles entre sí. En el caso presente se propusieron como principales dos acciones contrarias, lo que implica ineptitud de la demanda y constituye un obstáculo para el fallo de mérito.

Esto, que expresa la primera sentencia, no se trata en la segunda que es la recurrida, según e dejó visto atrás. Y en desarrollo de aquel punto de vista con que se inicia el cargo, el recurrente trata todos estos puntos:

a) Lo que expresa el artículo 39 del C. de Minas conforme al cual si en el escrito de denuncio de una mina se omitieren los nombres de alguno o algunos de los socios, perderán sus derechos los que incurrieren en esa omisión, en favor del socio o socios omitidos.

b) En el escrito de denuncio, ni en el título de la mina figuran los demandantes, no obstante que se firmó un contrato en 1912, según el cual estos demandantes concedieron permiso para denunciar la mina, dentro de terrenos cultivados o de su propiedad, a cambio de una cuarta parte de ésta, lo cual, como se expresa, no fue cumplido por los actuales titulares de la mina, violándose así el artículo 39 citado.

c) Incumplido el contrato de 1912, la parte defraudada puede pedir no sólo la cuarta parte de la mina, sino también una indemnización.

d) El Tribunal omitió entrar en el fondo del asunto para dar cumplimiento al artículo 39 del C. de M., en cuya sanción incurrieron los socios de la sociedad ordinaria "Vega de los Boteros", por haber omitido en el denuncio a los demandantes.

e) En la participación había que comprender no sólo los minerales de la zona cultivada sino los del cauce del Riogrande, pues de acuerdo con el artículo 42 del C. de M., en los denuncios de minas entran siempre los cauces de las aguas.

f) "El permiso dado a extraños para denunciar minas en terrenos cultivados equivale a una cesión del derecho exclusivo que tiene el dueño o los dueños de esos terrenos a denunciar y adquirir la mina".

Como se observa, todas éstas son cuestiones de fondo que no fueron consideradas en el fallo que debe examinar la Sala y que resultan, por tanto, extrañas a ese fallo. Ya se dijo que la tesis con que se enuncia el cargo no fue planteada en la sentencia recurrida, y se dijo también que en esa

sentencia sólo se trataron dos puntos como fundamento a la excepción de inepta demanda, a saber: representación de la parte demandada e identificación de lo pedido en el libelo.

Y sin embargo de todo esto, en el cargo que se estudia se hace amalgama de las dos sentencias del Tribunal para atribuirles la violación de los textos legales citados y de otros muchos, violación que no encaja ni dentro de los considerandos de la sentencia recurrida ni dentro de sus conclusiones, y que apenas podrían ser tema de estudio en relación con una sentencia que dejó de tener vida jurídica por la casación pronunciada contra ella.

Así resume el recurrente el cargo que se examina: "Incurrió, pues, el Tribunal, en una y otra sentencia, en violación del artículo 42 del C. de M., 669 del C. C., y 472 del C. J., por haberlos dejado de aplicar. Igualmente incurrió por la misma causa en violación de los artículos 666, 1.602, 1.603, 1.605 y 1.610 del C. C., que determinan él régimen de los derechos personales o créditos y los efectos de los contratos, por cuanto el señor Benedicto Sánchez y sus sucesores omitieron cumplir la obligación contractual contenida en el documento de 11 de julio de 1912, que estableció la obligación a cargo de éste y de sus causahabientes de hacer reconocer a los Estradas determinados derechos en la mina "Vega de los Boteros", incumplimiento que, conforme al artículo 1.610 del C. C., se resuelve en indemnización de perjuicios que ha debido decretar el Tribunal; y violó igualmente por falta de aplicación el artículo 39 del Código de Minas al no haber reconocido el derecho de los actores sobre la mina, como sanción por haber omitido incluír a dichos Estradas como partícipes en la mina estando obligado a hacerlo el señor Sánchez que vino a ser uno de los titulares y fue denunciante de la misma".

Todo esto, como se ve, son cuestiones de fondo, que el Tribunal no estudió, según se anotó atrás.

No prosperan los cargos de este Capítulo.

CAPITULO II

Se trata aquí de lo que se dijo en la primera sentencia sobre falta de pruebas para acreditar la personería de la parte demandada en relación con unos herederos y con una sociedad conyugal, punto no tratado en la sentencia recurrida, y se dice dentro de esto que en la segunda sentencia "se consideró insuficiente la escritura mencionada para acreditar la calidad de Presidente de la Sociedad ordinaria de Minas en el señor Tulio Sánchez". Y haciendo examen en conjunto de las pruebas y fallas tenidas en cuenta en las dos sentencias, se las acusa por violación de varios textos legales.

Nada hay qué ver aquí, como ya se dijo, acerca de la primera sentencia; y en cuanto a la Presidencia atribuída al señor Sánchez, de que la sentencia recurrida sí trató, es punto que quedó estudiado atrás.

CAPITULO III

En las consideraciones de la sentencia recurrida sobre identificación de la mina, dijo esto el Tribunal, que el recurrente copia antes de formular el cargo de este capítulo:

"Es incuestionable que en la demanda sí se hizo el alinderamiento de la mina "Vega de los Boteros", adjudicada en el año de 1930 (fs. 28 v. 29 C. 2), pero ello no basta para dar por satisfecha la exigencia legal anotada, ya que el texto de la demanda evidencia que efectivamente el demandante no afirma ni pretende que toda la mina dicha esté comprendida dentro del predio que sostiene haber pertenecido al padre suyo. Ninguna duda existe en cuanto a que únicamente se persigue con la acción la proporción de cuarta parte de la parte que dicha mina ocupe en los terrenos que fueron de Bernardo Estrada y Clara Rosa Franco (fs. 30, C. 2, etc.), luego es forzoso concluír que aquel alinderamiento general no basta de suyo para tener por cumplidas las exigencias legales, lo que es conforme con la orientación doctrinal y jurisprudencial...."

Expresa el recurrente que la sentencia es violatoria del artículo 333 del C. Judicial que tiene carácter sustantivo, porque se ha debido declarar otra excepción distinta o fallar el negocio en el fondo, y porque sirvió de base a la excepción una cuestión de identificación.

Por qué concepto se violó aquel Artículo 333? No se dice.

Este artículo no hace sino enumerar los casos en que una demanda es inepta; luego no se le puede calificar como sustantivo.

Por la sola falta de identificación no llegó el Tribunal a declarar la excepción, como lo dice el recurrente: hubo otra razón. Pero esa sola falta conlleva a la conclusión de no poderse estudiar el negocio en el fondo. El mandato del artículo 222 del C. Judicial es terminante, artículo especial cuya doctrina no se encuentra dentro de las condiciones que debe tener una demanda, según

el artículo 205 del mismo Código, y el cual expresa que si en la demanda se tratare de un bien raíz, se deben especificar los linderos de éste en forma inconfundible. Qué hace un juez que al ir a fallar un negocio encuentra que no está definido el inmueble de que allí se trata, por medio de un preciso encerramiento, o que no está definida legalmente la personería de una de las partes, dos ocurrencias anotadas en la sentencia recurrida? No entrar a considerar el fondo del negocio, y declarar una excepción que no destruye la acción, pero sí el juicio. La Corte ha dicho: "Lo primero que debe hacer el Juzgador competente antes de penetrar en el estudio de las acciones del pleito es cerciorarse de la personería de las partes. Mirada ésta desde un punto de vista adjetiva o sustantivo, tiene caracteres diferentes: el primer aspecto se relaciona con la mera representación y origina una excepción perentoria; el segundo se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo y es causa de una excepción perentoria que el Juez debe declarar de oficio cuando al través del proceso la encuentra evidente". (G. J. XLVIII. pág. 965). Y dice la Corte en otra parte: "El funcionario judicial ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal demandado, no puede oficiosamente enmendarla y corregirla". (G. J. LII. pág. 179). Y doctrina semejante, ya tratándose de una sociedad minera, se encuentra en GACETA JUDICIAL, Tomo L., pág. 492, segunda columna.

Para rematar este capítulo dice el recurrente que el Tribunal violó aquella misma disposición y el artículo 205 del C. Judicial por mala apreciación de la demanda al considerar que ésta podía tener por objeto una reivindicación de cuerpo cierto. A lo que se expresa que esa consideración no la hizo el Tribunal, ni los artículos en mención tienen qué ver con el caso que se considera.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

CONTRATO DE RENTA VITALICIA. —PARA DETERMINAR SI UN CONTRATO ES UNILATERAL O BILATERAL, HAY QUE PARTIR DEL MOMENTO EN QUE SE PERFECCIONA.—LA ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME NO SE CONCEDE PARA LOS CONTRATOS ALEATORIOS

1.—Jurídicamente es una verdad incontrovertible que la capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas, pues la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción.

Esa presunción legal sólo puede caer bajo el peso de la prueba plena contraria, y para desvirtuarla en casación, cuando el sentenciador, después del examen de los elementos de convicción aportados al debate, ha concluído que ella se mantiene, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que aquél incurrió en error de hecho manifiesto o evidente o en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de una persona.

2.—Según jurisprudencia constante de la Corte, el error de hecho se produce cuando la sentencia dá por establecidos hechos que claramente no aparecen de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas o desvirtuadas de manera patente o incontrovertible con otros elementos del pleito. En otros términos, para que exista esta clase de error en la apreciación de las pruebas, es necesario que de ellas y de otros comprobantes del proceso resulte demostrado de un modo evidente que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. También es invariable jurisprudencia de la Corte la de que cuando existe duda en una cuestión de hecho originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en ese error al acoger algunas de ellas para formar su juicio y resolver la cuestión controvertida.

3.—Ni el artículo 722 del Código Judicial ni el 723 ibídem constriñen al juzgador a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta legal y jurídicamente de gran amplitud de criterio para analizar estas circunstancias y para asignarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficiente y debidamente explicado y fundamentado.

4.—La prueba resultante del cotejo o dictamen grafológico no tiene ni en la materia para la cual la consagra la legislación nacional (artículos 653 a 656 del C. J.), el valor de plena prueba; pues apenas puede alcanzar el de un indicio grave, y este mérito tampoco puede asignársele, como es obvio, fuera del campo que le es propio.

5.—Según lo estatuído en el artículo 1496 del Código Civil, el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Para determinar, por este aspecto, la naturaleza de un contrato hay que partir del momento en que se perfecciona, pues si una vez que esto ocurre, surgen obligaciones para ambos contratantes, el contrato es bilateral, y si desde ese instante, sólo una queda obligada, es unilateral. Así, por ejemplo, la compraventa en lo general se perfecciona desde cuando hay acuerdo entre las partes en la cosa y en el precio, en ese momento nacen dos obligaciones recíprocas para las partes, la de entregar la cosa y pagar el precio: luego es bilateral. El depósito y la prenda se perfeccionan con la entrega de la cosa, y cuando esto ocurre, sólo nace una obliga-

ción, que es la de conservar y restituír la cosa por parte de quien la recibió: luego es unilateral.

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición o entrega de la cosa a que se refiere (artículo 1500); es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro (artículo 1497). Este se subdivide en conmutativo y aleatorio. 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 se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de garantía o pérdida (artículo 1498 ibídem).

Lo que caracteriza al contrato es que las prestaciones a que dá nacimiento deben ser equivalentes y conocidas ciertamente desde el momento mismo de su celebración o perfeccionamiento; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta.

En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues no hay equivalencia en las prestaciones y los contratantes no prevén, en el momento de su celebración, el alcance de aquéllas o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que tanto la una como la otra están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

De allí que la acción rescisoria por lesión enorme se conceda sólo y en los casos precisados por la ley, para algunos contratos conmutativos, cuando se rompe en la medida legal la equivalencia de las prestaciones, y que dicha acción, en principio, no se otorgue por la ley para los contratos aleatorios.

6.—De los artículos 2287 y 2292 del Código Civil resulta que el contrato de renta vitalicia ostenta las siguientes características:

Es aleatorio, porque el alcance integral de la prestación a cargo del debi-rentista no se conoce en el momento de la formación del contrato, pues ella depende de la contingencia incierta de la duración de la vida de otra persona, y será mayor o menor según que ésta viva más o menos tiempo.

Es oneroso —no gratuito— no sólo porque así lo estatuye el artículo 2287, sino porque el derecho a percibir la renta surge del pago del precio, el que debe consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles (artículo 2290), y porque constituído gratuitamente, degenera en donación o en legado (artículo 2301 ibídem)

Es solemne, porque debe precisamente otorgarse por escritura pública.

Es real, puesto que no se perfecciona sino por la entrega del precio.

Es unilateral, ya que de su definición resulta que es un contrato "en que UNA PERSONA se obliga" a "pagar a otra una renta o pensión" por cuanto que como sólo se perfecciona con la entrega, el contrato no existe antes de que ella se cumpla, y una vez perfeccionado, apenas surge la obligación a cargo del debi-rentista de pagar la pensión acordada. Tal ocurre con el mutuo, el depósito y demás contratos reales, en que las obligaciones del deudor no nacen sino por virtud de la entrega, que es cuando el respectivo contrato queda perfeccionado.

7.—El artículo 2291 del Código Civil establece perentoriamente la libertad de los contratantes de un contrato de renta vitalicia para acordar "la pensión que quieran" y prescribe además que "la ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio", por lo cual las partes pueden fijar la renta libremente, en más o en menos, sin tener en cuenta, si lo consideran del caso, el mayor o menor valor de los bienes que se entregan como precio de ella, pues la ley no les manda observar proporción alguna entre la una y el otro.

Y esto parece lo lógico dentro de la naturaleza del contrato.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

Ante el Juez 5º del Circuito de Medellín, Carmen E. Saldarriaga de Mondragón, propuso en su propio nombre y como heredera de Candelaria Saldarriaga G., juicio ordinario contra Margarita Saldarriaga a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º—Que es nulo e incapaz de producir efecto

alguno el pretendido contrato de renta vitalicia que aparece como estipulado por las señoritas Candelaria Saldarriaga G., y Margarita Saldarriaga A., en la escritura pública número mil seiscientos ochenta y seis (1.686) pasada ante el Notario Tercero de Medellín el tres (3) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938).

"2º—Que en consecuencia, la señorita Margarita Saldarriaga Arango, carece de título traslaticio de dominio, respecto a las dos terceras partes de los bienes especificados en el número 2º de esta demanda y no es poseedora regular de esas cuotas partes, las cuales pertenecen en posesión y propiedad a la sucesión de la señora Candelaria Saldarriaga G., y que debe cancelarse la inscripción a favor de la demandada.

"3º—Que la demandada señorita Margarita Saldarriaga Arango, debe entregar los derechos reclamados en esta demanda con todos los frutos naturales y civiles de esos inmuebles, por no haber sido en ningún momento poseedora de buena fe, desde el tres de septiembre de 1938 en adelante.

"4º—Que la demandada debe las costas del juicio".

Como hechos fundamentales se expusieron entre otros los siguientes:

"1º—En la escritura pública número mil seiscientos ochenta y seis (1.686), pasada en la Notaría Tercera de este Circuito el tres (3) de septiembre de mil novecientos treinta y ocho (1938), aparece consignado un contrato por medio del cual la demandada, señorita Margarita Saldarriaga Arango, contrae la obligación de suministrar a la señorita Candelaria Saldarriaga Gaviria una renta vitalicia, por anualidades anticipadas, de dos mil ciento sesenta pesos ($ 2.160.00);

"2º—Igualmente aparece en tal escritura que la última nombrada pagó el precio de la renta a la demandada con los siguientes bienes que dijo transferir a la demandada;

"3º—La demandante es heredera testamentaria de la finada señorita Candelaria Saldarriaga G., conforme la declaró el Juzgado Cuarto Civil del Circuito;

"5º—La finada ya mentada había nacido el día dos (2) de febrero de mil ochocientos cuarenta y seis (1846), por lo que el día del otorgamiento de la escritura sobre renta vitalicia estaba próxima a cumplir noventa y tres años;

"7º—La citada sufría de reblandecimiento cerebral, sin duda por su avanzada edad, el que se hizo más agudo por las enfermedades dichas, "de modo que el tres de septiembre de dicho año (1938) sus estados lacunarios y de inconsciencia eran continuos: Cuando menos puede afirmarse que su estado habitual era de grave y notoria debilidad cerebral que la incapacitaba para prestar pleno consentimiento a un contrato aleatorio;

"8º—La suma anual de la renta vitalicia que se dice constituía es inferior a la que en ese tiempo producían los bienes que se señalaron como precio;

"15º—Se desprende de lo anterior que la señorita Candelaria Saldarriaga G., asistió inconsciente al acto cuya nulidad se persigue, sin darse cuenta de su naturaleza, sin prestar el consentimiento y sin saber quién firmaba por ella;

"16º—El contrato que consta en la escritura pública número 1686 de 3 de septiembre de 1938, de la Notaría 3ª de Medellín es inexistente y es nulo por falta de consentimiento y por ausencia de causa. Además, en la demanda que se relaciona aparece: "Sostengo que el contrato no existe porque la señorita Candelaria Saldarriaga no firmó ni rogó a nadie que firmara por ella, ni dió señal de consentir el contrato; pero si lo hizo, no se dió cabal cuenta de la clase de contrato que realizaba, ni su estado mental le permitía apreciar la trascendencia del acto jurídico que se sometió a su firma, y también porque no puede haber convención sin causa".

Admitida la demanda, al igual que la aclaración que oportunamente se propuso, la demandada la contestó admitiendo algunos hechos, negando otros y proponiendo la excepción de "carencia de acción".

El Juez del conocimiento desató la litis en sentencia de ocho (8) de octubre de 1946, en la que en resumen negó las declaraciones pedidas y absolvió en consecuencia a la demandada.

Por apelación concedida a ambas partes subió el negocio al Tribunal Superior de Medellín, el que en sentencia de quince (15) de diciembre de 1949, confirmó la apelada, con algunas reformas en cuestiones no sustanciales.

En ese fallo el Tribunal estudia todas las cuestiones planteadas en el pleito; pero la Sala sólo hará el resumen de las que interesan para los efectos de la decisión del recurso de casación que se le concedió a la actora.

Nulidad por demencia de la contratante

Al estudiar este tema el Tribunal principia por examinar la contradictoria prueba testimonial aducida al proceso por los litigantes, y analizando

una por una las deposiciones de los testigos traídos por el actor lás va desechando por distintas razones y encuentra que ellas no prestan asidero para respaldar las pretensiones de la demanda, "bien sea que se las considere separadamente o en su conjunto, en sí misma y frente a las declaraciones aportadas por la parte demandada".

Y después de examinar estas últimas, concluye: "Los testimonios acotados integran una base para pensar en la sanidad mental de la persona señalada como demente en el acto del otorgamiento de la escritura pública número mil seiscientos ochenta y seis; ellos permiten concluír con toda lógica jurídica que la señorita Candelaria Saldarriaga G., sí estaba en el uso cabal de su entendimiento, memoria y voluntad en el día tres de septiembre de mil novecientos treinta y ocho. Las normas generales sobre crítica del testimonio y que exponen ampliamente los autores que se han ocupado de la materia, y las ordenaciones legales (art. 694 ss. del C. J.) prestan sólido respaldo a la conclusión que se acaba de expresar".

Sigue con el examen de las declaraciones de cargo y descargo rendidas por médicos, del cual interesa destacar que infiere que en el año de 1937 la contratante Candelaria Saldarriaga "se encontraba en buen estado mental"; que unos y otros médicos omitieron "hacer el estudio psíquico" de aquélla, de lo que deduce, por tal aspecto, "ninguna de las declaraciones acotadas debe llenar o tener preferencia sobre las otras"; que los doctores Bernal Moreno, Toro Villa y Saldarriaga (Juan) (fs. 55, 57 y 60 c. Nº 8), que declaran sobre sanidad mental de aquélla, intervinieron en relación con su salud, "lo que indudablemente los puso en situación de apreciar su estado mental" y demuestra el fundamento de sus afirmaciones; que la declaración del doctor González Jaramillo (págs 56 a 58 y 60 a 63 del c. Nº 2) la considera en parte contradictoria, y, por las circunstancias que anota, encuentra que el testigo estaba predispuesto en favor de la actora y que carece de la imparcialidad necesaria, de lo cual desprende que no es posible atribuirle más credibilidad que a los referidos médicos, y que como la declaración del doctor Alberto Saldarriaga V., favorable a las pretensiones de la actora, está en contradicción con las de los doctores Toro Villa y Juan Saldarriaga, no encuentra base para dar más fe a lo sostenido por aquél.

Al estudiar el dictamen pericial del doctor Gómez Jaramillo (c. 12) dice, en síntesis, que no puede reconocérsele pleno valor probatorio porque adolece de las siguientes fallas:

1ª—El perito sigue como base fundamental de su exposición la idea de que la sanidad mental de una persona debe ser demostrada por quien la sostenga, lo cual es jurídicamente erróneo, pues ella se presume conforme a la ley;

2ª—Que en el dictamen no aparece la determinación o indicación de la clase de perturbación que según el perito afectó a Candelaria Saldarriaga;

3ª—Que —según el estudio que el Tribunal hizo de las declaraciones de los médicos— éstas no brindan una base sólida en orden a probar la demencia de Candelaria Saldarriaga, conclusión que no sigue el perito Gómez Jaramillo, pues en su informe desecha por completo las exposiciones de los doctores Saldarriaga, Toro Villa y Bernal Moreno y acoge en su integridad las de los doctores Saldarriaga y González Jaramillo, apartándose —por las razones que indica— de las normas de la doctrina sobre crítica del testimonio y de las disposiciones legales (arts. 693 y ss. del C. J.).

4ª—El Tribunal hace más adelante otra observación sobre el dictamen de este perito, la que consiste en que "dentro de ninguna de las formas demenciales descritas por él queda comprendida la señorita Candelaria Saldarriaga", según el análisis probatorio que al respecto formula.

Pasa a considerar el dictamen del perito tercero, (C. 13) doctor Jaramillo Echeverri, al cual le observa:

1º—Que el perito no siguió o acató la orientación del auto que decretó el experticio, lo que indudablemente hace que el dictamen pierda fuerza, puesto que debió basarse necesariamente en las diversas pruebas de los autos, a fin de que no se resintiera de apriorismo o de marcado sentido teórico y "no analiza absolutamente ninguna";

2º—Que el perito para rendir su dictamen pidió la práctica de algunas pruebas y diligencias que consideró de significación y que como ellas no se decretaron, no se sabe hasta qué grado su falta pueda hacer deficiente la pericia; y

3º—Que como el perito adhirió a todas y cada una de las partes del dictamen del doctor Gómez Jaramillo, adolece de las mismas deficiencias que a éste afectan.

Después hace algunas observaciones sobre el dictamen del doctor Uribe Cualla, favorable a las tesis de la demanda.

Continúa el sentenciador con el examen del dictamen grafológico practicado en otro juicio ordi-

nario que sostuvieron los mismos litigantes y que fue traído en copia al presente, respecto del cual observa que faltó uniformidad en punto de trascendencia; que por esto no presta base para una conclusión sólida; que era del caso la intervención de un perito tercero, lo que no se cumplió; que si en materia de autenticidad de un documento, un dictamen de esa naturaleza apenas tiene el valor de un indicio más o menos grave, con mayor razón no puede tener el valor de plena prueba para demostrar la incapacidad mental de una persona, y mucho más cuando los grafólogos señores Echeverri y Mora Vásquez no son psiquiatras.

En el capítulo titulado "Observaciones sobre los dictámenes psiquiátricos", expresa el sentenciador que a él le corresponde examinar la fundamentación del experticio para decidir si se le asigna o nó valor de plena prueba; que examinado el de autos a la luz de lo estatuído en el artículo 723 del C. J., encuentra —por las razones ya anotadas— que carece de la debida fundamentación el rendido por los doctores Gómez Jaramillo y Jaramillo Echeverri, por lo cual no puede otorgársele pleno mérito a fin de establecer la incapacidad de la señorita Candelaria al momento de la celebración del contrato.

Nulidad del contrato por falta de causa

Sostiene, en resumen, el sentenciador que el contrato cuestionado no carece de causa, porque como se desprende de lo estatuído en el artículo 1524 del C. C., la causa para celebrarlo el pensionista está indudablemente en la pensión que recibirá de quien contrató con ella, que fue el objetivo que se propuso lograr; que es oneroso, puesto que ambos contratantes se impusieron prestaciones recíprocas; que es aleatorio, por cuanto que no era conocida la cantidad de las pensiones que llegaría a pagar la obligada a ello, desde luego que dependía de la supervivencia más o menos prolongada de la pensionista; que aún en el supuesto que la pensión pactada fuese inferior a la productividad de los bienes entregados, ello no afecta la validez del contrato, ya que la ley no fija proporción alguna entre la renta y el precio que por ella se paga; y, por último, que la cuestión sobre que el móvil del contrato fue cometer fraude a la ley, eludiendo el pago de los derechos de lazareto, no fue propuesta en la demanda y no tiene por qué ser decidida en la sentencia.

A la parte demandante se le concedió recurso de casación, el que hoy se procede a decidir.

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y el primer cargo que formula contra el fallo está contenido en los siguientes apartes de su alegato, en que dice:

"Violó el Tribunal el artículo 697 del C. J., que expresa que dos testigos hábiles forman plena prueba, cuando concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; y ya se vió que con las declaraciones de los doctores González J., y Saldarriaga V., y Bernardina y María de las Mercedes Galiano, Antonio Jesús Restrepo, Enrique Saldarriaga V., Carlos Mejía, Alberto Mejía y otros ya citados, se establecen numerosos hechos demostrativos de demencia de doña Candelaria en el año de 1938, como fueron: que vivía haciendo envoltorios con papeles y trapos como una niña pequeña; que había que manejarla como a un niño chiquito; que generalmente no conocía ni siquiera a sus familiares; que había perdido por completo la memoria; que pedía que la llevaran a misa en las horas de la tarde; que llamaba a las sirvientas para que la acompañaran porque se la iban a robar; que no recordaba las letras de su apellido; que arrojaba los billetes al water-closet; que ni siquiera pudo firmar la escritura de renta, sin tener inconveniente en las manos; que continuó considerando sus bienes de Medellín como propios, siendo así que los había traspasado por la escritura de renta discutida y muchos otros por el estilo. Sin embargo el Tribunal no aceptó la plena prueba de esos hechos, violando el artículo citado por no aplicarlo e infringiendo como consecuencia los artículos 553 y 1741 del C. Civil no aplicándolos y negando la petición sobre demencia.

"Violó también el H. Tribunal el artículo 701 del C. J., que expresa que no hace fé el dicho del testigo, cuando se contradice notablemente en el hecho mismo o circunstancias importantes, o que ha declarado por soborno o cohecho; pues desestimó los testimonios del doctor Antonio J. González Jaramillo, del doctor Alberto Saldarriaga V., y de Bernardina y María de los Angeles Galiano, considerando que hubo contradicciones en sus afirmaciones y haciendo insinuaciones sobre venalidad de un testigo, lo cual es perfectamente infundado según se demostró arriba. Incurrió así el Tribunal en **error de hecho** en la apreciación de estas pruebas y a consecuencia de él aplicó indebidamente el artículo citado.

"Violó, también el H. Tribunal el artículo 702 del C. J., en cuanto expresa que existiendo declaraciones contradictorias deben atenderse aquellas

que merezcan mayor fe por condiciones de explicitud, determinación de hechos concretos, explicaciones, etc., y las condiciones de calidad, fama e ilustración de los testigos; lo que fue desatendido en la sentencia recurrida, pues se rechazaron las declaraciones aludidas del médico de cabecera y del que asistió a doña Candelaria durante varios años, de los parientes, de los sirvientes, administrador de fincas ya enunciados, etc., que estuvieron en más frecuente comunicación con ella para darle prelación a otros testimonios que no llenaban ninguna de esas condiciones. Erró el Tribunal en esta apreciación con evidente **error de hecho** y violó, por tanto, el artículo 702 citado, por no haberlo tenido en cuenta.

"Se violaron igualmente los artículos 705 y 722 del C. J., que expresan que para la comprobación de hechos que exigen conocimientos especiales intervinieron peritos y que hace plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan sin lugar a la menor duda, según su arte, profesión u oficio, como consecuencia de esos hechos; pues el H. Tribunal rechazó el dictamen de los señores peritos doctores Gómez J. y Jaramillo E., sobre la demencia senil que aquejaba a doña Candelaria que se basaron en hechos sujetos a los sentidos y establecidos plenamente por testigos, dictámenes grafológicos, y otras numerosas pruebas. Y erró también el Tribunal a ese propósito en cuanto consideró que ese dictamen era injurídico porque los peritos manifestaron que las personas o médicos que afirmen la salud mental de una persona deben demostrarla o indicar los hechos en que se basan, y porque no expresaron la especie o subdivisión de especie senil que aquejaba a doña Candelaria, pues ya se explicó atrás que es lo razonable que cuando un médico sostiene que una persona goza de salud mental, exprese los hechos de donde ella se desprende, y que no es indispensable especificar la clase de locura senil, sino que basta dictaminar que ella es tan grave que impide el razonamiento correcto y el ejercicio de derechos civiles. Incurrió también el Tribunal en error de hecho en esta apreciación y violó como consecuencia de él los artículos 705 y 722 que no tuvo en cuenta.

"En el evento remoto de que se considere inaplicable el artículo 722 precitado, hubo violación en la sentencia del artículo 723 del C. J., que tampoco se tuvo en cuenta, en cuanto dispone que el dictamen pericial se aprecia de acuerdo con las presunciones, inferencias, deducciones, etc., que se hagan, y teniendo en todo caso en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeña el cargo, la confianza en ellos manifiestada por las partes y la precisión o certidumbre de sus conceptos y de las conclusiones a que lleguen; pues el H. Tribunal, a pesar de las admirables condiciones de los peritos doctores Gómez J., y Jaramillo E., y de la precisión, certidumbre y fundamentación de sus conceptos y de la conclusión rotunda de demencia senil a que llegaron, desatendió esa norma de prudencia y de sabiduría de nuestro Código, y rechazó ese dictamen uniforme de los dos peritos, no obstante hallarse reforzado por numerosas probanzas de diversa índole del proceso. Es manifiesto el error de hecho del Tribunal, al rechazar ese dictamen uniforme de dos expertos psiquiatras, que se conjuga y armoniza admirablemente con otras numerosas probanzas del expediente, para analizar por su propia cuenta el punto técnico de demencia, invadiendo así un campo científico que corresponde a otras profesiones y conocimientos.

"Se violó también el artículo 664 del C. J., en cuanto expresa que una sola presunción también prueba plenamente, etc. Y habiendo plena prueba como se analizará al tratar sobre la falta de causa, de que doña Candelaria dijo transmitir valiosos derechos inmuebles a cambio de una renta inferior al producido líquido de esos mismos bienes, y tratándose de un contrato oneroso, y no de una donación ello constituye un indicio de la demencia en que ella se hallaba en ese momento, pues es absurdo que una persona consciente celebre negocios como ése. De manera que el contrato en sí mismo está evidenciando la locura en que se hallaba en ese momento dicha contratante, y por lo mismo constituye un indicio de esa enfermedad mental.

"Se violó también el artículo 665 del C. J., en cuanto expresa que los indicios cuando son varios, graves, precisos y conexos entre sí, y concurren a demostrar conjuntamente el hecho controvertido, constituyen plena prueba; y en el presente asunto más de ocho indicios de esa especie, que concuerdan todos para comprobar la demencia en que se hallaba dicha señora al otorgarse aquella escritura. Esos indicios demostrados son: a) el mismo contenido absurdo del contrato; b) que doña Candelaria no pudo firmar esa escritura, a pesar de no tener inconveniente alguno en las manos; c) que no conversó siquiera un momento con el Notario o los testigos, y por el contrario permaneció silenciosa e inmóvil durante todo el acto; d)

que era una anciana de más de noventa y dos años, que haba sufrido pocos meses antes las enfermedades de paludismo, neumonía con aplicaciones de atebrina, y es bien sabido que son excepcionales los casos de personas de esa edad y circunstancias que conservan el pleno razonamiento, y menos para negocios como el aquí discutido; e) que teniendo doña Candelaria igual afecto para sus dos sobrinas y habiéndolas instituído herederas únicas de sus bienes, como está demostrado en el proceso, tuviese voluntad y razonamiento para celebrar tal convenio, en que prácticamente desheredaba a una de ellas en beneficio de la otra; f) los numerosos hechos demostrativos de demencia senil que están comprobados y afirmados por numerosos testigos; g) el que ni siquiera pudiese firmar correctamente, porque no recordaba las letras de su apellido; h) el dictamen de los médicos grafólogos que llegan a la conclusión de la inconsciencia o incoherencia en las ideas que aquejaban a dicha anciana; i) el concepto uniforme de los dos peritos, designados en este juicio, y que de manera clara, fundamentada y rotunda afirman dicho estado demencial. No es exageración decir que en ningún expediente se ha logrado constatar de manera evidente, con pruebas de toda índole, armónicas entre sí, el estado de demencia senil de aquella nonagenaria. Al no apreciar el Tribunal todos estos hechos como constitutivos de indicios y al no ver que todos los hechos constitutivos de éstos están demostrados y que son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, para demostrar plenamente la demencia senil, cometió un evidente error de hecho, y como consecuencia de éste no aplicó el Artículo 665, citado, que si lo hubiera tenido en cuenta habría despachado favorablemente la demanda y aplicado debidamente los artículos 553 y 1.741 del C. C., lo que no hizo. Acuso así el fallo.

"También se violó el artículo 594 del C. J., que no aplicó, en subsidio de los anteriores, en cuanto determina que dos o más pruebas incompletas constituyen plena prueba, si ellas están debidamente establecidas y son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado. Aún en el caso de que se considerara que aquellas numerosas pruebas, son de por sí, cada una, insuficiententes para establecer la demencia de doña Candelaria, reunidas todas acreditarían plenamente ese hecho psíquico, como que están debidamente demostradas, tienen íntima conexión entre sí, son precisas y concretas y tienden todas a evidenciarlo. Así, cometió un evidente error de hecho el fallador.

"El Tribunal incurrió en apreciación errónea o en falta de apreciación de las pruebas atrás citadas, especialmente del dictamen pericial, de las declaraciones de los testigos, del dictamen grafológico, de los graves indicios, etc., incurriendo en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, y todo ello lo llevó a la violación de las normas del C. J., precitadas, que tienen carácter sustantivo, porque se refieren al valor legal de las probanzas; y por ello negó el hecho sustancial sobre demencia de doña Candelaria Saldarriaga G., y la nulidad consecuencial del contrato de renta vitalicia de que habla la Escritura número 1686 de 3 de septiembre de 1938, siendo así la sentencia violatoria por infracción directa o por aplicación indebida, de las siguientes disposiciones de la ley sustantiva:

"Del artículo 553 del C. C., que estatuye que son nulos los actos o contratos celebrados por una persona demente; pues habiéndose demostrado plenamente el estado demencial de doña Candelaria Saldarriaga en la fecha del contrato, según se explicó arriba, debió declararse la nulidad pedida por ese motivo; y el Tribunal la negó. Violó también los artículos 1502 y 1504 del C. C., por no aplicarlos, artículos que establecen que para todo acto, declaración de voluntad o contrato se requiere que los contratantes sean legalmente capaces y que su consentimiento no adolezca de vicios, y que son absolutamente incapaces los dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y ya queda explicado que, debido a la demencia comprobada que sufría doña Candelaria Saldarriaga, al verificarse aquella escritura, no era legalmente capaz, ni pudo dar consentimiento válido para ese convenio. Por lo cual existe la nulidad de contrato que negó el Tribunal.

"Se violaron también los artículos 1740 y 1741 del C. C., que expresan que es nulo todo contrato a que faltan algunos de los requisitos que la ley señala para el valor del mismo contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes, y que hay nulidad absoluta en los contratos de personas absolutamente incapaces; y ya se vió que al convenio discutido le faltaban los requisitos de capacidad y consentimiento válido, pues fue celebrado por una persona demente. Por lo mismo ese convenio adolece de absoluta nulidad, la que fue negada por el H. Tribunal.

"Se violó igualmente el artículo 1746 del C. C.,

que establece que la nulidad dá derecho a las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo; pues a pesar de las demostraciones sobre demencia de la contratante doña Candelaria y de nulidad consecuencial del contrato de renta discutido, el H. Tribunal negó la restitución de los bienes o derechos proindivisos a que él se refiere".

Se considera:

Jurídicamente es una verdad incontrovertible que la capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas, pues la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción.

Esa presunción legal sólo puede caer bajo el peso de la prueba plena contraria, y para desvirtuarla en casación, cuando el sentenciador, después del examen de los elementos de convicción aportados al debate, ha concluído que ella se mantiene, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que aquél incurrió en error de hecho manifiesto o evidente o en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de una persona.

Según jurisprudencia constante de la Corte, el error de hecho se produce cuando la sentencia dá por establecidos hechos que claramente no aparecen de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas o desvirtuadas de manera patente e incontrovertible con otros elementos del pleito. En otros términos, para que exista esta clase de error en la apreciación de las pruebas, es necesario que de ellas y de otros comprobantes del proceso resulte demostrado de un modo evidente que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. También es invariable jurisprudencia de esta Sala la de que cuando existe duda en una cuestión de hecho originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en ese error al acoger algunas de ellas para formar su juicio y resolver la cuestión controvertida.

"El error de hecho —ha sostenido esta Sala— para que sea operante en casación debe aparecer, tal como lo requiere el numeral 1° del artículo 520 del Código Judicial, de modo manifiesto en los autos; es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuandoquiera que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza". (Sentencia de noviembre 14 de 1952).

Tal ocurre en el presente pleito, pues aún admitiendo que la prueba testimonial traída para demostrar la demencia senil de la contratante Candelaria Saldarriaga al momento en que celebró el contrato de renta vitalicia no adoleciera de las fallas que para desecharla le anotó el Tribunal, el concepto final a que éste llegó sobre sanidad mental, de dicha contratante en ese entonces, que encontró corroborado con la aseveración del Notario y de múltiples testigos idóneos, mayores en número —más de veinte— que los del actor, iguales en fama, calidad e ilustración, como que entre ellos se cuentan el Notario, un exJuez del Circuito, su Secretario, médicos, sacerdotes y particulares de buena reputación y sin tacha alguna, no podría caer en casación, pues cuando menos de éstos y de la presunción de que ya se habló resultaría patente una tremenda duda, que impide la configuración de un error de hecho evidente o manifiesto. Y no se diga que aquí opera también en favor de las pretensiones del recurrente un dictamen pericial uniforme rendido por dos peritos, uno principal y el otro tercero, que en su conclusión final aseveraron la incapacidad de Candelaria, pues bastaría replicar con dos observaciones: **Primera.** Que como dicha contratante había fallecido mucho antes de incoarse este litigio, los peritos no tuvieron ocasión de examinarla y su dictamen no versó sobre hechos sujetos a los sentidos, pues para fundamentarlo se acogieron a las afirmaciones de algunos de los testigos de cargo; y **Segunda,** que habiendo en el proceso prueba testimonial contradictoria dicho experticio habría sido uno, según que los peritos siguieran el derrotero que les indicaban los testigos de cargo y otro muy diferente según que se atuviesen a los testigos de descargo. En esas condiciones lógicamente nada añade dicho experticio en orden a esclarecer la situación de duda que emerge de la prueba testifical".

Lo dicho sería de suyo suficiente para rechazar el cargo propuesto; mas con este fin la Sala suma a las anteriores otras consideraciones.

Ni el artículo 722 del Código Judicial ni el 723 ibidem —que es el aplicable para valorar un experticio rendido en casos como el de autos— cons-

triñen al juzgador a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta legal y jurídicamente de gran amplitud de criterio para analizar estas circunstancias y para asignarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficiente y debidamente explicado y fundamentado. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte. Por consiguiente, el Tribunal actuó dentro de la órbita de sus propios poderes al analizar la fundamentación del dictamen y al desecharla por no encontrarla a su juicio satisfactoria. Por este solo aspecto no pudo haber incurrido en error alguno.

De otro lado, de los cuatro motivos —puntualizados al principio— por los cuales el fallo niega valor probatorio al dictamen del perito Gómez Jaramillo, el recurrente ataca en casación los tres primeros, pero no el cuarto, por lo cual la acusación es incompleta e ineficaz aún en el supuesto de que la réplica que opone a aquéllos fuese fundada. De otro lado, se vio que el Tribunal hizo extensivas esas cuatro objeciones al rendido por el perito Jaramillo Echeverri, en cuanto adhirió al concepto final de Gómez Jaramillo; pero además, al estudiar el de aquél, le formuló dos objeciones particulares y diferentes, a las cuales no se refiere siquiera la acusación que se considera, por cuya causa dicho dictamen queda de hecho descartado para los efectos del recurso de casación. Así las cosas y como sólo al experticio rendido por dos peritos la ley le confiere el valor de plena prueba, al de Gómez Jaramillo no podría otorgársele ese mérito, y mucho menos cuando resulta otro enfrentado al de otro perito principal, el del doctor Uribe Cualla, que se pronunció en favor de la sanidad mental de doña Candelaria.

Con referencia a la prueba indiciaria de que habla el recurrente que dice no apreciada por el sentenciador, es suficiente observar que varios de los hechos que indica como indicios de demencia no tienen la calidad de tales; que otros resultan de la prueba testimonial traída por la actora, la que enfrentada a la de la parte contraria no hay razón alguna para darle preferencia sobre ésta, que el sentenciador acogió, pues los testigos no son, como ya se apuntó, ni mayores en número ni de mejor fama e ilustración que los últimos; que con referencia al dictamen pericial, ya el punto quedó analizado y se vio por qué no es posible modificar la apreciación que de él hizo el sentenciador, y que la prueba resultante del cotejo o dictamen grafológico no tiene ni en la materia para la cual la consagra la legislación nacional (artículos 653 a 656 del C. J.), el valor de plena prueba; pues apenas puede alcanzar el de un indicio grave, y este mérito tampoco podría asignársele, como es obvio, fuéra del campo que le es propio, o sea para inferir la demencia de una persona, con tanta mayor razón cuanto que —como lo anota el Tribunal— los grafólogos de que aquí se trata no son expertos en psiquiatría.

Además, descartado —como quedó en casación por las razones ya apuntadas— el dictamen pericial, es conveniente recordar con el propósito de robustecer las precedentes consideraciones, lo que en las más recientes jurisprudencias ha sostenido esta Sala acerca de la prueba de la demencia.

En sentencia de 4 de abril de 1936 se dijo:

"Si bien es cierto que no tratándose, como no se trata, de probar un acto jurídico sino de probar un hecho jurídico, son en principio admisibles todos los medios de prueba, es claro que la aplicación de este principio de la libertad de prueba no implica la consecuencia de que el juez tenga que llegar forzosamente a la convicción del hecho jurídico con pruebas que, siendo admisibles, no tengan el carácter legalmente establecido de plenas, y no liguen por consiguiente al fallador, que conserva, con respecto a ellas el derecho de apreciarlas conforme a su criterio. Si se tratara de hechos sujetos a los sentidos y susceptibles de ser apreciados por cualquier persona, se habría podido decir que el juez incurrió en un error de derecho al no darles el valor de plena prueba a las declaraciones rendidas a petición del actor. Pero como se trata de hechos sobre los cuales aún los más expertos psiquiatras sólo pueden presentar "presunciones, inferencias, juicios y deducciones" sujetos a la libre apreciación del juez, es obvio que el Tribunal en ningún error incurrió en echar de menos un verdadero dictamen pericial, ya que ni siquiera en el caso de que éste hubiera sido rendido con todas las formalidades legales hubiera quedado aquél atado a los conceptos de los peritos". (G. J. número 1911, pág. 804).

En sentencia de 16 de agosto de 1937, expresó:

"La demencia de alguien no se comprueba con la confesión que otro haga de haber creído en ella. El confesante, si tal puede reputarse a quien declara que ha creído que otro está demente, no hace sino exponer su personal concepto sobre un

punto que, de otro lado, hay que recordar que la ley lo sujeta al de expertos, como lo ordenan los artículos 705 y 820 del C. J. y el 549 del C. C. de manera que pruebas de otra índole, en cuanto sean pertinentes por relacionarse con la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, sobre lo cual debe informarse al juez, sirven sin duda como elementos complementarios, muy valiosos en lo general, pero no como sustitutivo de ese dictamen de facultativos, requerido por la disposición que se acaba de citar". (G. J. número 1927, pág. 431).

Y en sentencia de 6 de octubre de 1942, se sostuvo:

"La perturbación mental permanente, la demencia senil son enfermedades, como muchas otras que no pueden establecerse o diagnosticarse ciertamente sino por medio de la ciencia. Es el dictamen pericial médico en cada caso, el que puede llevar al juzgador a una conclusión fundada, y el que permite, cuando es unánime, darle el carácter de plena prueba, como enseña el artículo 722 del Código Judicial. Es difícil en realidad, y hasta muy grave, que el juzgador en virtud de apreciaciones testimoniales, de personas expertas en la ciencia médica, pueda concluir que una persona adolezca de una enfermedad. Como el juzgador no es experto tampoco en esas materias, de ahí que deba asesorarse y atenerse generalmente a lo que los peritos, en cada materia, dictaminen en virtud de su arte, profesión u oficio. Si le bastaran únicamente las declaraciones que se adujeron a los autos, de personas inexpertas, no sólo fallaría el juez como técnico en asuntos que desconoce, sino haría innecesario el dictamen pericial, conclusión inadmisible. Pueden, es cierto, los expertos médicos, cuando no han conocido o recetado o atendido al paciente, basar su dictamen sobre la enfermedad de éste, en declaraciones de los que conocieron o trataron al enfermo; pero, como es obvio, los elementos de hecho o de apreciación los coordinan los médicos con los principios científicos que poseen, que conocen, y entonces en virtud de esos dos factores deducen las conclusiones, en cada caso, lo que no puede hacer el juzgador por lo que no es experto en esas materias". (G. J. Tomo LIV, pág. 155).

Por todo lo expuesto no se admite el cargo.

En el capítulo segundo de la demanda de casación dice el recurrente:

"El Tribunal cometió un evidente error de derecho cuando de una manera equivocada afirmó que la disposición del artículo 2291 del C. C. consagra la libertad absoluta para la fijación de la renta sin consideración alguna sobre si ésta sólo existía en apariencia. Es decir, el Tribunal, a consecuencia del equivocado concepto que tuvo del precepto legal citado, cometió un evidente error de derecho, que lo llevó a la interpretación errónea de tal disposición, aplicarlo en el presente asunto, de una manera aislada y sin ninguna consideración de otras causas que en los contratos generan nulidad, como son los artículos 1524 y 1740 del C. C.

"Acuso la sentencia recurrida por ser violatoria, ya por infracción directa, ya por aplicación indebida o por interpretación errónea, de los siguientes textos legales sustantivos: Artículos 553, 1496, 1497, 1498, 1501, 1502, 1503, 1504, 1524, 1740, 1741, 1746, 1747, 2287, 2291 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, según se explicará en seguida.

"En la demanda se impetró la declaratoria de nulidad del contrato sobre renta vitalicia aludido, por carecer de causa jurídica y económica, por cuanto la pensión anual de que habla la escritura número 1686 de 3 de septiembre de 1938, es inferior a lo que en ese tiempo producían las cuotas inmuebles que se traspasaron como contraprestación. Por ello, ese contrato no reúne los requisitos esenciales de **causa real,** y de ser **oneroso** y **aleatorio,** según lo exigen los artículos 1501, 1502 y 2287 del C. C.; a pesar de haberse demostrado esos hechos, constitutivos de nulidad, el H. Tribunal negó la petición citada y la aplicación del artículo 1740 del C. C., fundándose en consideraciones perfectamente inaceptables e injurídicas".

Sigue el recurrente con una disertación sobre lo que debe entenderse como causa de un contrato; afirma que fuéra de los requisitos especiales que le son propios, el contrato de renta vitalicia debe llenar los generales de todos los contratos de que habla el artículo 1502 del Código Civil; formula algunas críticas al fallo en relación con esos temas, y, partiendo de la base de que en autos está demostrado con las pruebas que cita que el producido de los inmuebles que se dieron en pago de la renta vitalicia estipulada es superior a ésta, dice lo siguiente:

"Es incuestionable, superior a todos los sofismas jurídicos que quieran presentarse, que un contrato de renta vitalicia en que la pensión es inferior al producido de los bienes, carece de **causa** o de contraprestación, porque es obvio que el debi-rentista no tiene por qué pagar de su peculio dinero alguno, sino que va cubriendo las pen-

siones con los mismos rendimientos del inmueble, apropiándose éste por lo mismo sin contraprestación real ninguna, y enriqueciéndose sin causa en detrimento de la contraparte; que es injurídico, máxime cuando dicha persona era una anciana nonagenaria y con exigua vida probable. También es evidente que ese contrato, pactado como **oneroso,** no lo es en realidad, porque en el fondo la debi-rentista no se impuso gravamen o prestación efectiva, sino que pagaba con los mismos producidos de los bienes; y que ese contrato tampoco es **aleatorio,** como debe serlo de acuerdo con su esencia, porque en él no hay contingencia alguna de utilidad o pérdida, sino que necesariamente redunda en provecho de la debi-rentista, y en perjuicio de la otra contratante. Como consecuencia ese contrato adolece de **absoluta nulidad** por faltarle los elementos sustanciales de causa real y lícita, y los de ser oneroso y aleatorio".

Más adelante agrega:

"Del estudio anterior se deduce que existen plenas pruebas en el juicio de que el contrato de renta vitalicia, de que habla la escritura de 3 de septiembre de 1938, adolece de absoluta nulidad, por los seis motivos siguientes: 1º Por incapacidad de la contratante doña Candelaria Saldarriaga G., como que estaba demente al otorgarla; 2º Por falta de consentimiento, como que una persona demente no puede consentir válidamente; 3º Por falta de **causa** puesto que no hubo contraprestación efectiva de parte de doña Margarita Saldarriaga en aquel convenio, ni tampoco ánimo de liberalidad; 4º Por carencia de contrapartida real y efectiva en ese contrato otorgado a título **oneroso;** 5º Por carencia de **áleas,** pues no hubo contingencia de pérdida económica por parte de la debi-rentista, como que ésta **necesariamente** tenía que obtener provecho de tal convenio; 6º Por causa ilícita en el móvil determinante del contrato, como que el único motivo para llevarlo a efecto fue defraudar como se defraudó, el fisco nacional o Renta de Sucesiones y Donaciones".

Finalmente, concreta así sus acusaciones:

"Dicho fallo es violatorio, por infracción directa, de los siguientes artículos del Código Civil: artículo 1502, que determina que para que una persona se obligue a otra se requieren capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, 1501 que estatuye que son de la **esencia** de un contrato aquellos requisitos, sin los cuales no produce efecto alguno; el 2287, que dispone que son de **esencia** del contrato de renta vitalicia el que sea **oneroso** y **aleatorio;** el 1497, que establece que contratos **onerosos** son los que se celebran en utilidad de ambos contratantes; el 1498, que expresa que contrato **aleatorio** es aquel que contiene una contingencia incierta de ganancia o pérdida; el 1504 que estatuye que los dementes son incapaces de contratar; el 1524, que ordena que no puede haber obligación sin una **causa real y lícita;** el 1740, que establece que es nulo todo acto o contrato al que falte 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; el 1741, que determina que la nulidad es absoluta cuando ella proviene de la omisión o carencia de objeto o causa lícita y en los contratos celebrados por personas incapaces; el 2º de la Ley 50 de 1936, en cuanto la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; el 1746 que manda que la nulidad dá derecho a las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo; pues el H. Tribunal infringió dichos textos legales al negar la declaratoria de nulidad impetrada del contrato de renta vitalicia; a pesar de haberse demostrado que carece de los requisitos **esenciales** de capacidad de la credi-rentista, de consentimiento de la misma, por causa de demencia, de falta de **causa,** de carencia de contraprestación por parte de la debi-rentista, de falta de onerosidad y de áleas, según quedó ampliamente explicado en las extensas observaciones y transcripciones precedentes. De manera que el H. Tribunal infringió directamente esas normas, pues no las explicó, a pesar de ser ellas expresas, claras y manifiestamente aplicables a este litigio, y como consecuencia de esa violación negó los pedimentos de la demanda.

"Violó también el H. Tribunal, en su sentencia, la ley sustantiva en su artículo 2291 del C. C., por interpretación errónea o por aplicación indebida, pues se aplicó dicha norma legal, que habla de la libertad para fijar la cuantía de la pensión en las rentas vitalicias, sin consultar su espíritu y juridicidad y a un caso cuyos extremos legales no lo permiten por carencia de **causa,** o se aplicó aquel artículo de manera desconectada, sin relacionarlo con el artículo 1524 del C. C. que exige, que todo contrato, entre ellos el de renta vitalicia, tenga **causa** efectiva y lícita, la que no existió en el contrato discutido. Todas estas infracciones de la ley sustantiva llevaron al Tribunal en la sentencia recurrida a la infracción de los artículos 1740 y 1741 del C. C. y 2º de

la Ley 50 de 1936, al negar la nulidad del contrato de 3 de septiembre de 1938, siendo así que estaban probados todos los extremos y cumplidos todos los requisitos que se exigen por las leyes para declaratorias de esa especie".

Se considera:

Para la atinada decisión de las cuestiones que se plantean en el cargo precedente conviene ante todo recordar algunas nociones legales y doctrinarias acerca de la clasificación de los contratos.

Según lo estatuído en el artículo 1496 del Código Civil, el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Para determinar, por este aspecto, la naturaleza de un contrato hay que partir del momento en que se perfecciona, pues si una vez que esto ocurre, surgen obligaciones para ambos contratantes, el contrato es bilateral, y si desde ese instante, sólo una queda obligada, es unilateral. Así, por ejemplo, la compraventa en lo general se perfecciona desde cuando hay acuerdo entre las partes en la cosa y en el precio, en ese momento nacen dos obligaciones recíprocas para las partes, la de entregar la cosa y pagar el precio: luego es bilateral. El depósito y la prenda se perfeccionan con la entrega de la cosa, y cuando esto ocurre, sólo nace una obligación, que es la de conservar y restituir la cosa por parte de quien la recibió: luego es unilateral.

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición o entrega de la cosa a que se refiere (artículo 1500); es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio de otro (artículo 1497). Este se subdivide en conmutativo y aleatorio. 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 se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1498 ibidem).

Lo que caracteriza al contrato conmutativo es que las prestaciones a que dá nacimiento deben ser equivalentes y conocidas ciertamente desde el momento mismo de su celebración o perfeccionamiento; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta.

En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues no hay equivalencia en las prestaciones y los contratantes no prevén en el momento de su celebración el alcance de aquéllas o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que tanto la una como la otra están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

De allí que la acción rescisoria por lesión enorme se conceda sólo y en los casos precisados por la ley, para algunos contratos conmutativos, cuando se rompe en la medida legal la equivalencia de las prestaciones, y que dicha acción en principio no se otorgue por la ley para los contratos aleatorios.

Según la definición que dá el artículo 2287 del Código Civil, "la constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero" y de conformidad con lo estatuído en el artículo 2292 ibidem dicho contrato "deberá precisamente otorgarse por escritura pública, y no se perfeccionará sino por la entrega del precio".

De esas normas legales resulta que el contrato de renta vitalicia ostente las siguientes características:

Es aleatorio, porque el alcance integral de la prestación a cargo del debi-rentista no se conoce en el momento de la formación del contrato, pues ella depende de la contingencia incierta de la duración de la vida de otra persona, y será mayor o menor según que ésta viva más o menos tiempo.

Es oneroso —no gratuito— no sólo porque así lo estatuye el artículo 2287, sino porque el derecho a percibir la renta surge del pago del precio, el que debe consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles (artículo 2290), y porque constituído gratuitamente degenera en donación o en legado (artículo 2301 ibidem).

Es solemne, porque debe precisamente otorgarse por escritura pública.

Es real, puesto que no se perfecciona sino por la entrega del precio.

Es unilateral, ya que de su definición resulta que es un contrato "en que **una persona** se obliga" a "pagar a otra una renta o pensión" y por cuanto que como sólo se perfecciona con la entrega, el contrato no existe antes de que ella se cumpla, y una vez perfeccionado, apenas surge

la obligación a cargo del debi-rentista de pagar la pensión acordada. Tal ocurre con el mutuo, el depósito y demás contratos reales, en que las obligaciones del deudor no nacen sino por virtud de la entrega, que es cuando el respectivo contrato queda perfeccionado.

Como lo anota con toda propiedad un conocido autor en los contratos bilaterales "las obligaciones recíprocas de las partes son, por su formación, **contemporáneas** una de otra", y está visto que tal cosa no ocurre en el de renta vitalicia.

Además, por ministerio de la ley (artículo 1546 del Código Civil), en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y precisamente en el de renta vitalicia la ley excluye la resolución del contrato (artículo 2294 ibidem), salvo que las partes en razón de la autonomía de voluntad que le es reconocida convengan expresamente otra cosa, lo cual obedece a su condición de unilateral.

En el caso de autos, el contrato contenido en la escritura pública número 1636 del 3 de septiembre de 1938, reúne la integridad de las características propias del contrato de renta vitalicia: es aleatorio, puesto que se convino que la pensión se pagara durante la vida de Candelaria Saldarriaga, contingencia incierta que determinaba que los contratantes no pudieran precisar en el momento de su celebración la ganancia o la pérdida que él les deparara; es oneroso, porque aquélla pagó con la cuota que le correspondía en bienes inmuebles de su propiedad, el derecho a percibir la renta; se celebró en forma solemne, por el instrumento público citado; medió entrega de los bienes, pues hubo la material y la simbólica mediante el requisito de la escritura, atemperándose así a su condición de contrato real; y es unilateral, porque una vez cumplida dicha entrega y perfeccionado por ende el contrato, sólo Margarita Saldarriaga quedó obligada a pagar la renta vitalicia estipulada.

El Tribunal, tomando en cuenta el citado instrumento, llegó a las preanotadas conclusiones, o sea, en resumen, que el contrato controvertido reúne los requisitos que le son esenciales o propios; pero si el recurrente consideró que no los reúne, porque así no resulta del contrato o de otras pruebas traídas al proceso, entonces la acusación no debió proponerse invocando, como se hace, la violación directa de las disposiciones sustantivas relacionadas con la materia, pues el artículo 520 del C. J., numeral 1º, expresamente dispone que "cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

No obstante lo anterior y entrando a considerar a fondo el cargo, se tiene que el recurrente afirma que el contrato carece de causa y no es oneroso ni aleatorio, por cuanto que estima está demostrado en el proceso que el rendimiento de los inmuebles entregados como pago del precio es superior a la renta o pensión estipulada. Entonces, la clave para resolver la cuestión radica en esclarecer si a las partes contratantes les es lícito o no estipular una pensión inferior al producido de los bienes.

A este respecto estatuye el artículo 2291 del Código Civil:

"Es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio".

El texto de esa disposición es supremamente claro, y en donde la ley es clara no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 ibidem). Ella establece perentoriamente la libertad de los contratantes para acordar "la pensión que quiera" y prescribe además que "la ley no determina **proporción alguna** (subraya la Sala) entre la renta y el precio", por lo cual las partes pueden fijar la renta libremente, en más o menos, sin tener en cuenta, si lo consideran del caso, el mayor o menor valor de los bienes que se entregan como precio de ella, pues la ley no les manda observar proporción alguna entre la una y el otro.

Y esto parece lo lógico dentro de la naturaleza del contrato. Son muy puestas en razón las consideraciones que sobre el particular hace el opositor, cuando dice:

"El monto de la renta es cosa de las conveniencias, intereses y apreciaciones de los contratantes, en los cuales juegan muchos factores particulares y privados de los mismos. Los inmuebles permanecen desocupados por tiempos; exigen mejoras con mucha frecuencia; un caso fortuito, como incendio, terremoto, motín, v. gr., pueden echarlos a perder; hoy tienen una renta y mañana dan otra; los inquilinos suelen dejarlos debiendo varias mensualidades; la pensión está sometida a las fluctuaciones de la moneda y siem-

pre será la misma cantidad de dinero, en tanto que los frutos de los bienes, los cánones de arrendamiento, varían, según aquellos cambios; el debi-rentista tendrá que atender a los impuestos predial, de patrimonio, sobre la renta, etc., y mil factores más entran en el **juego aleatorio** esencial de la renta vitalicia. Son los contratantes los únicos que pueden apreciarlos, pesarlos y medirlos, y de allí que la ley los deje en plena libertad para acordar la renta, sin que rija proporción alguna entre ésta y lo que en el momento del contrato produzcan los bienes".

De otro lado, la acción rescisoria por lesión enorme no se concede sino en los casos previstos en la ley, para determinados contratos conmutativos en que debe guardarse la equivalencia de las recíprocas prestaciones, como en la compraventa, en las particiones y ciertos actos y contratos expresamente indicados; pero la acción por lesión no se confiere para los contratos aleatorios.

Además, se podría dar por probado el producido bruto de los inmuebles, con las pruebas que señala el recurrente; mas los simples cálculos que él invoca para determinar la renta líquida en que se prescinde hasta de la circunstancia importante de que la renta se pagaba por anualidades anticipadas y que el dinero también produce frutos o intereses, carecen de prueba que los demuestre, por lo cual no hay base sólida que permita llegar a las conclusiones que pretende, aunque no fuesen acertadas las precedentes consideraciones de orden jurídico.

Finalmente, sea que se atienda a la doctrina clásica sobre la causa o al criterio jurisprudencial que la Corte ha seguido sobre el particular, el contrato cuestionado no carece de causa, pues conforme a la primera, mediaría la entrega en el contrato unilateral, que sería su causa, y si se atendiese a los móviles determinantes, que según el recurrente consistieron en el propósito de los contratantes de defraudar la ley y el fisco nacional, esta última cuestión —que sería también causa del contrato según la tesis jurisprudencial, causa real, pero ilícita— no puede ser considerada en casación mientras permanezca en pie la razón expuesta al respecto en la sentencia, o sea que en la demanda no se pidió la nulidad del contrato con ese motivo por lo cual nada debía decirse sobre ello, y esa razón no la acusa el recurrente por ningún concepto.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de quince (15) de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), pronunciada en este asunto por el Tribunal Superior de Medellín.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD DE UNAS PARTIDAS DE ESTADO CIVIL Y DE PETITICION DE HERENCIA. — TECNICA DE CASACION

La Corte ha establecido en numerosos fallos que cuando la sentencia recurrida contiene varios fundamentos, cualquiera de los cuales es suficiente para sustentarla, si el ataque no se dirige a todos sino a uno o a varios de ellos, no es necesario siquiera adelantar el estudio del cargo, desprovisto como queda de fuerza para infirmarla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A)—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado, Antonia o Antonina Martínez v. de Martínez instauró demanda ordinaria ante el Juzgado promiscuo del circuito de Barichara contra Guillermina Martínez v. de Martínez, para que con su citación y audiencia y como presunta heredera de Silverio y Humberto Ramírez, se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera**—Que es contraria a la verdad, y nula de nulidad absoluta, por consiguiente, la partida de nacimiento que hizo sentar ante el señor Notario de Barichara el día treinta y uno de julio de 1948, Roberto Tamayo, en la cual se hizo constar que ese día a las siete de la mañana había nacido Humberto Martínez como hijo legítimo de los señores Silverio y Guillermina Martínez, y se ordena su cancelación en dicha Notaría.

"**Segunda.** — Que es contraria a la verdad, y nula de nulidad absoluta por consiguiente, la partida de defunción en la parte en que el mismo Tamayo dice que Humberto Martínez Martínez, hijo legítimo de Silverio Martínez y Guillermina Martínez, tuvo una hora de existencia, partida que aparece escrita ante el señor Notario de Barichara el mismo 31 de julio de 1948, a las ocho de la mañana.

"**Tercera.**—Que como consecuencia de lo anterior, Antonia o Antonina Martínez v. de Martínez, tiene la facultad de ejercitar el derecho de petición de herencia en la sucesión de Silverio Martínez Martínez.

"**Cuarta.**—Que por lo dicho y pedido en el punto anterior, se disponga que Antonia o Antonina Martínez v. de Martínez, tiene derecho prevaleciente a heredar a su hijo legítimo Silverio Martínez Martínez en la mitad de los bienes que hubiere dejado, los cuales le deben ser entregados.

"**Quinta.**—Que por tanto se declara heredera de Silverio Martínez Martínez a su legítima madre Antonia o Antonina Martínez v. de Martínez con derecho prevaleciente, sobre la mitad, especialmente, de la cuarta parte de los terrenos denominados Chuguete o Loma de Chocho, Chuaguete y la cuarta parte de la mitad del predio denominado Higueras, ubicadas en el municipio de Barichara (debidamente alindados). Todos estos derechos los adquirió Silverio Martínez Martínez por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de su finado padre señor Miguel Martínez, protocolizado por escritura pública número 62 de 7 de febrero de 1944, pasada ante la Notaría de Barichara.

"**Sexto.**—Que si la demandada en su carácter dicho de presunta heredera de Silverio y Humberto Martínez, se opusiere a esta demanda, se le condene a pagar las costas del juicio".

Los hechos fundamentales son los siguientes:

"5º—El 22 de mayo de 1948 falleció en Barichara, donde tuvo su último domicilio, Silverio Martínez Martínez, sin dejar descendencia legítima, ni natural, quedando sí la cónyuge sobreviviente señora Guillermina Martínez, y su madre la señora Antonia o Antonina Martínez. — 6º El 31 de julio de 1948, dio a luz un niño, en la población de Barichara, la señora Guillermina Martínez, pero esa criatura nació muerta. — 7º La criatura de que trata el punto anterior, murió antes de estar completamente separada del cuerpo de su madre Guillermina Martínez. — 8º La criatura de que se viene hablando no sobrevivió

a la separación del cuerpo de su madre ni un solo momento. — 9º A la criatura dicha, se le dio el nombre de Humberto Martínez Martínez. — 10. No obstante que Humberto Martínez Martínez nació muerto, el 31 de julio de 1948 se sentó la partida de nacimiento en la Notaría de Barichara como si hubiera tenido existencia. — 11. En la misma fecha de que trata el punto anterior, se sentó la partida de defunción de Humberto Martínez Martínez diciéndose allí que había tenido una hora de existencia, cosa inexacta, pues ya está dicho que esa criatura nació muerta. — 12. Las inscripciones del registro civil del nacimiento y defunción de Humberto Martínez Martínez, de que tratan los dos hechos anteriores, se hicieron sin intervención de las personas que presenciaron el acto del parto, como lo exige para el caso el artículo 11 de la Ley 92 de 1938. — 13. El acto del parto de que se viene hablando, no fue presenciado sino por Susana Ardila, comadrona o partera, y por Ester Cadena e Isidora Martínez. — 14. Humberto Martínez Martínez, al nacer, ni gritó, ni lloró. — 15. Guillermina Martínez el día 31 de julio de 1948, sufrió ataques de eclampsia. 16. Guillermina Martínez en la fecha de que trata el punto anterior, tenía los pies hinchados y arrojó espuma por la boca. — 17. Los testigos señores Florentino Ortiz y Juan de Dios Rodríguez que aparecen en el registro civil del nacimiento de Humberto Martínez Martínez, nada absolutamente les consta sobre ese acto, como lo exige la ley, sino que fueron llevados allí **ad-hoc,** recogidos en la calle, como para llenar la fórmula, y sin el menor conocimiento del hecho que se les hizo acreditar. — 18. En el Juzgado a su cargo, se inició el juicio de sucesión de Silverio Martínez y Humberto Martínez. — 19. El señor Miguel Martínez, cónyuge que fue de la señora Antonia o Antonina Martínez, falleció hace varios años. 20. La señora Guillermina Martínez está poseyendo como si fuera heredera universal de Silverio Martínez Martínez la cuarta parte de los terrenos denominados Chuguete o Loma de Chocho, Chuguete y la cuarta parte de la mitad de un predio denominado Higueras, ubicado en jurisdicción del Municipio de Barichara, cuyos linderos se indicaron en otro lugar del presente escrito...".

La demandada se opuso a todas y cada una de las peticiones del libelo, afirmó que su hijo nació vivo y tuvo una hora de existencia, y propuso la excepción perentoria de "carencia de acción sustantiva" de la demandante.

El juez **a quo** consideró en su fallo no probada la excepción perentoria propuesta, e hizo todas las declaraciones impetradas en la demanda. De esta sentencia apeló la parte demandada.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil puso fin a las instancias el 20 de febrero de 1951. En la providencia respectiva revocó lo dispuesto por el inferior y absolvió a la demandada de todos los cargos.

El recurso

El actor ha interpuesto recurso de casación con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. Los dos cargos que formula se examinarán en su orden.

Primer cargo.—En el primero acusa la sentencia por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1757 del C. C., en cuanto el Tribunal exigió arbitrariamente al demandante la prueba de que la criatura había nacido sin vida, violando en consecuencia también no sólo el artículo 90 del mismo Código, sino los artículos 234 y 601 del C. J., no aplicables al caso.

Lo sustancial de la argumentación del recurrente queda expuesto en los párrafos que en seguida se transcriben:

"El H. Tribunal sienta la tesis de que la parte demandante ha debido probar en su condición de parte actora, el hecho del nacimiento de Humberto Martínez como persona muerta. Pero olvida dicho sentenciador que la parte demandada tenía el deber jurídico a la vez de acreditar la existencia del nacido, ya que de ese hecho jurídicamente relevante era o es del cual depende su situación jurídica frente a las peticiones del actor, y tanto el nacimiento como la muerte ha de probarse como cualquier otro hecho. El principio consignado en el artículo 1757 del C. C. no es como lo relaciona la sentencia, porque efectivamente lo que en él se postula es el de que cada uno de los litigantes debe probar los hechos positivos y negativos que aduce en sostenimiento de su causa. De ahí por qué el demandante, en su condición de actor, debe probar los hechos fundamentales de su demanda; y el demandado los hechos respecto de los cuales alegue como base de su defensa. Pero no es verdad de que siempre la prueba es de cargo exclusivo de la parte ac-

tora, porque en la negativa del demandado puede hallarse contenida una afirmación, y entonces le incumbe probarla si quiere obtener la victoria, porque como dice Ulpiano, **reus in exceptione actor est.** Esto explica el por qué el principio general consagrado por la jurisprudencia sea precisamente otro al aceptado en la sentencia: la prueba incumbe al que afirma, no al que niega, con tal que en la negativa no vaya contenida una afirmación.

"De otro lado el hecho de que el nacimiento ocurrió con vida no está asentado en ninguna disposición legal, y menos está establecido como presunción legal como parece darlo a entender el sentenciador. Y era necesario comprobar la existencia del nacido, porque la parte demandante que afirmaba el hecho presentaba la prueba evidente: la defunción de ese menor. Si había ocurrido con vida o no, era la posición de la parte demandada porque esa capacidad de derecho que le otorgaba la ley, artículo 90 del C. C., dependía exclusivamente del hecho del nacimiento con vida. Esta disposición que no aplicó el H. Tribunal, ni tuvo en cuenta para nada le decía: la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento con vida. La parte demandada tenía ese deber en el juicio: probar la vida aunque fuera por un instante, y no pretender deducirla por simples movimientos quizá reflejos".

Se considera:

La Corte ha establecido en numerosos fallos que cuando la sentencia recurrida contiene varios fundamentos, cualquiera de los cuales es suficiente para sustentarla, si el ataque no se dirige a todos sino a uno o a varios de ellos no es necesario siquiera adelantar el estudio del cargo, desprovisto como queda de fuerza para infirmarla. (C. C., mayo 12 de 1952. G. J. 2.115, pág. 93) (C. C., abril 22 de 1952, G. J., 2.113, pág. 737).

En la sentencia objeto del recurso dijo el Tribunal que de conformidad con el artículo 1757 del C. C., al demandante correspondía probar que el niño había nacido muerto, por haberlo afirmado así éste en el libelo. Contra tal concepto del juzgador se pronunció el recurrente. Pero en realidad se trata de una razón secundaria de la sentencia, pues el mismo Tribunal aceptó que las declaraciones de Esther Cadena y Rosa Vesga de Tamayo "prueban plenamente que al niño Humberto Martínez se le movió lentamente el estómago, después de seccionado el cordón umbilical, durante una media hora" (folio 55); que en ese caso no podía tratarse de simples reflejos, ni de la acción de gases; que "hay que concluír que eran esfuerzos respiratorios del recién nacido"; que la criatura tenía función circulatoria; y que "si esto es así, el niño Humberto estaba vivo o sobrevivió algunos momentos a la completa separación de su madre". Es decir, el Tribunal dió por probado el hecho de que el niño había sobrevivido por algunos momentos a la separación total de su madre. Razón ésta suficiente para sustentar la sentencia, cualquiera que sea el mérito de la tesis expuesta sobre la carga de la prueba del hecho del nacimiento con vida o sin ella.

También el Tribunal se apoyó en el dictamen de dos de los peritos; especialmente del tercero, cuya conclusión coincide con la de uno de los principales. A pesar de que a juicio de aquéllos el niño vivió con posterioridad a la separación total de su madre, el sentenciador consideró que como se trataba de una materia escabrosa y sutil, si el caso dejaba alguna duda debía resolverse a favor de la demandada, al tenor de los artículos 234 y 601 del C. J.

Estas últimas razones, que constituyen bases suficientes para mantener la sentencia, no fueron atacadas por el recurrente.

Lo dicho basta para rechazar el cargo.

Sin embargo, observa la Sala que no anduvo descaminado el Tribunal cuando consideró que le correspondía al demandante probar el hecho afirmativo de su demanda, según el cual la criatura nació sin vida. Porque se trata precisamente del hecho fundamental de donde se deducen todas las peticiones, y al actor incumbe la prueba de los fundamentos de hecho de su demanda. El artículo 1757 del C. C., no es el aplicable, porque aquí no se trata de probar obligaciones o derechos, sino un hecho. Sí es procedente, en cambio, el artículo quinientos noventa y tres del C. de Procedimiento Civil, el cual exige que la sentencia se funde en los hechos de la demanda si su existencia y verdad se encuentran demostrados de manera plena y completa según la ley. Lo que quiere decir que el Sentenciador no puede tener en cuenta hechos de la demanda cuya prueba no se haya aducido en debida forma y en la oportunidad requerida.

El nacimiento y la defunción de una persona se acreditan con las partidas civiles correspondientes. Una y otra aparecen en el juicio. Por consiguiente, de conformidad con esas pruebas habría

que aceptar el nacimiento con vida y la muerte subsiguiente. Lo lógico era entonces que si la demandante pretendía demostrar que el niño nació muerto, a su cargo estuviera la presentación de la prueba del hecho alegado por ella. Sólo así habría podido desvirtuar lo que inicialmente resulta acreditado con tales documentos.

No obstante, pues, que la cita del artículo mil setecientos cincuenta y siete (art. 1.757) del Código Civil estuvo desacertada, la tesis sí aparece correcta.

Para el éxito del recurso se requería demostrar que existe en el juicio la plena prueba de que el niño nació muerto, y tal demostración no aparece en este cargo.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Este se refiere a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. El recurrente lo sustenta en los párrafos que se extractan: "En el caso de autos solamente tres testigos estuvieron presentes en el parto, y de esas tres personas, dos relatan que nació muerto el niño. Con todo, el sentenciador desestima esa prueba con violación del artículo 697 del C. J. En efecto, incurrió en error de hecho manifiesto al no tener en cuenta esos dos testimonios de Susana Ardila e Isidora Martínez que demuestran que Humberto Martínez nació muerto, y en error de derecho al no darles el valor probatorio que les dá la ley violando así el citado artículo 697 del C. J. De otro lado frente a dos testigos presenciales, no pueden invalidarse sus testimonios para aceptar el de uno solo de ellos: el de Ester Cadena. La regla de que el testigo único es ineficaz (**testis unus, testis nullus**), continúa en vigencia en nuestro Código según el artículo 696 del C. J., y lo cual no tuvo en cuenta el Sentenciador. Carece de base legal y de substancia lógica lo que hizo el fallador: desestimar dos testimonios necesarios porque estuvieron presentes, para aceptar el de uno solo, máxime cuando no se pudo producir la prueba técnica por excelencia: la pericia médico-legal, ya que el concepto de los médicos no es fundado en la observación personal de los hechos, sino en la deducción que han hecho del contenido de esos mismos testimonios. Y la cuestión es de mayor trascendencia si se tiene en cuenta que para aceptar el testimonio de Ester Cadena se tuvieron en cuenta declaraciones como las de Eliécer Henao, Roberto Tamayo y Rosa Vesga de Tamayo quienes no presenciaron el parto y se limitan a referir, el primero que oyó referir que había nacido vivo Humberto Martínez, el segundo que vió al niño ya fallecido y dice que lo encontró "calientico", y la última que refiere estar presente con posterioridad al nacimiento y cuenta que "se le movía la parte superior del estómago". El testimonio de Henao viene entonces a ser de referencia porque declara que oyó referir el hecho a otras personas, y las cuales no lo confirman, y en consecuencia su declaración no tiene fuerza alguna, ya que no recae sobre un hecho muy antiguo, ni tampoco se trata de probar la fama pública. El Tribunal cometió por este aspecto un error de derecho de conformidad con el artículo 698 del C. J., al darle valor a un testimonio que carecía de significación probatoria alguna. El testimonio de Roberto Tamayo carece también de fuerza probatoria por dos razones: a) porque tiene interés en mentir, ya que fue la persona que hizo suscribir la respectiva acta de nacimiento sin constarle en forma alguna el nacimiento, y resulta entonces que su declaración como denunciante es falsa, y la ley sólo permite aceptar los testimonios de personas dignas de fe; y b) porque la afirmación que hace el testigo de que halló al nacido **calientico** carece de importancia en el presente debate, ya que no señalando la hora en que estuvo con posterioridad al hecho en que se dice falleció, ni tampoco pudiéndose deducir que esa observación sea real o sea la expresión objetiva de las consecuencias del hecho, pues no existe sobre el particular sino su sola afirmación, es obvio que ello no debe estimarse como un signo de vida, porque en sí el detalle es totalmente equívoco. Y en cuanto al testimonio de Rosa Vesga de Tamayo ocurre lo propio que en relación con el testigo Roberto Tamayo: a) tiene interés en faltar a la verdad porque su esposo declaró sobre el hecho del nacimiento y es obvio que quiere favorecerlo también con su testimonio; y b) la afirmación de que movía la parte superior del estómago, tampoco es signo evidente de vida en Humberto Martínez, porque como puede ser signo de vida, también puede ser un acto reflejo, lo cual conduce a considerar el hecho en sí como equívoco. En todo caso no demuestra exactamente la iniciación de la vida autónoma en las condiciones en que lo exige el artículo 90 del C. C. Por lo demás cometió errores de derecho al darle valor de plena prueba a dichas declaraciones porque además de no ser originales esas declaraciones, pues la del testigo Henao era nacida de la sugestión de otros, aparecía que en tratándose de dos testigos ellos tenían interés en faltar a la ver-

dad y se referían a hechos totalmente equívocos. Y por último en tratándose del testimonio de Ester Cadena su declaración había sido variable, ya que en un principio señaló a unas personas como presentes durante el alumbramiento y luego agregó otra cuyo fin era precisamente que estuviera conforme con su testimonio, y entonces dicho testigo se contradice en sus dos declaraciones en cuanto al hecho mismo y a todas sus circunstancias importantes. Es decir, el sentenciador violó los artículos 688; 70, 668, 669, 672, 670 del C. J. y 698, 696 y 697 de la misma obra.

También al apoyarse en el artículo 722 del C. J., para darle fuerza de plena prueba a los dictámenes de los peritos doctores Reyes Galvis y Cárdenas Guarín, que flaquean en sus fundamentos testimoniales y que no tuvieron en cuenta las declaraciones de los testigos Susana Ardila e Isidora Martínez, testigos presenciales y de carácter necesario por ser dos de las tres únicas personas que estuvieron realmente presentes en el acto del nacimiento de Humberto Martínez, aplicó indebidamente dicha disposición, violó las disposiciones legales que hacen inadmisibles las declaraciones acogidas como base de la pericia (las de Ester Cadena, Eliécer Henao, Roberto Tamayo y Rosa Vesga de Tamayo), artículos 668, 696. 697, 669, 670, 688, 701, del C. J. e infringió por lo tanto los artículos 1757, 90, 1321, 1322, 1323, 1325, 1326, 1503, 1504, del C. C.".

Se considera:

Aquí ataca el recurrente la sentencia, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Se pretende que el Tribunal le dá valor de plena prueba al dicho de un solo testigo, cuando acepta que después de cortado el cordón umbilical el niño presentó signos de vida (movimientos del abdómen), y en cambio desecha las declaraciones de los otros dos testigos presenciales del parto, a cuyo juicio la criatura nació muerta. Pero resulta que además de Ester Cadena la declarante Rosa Vesga de Tamayo afirma haber visto movimientos en la parte superior del estómago del recién nacido. De otra parte, si bien el Tribunal tuvo en cuenta estos testimonios, no se apoyó en ellos sino en la opinión de dos de los peritos, para concluír que Humberto Martínez tuvo vida, al menos por unos momentos, en forma independiente de la madre.

El recurrente no explica en qué consisten —ni se advierten fácilmente— los errores de derecho cometidos "al darle valor de plena prueba a dichas declaraciones porque además de no ser originales esas declaraciones, pues la del testigo Henao era nacida de la sugestión de otros, aparecía que en tratándose de dos testigos ellos tenían interés en faltar a la verdad y se referían a hechos totalmente equívocos". Como el Tribunal basó su fallo principalmente en la prueba pericial, a los testimonios que rechaza el recurrente les dió el juzgador un valor apenas accesorio y relativo.

Carece de toda importancia la observación de que el dictamen de los peritos, doctores Reyes y Cárdenas, "flaquea en sus fundamentos testimoniales". Las consideraciones que hacen los peritos sobre la exposición de los testigos, son secundarias, pues es al Juez a quien toca definir si está probado o nó el hecho de que el niño tuvo movimientos abdominales después de su separación de la madre; y ya se ha visto que la sentencia acoge tal afirmación como cierta. Entonces, las consideraciones técnicas que con abundantes razones hacen los peritos para concluír que el recién nacido tuvo un principio de existencia, aparecen bien fundadas y justifican la acogida que el Tribunal les dió.

Ni los peritos ni el Tribunal pasaron por alto o apreciaron indebidamente los testimonios de Susana Ardila e Isidora Martínez. Ocurrió que dos de aquéllos, los doctores Reyes Galvis y Cárdenas Guarín, consideraron contrario a la verdad científica lo manifestado por tales declarantes. Atenidos a lo que ellas mismas expusieron en relación con el aspecto del recién nacido y con el estado de salud de la madre en el momento del parto, nó encontraron razonable ni conforme con la experiencia médica que el niño hubiera nacido muerto. El Tribunal, al estimar convincentes las razones de los citados peritos, agregó que Isidora Martínez —una de las tres mujeres que presenciaron el alumbramiento— "debe tener interés en faltar a la verdad por ser hija de la demandante Antonia Martínez". Invalidado ese testimonio, el Juzgador estuvo de acuerdo con los peritos en que, ante el dicho de las dos enfermeras, debía considerarse más digno de crédito el de Ester Cadena, en atención especialmente a su mayor competencia profesional por haber tenido práctica en las salas de maternidad y cirugía en el hospital de San Gil.

En las condiciones anotadas, el Tribunal no le dió mayor importancia a lo dicho por los demás declarantes que cita el recurrente. Ni lo expresa-

do por tales testigos, pues, tuvo influencia decisiva en el fallo, ni las razones expuestas en el cargo para invalidar sus afirmaciones tienen valor demostrativo alguno.

Para que este cargo pudiera prosperar habría sido necesario que el recurrente demostrara que en la apreciación de la prueba pericial el Sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto, y ésto ni siquiera se intenta en el cargo.

Además, para rechazar la acusación sería suficiente la última razón expuesta por el juzgador, de que ya se ha hecho mérito. Efectivamente, en el supuesto — dijo aquél — de qué a la luz del acervo probatorio no apareciere suficientemente demostrado que la criatura sobrevivió a la separación del vientre materno, sería forzoso resolver a favor de la parte demandada la duda consiguiente, de conformidad con los artículos 234 y 601 del C. Judicial. Tales textos consagran el principio de sana lógica procesal, de que cualquier duda en la apreciación de los hechos y de las pruebas se resuelve a favor del demandado, a falta de estimación legal o de otros principios establecidos en la Ley. Lo que es apenas consecuencia de la carga que nuestro sistema dispositivo impone al demandante de aportar la prueba de los hechos en que fundamente sus pretensiones.

La tesis expuesta en el fallo y que la Sala comparte, de que al demandante correspondía probar su aserto, sería también suficiente para el insuceso del cargo, puesto que la prueba de que el niño nació muerto, no aparece en los autos.

No existen, pues, los errores de derecho en la apreciación de pruebas que el recurrente alega; y no se ve el error de hecho manifiesto en que haya incurrido el Tribunal al estimar como establecido en el juicio que el niño vivió por unos momentos, o no demostrado, al menos, que hubiera nacido muerto.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil con fecha 20 de febrero de 1951, en el ordinario de Antonia o Antonina Mratínez v. de Martínez contra Guillermina Martínez v. de Martínez.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

PARA ACREDITAR EL HECHO FISICO DE LA FALSEDAD O ADULTERACION DE UN DOCUMENTO ES ADMISIBLE CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA AUNQUE EN ESE DOCUMENTO SE HAGA CONSTAR UNA OBLIGACION POR VALOR DE MAS DE QUINIENTOS PESOS.— TECNICA DE CASACION.— SUSPENSION DE LA ACCION CIVIL POR INICIACION DE UN PROCESO PENAL

1.—En el recurso de casación no basta alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnan, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de que se trata.

Para que la demanda de casación merezca atención, se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que esa impugnación se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse o modificarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley.

2.—En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido.

3.—Para acreditar el hecho físico de la falsedad o adulteración de un documento, aun cuando en éste se consigne una obligación mayor de quinientos pesos, es admisible toda clase de pruebas, pues la limitación consignada en los artículos 1767 del C. C., y 91 de la Ley 153 de 1887 no opera sino cuando, entre otras cosas, se trata de demostrar la existencia de una obligación mayor de aquella cantidad.

4.—Para que se suspenda la acción civil son precisas dos circunstancias: que se inicie la investigación criminal y que el fallo que corresponda dictar en la misma pueda influir en la solución de la controversia civil o administrativa. Además, en el juicio civil debe existir prueba de que se ha iniciado la investigación criminal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

Son antecedentes de este pleito:

Por medio de la escritura pública número 61 de 14 de febrero de 1945 de la Notaría de Pandi, el señor Pablo E. Gutiérrez se constituyó deudor de la señora Aura María Bernal de Torres, de la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) como saldo del precio de la venta de la finca denominada "El Triunfo" situada en la vereda de Tumbia en la jurisdicción del municipio de Pandi, con plazo de un año y con intereses a razón del uno por ciento (1%) mensual, y para garantizar el crédito el primero hipotecó a favor de la segunda la finca antes mencionada, por los linderos que en dicha escritura se expresan.

Con base en el citado instrumento, la señora Bernal de Torres demandó a Gutiérrez en el mes de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946) ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, para que se decretara la venta en pública subasta de la referida finca, o a su adjudicación para el pago de la suma de dos mil quinientos pesos.... ($ 2.500.00), que como saldo de la obligación hipotecaria le adeudaba, junto con los intereses correspondientes.

El demandado al contestar la demanda propuso las excepciones siguientes: Pago total de la deuda o acreencia hipotecaria. Pago en parte, casi total, de la misma deuda o crédito hipotecario.

Compensación por otra deuda de plazo vencido, desigual o de poco menor valor, hasta concurrencia del crédito. Cuentas pendientes. Petición de más. Petición de modo indebido; y cobro de lo no debido.

En el fallo de primera instancia, de fecha treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y seis (1946), se declararon no probadas las excepciones propuestas y se decretó la venta solicitada, pero en virtud de la apelación de dicha sentencia el Tribunal de Bogotá en providencia de veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, revocó la del inferior y declaró probada la excepción de compensación hasta la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) se negaron las peticiones de la demanda, se ordenó el desembargo de la finca, y la cancelación de la hipoteca.

En libelo presentado el siete (7) de abril de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), Aura María Bernal de Torres, hablando por medio de apoderado, demandó ante el mismo Juzgado del Circuito de Fusagasugá a Pablo E. Gutiérrez, para que mediante el trámite del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que hay lugar a revisar la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos cuarenta y siete (1947) y por la cual se decidió en segunda instancia el juicio especial de venta de bienes hipotecados propuesto ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, por la demandante Aura María Bernal de Torres contra el demandado Pablo Emilio Gutiérrez con base o fundamento en la escritura número sesenta y uno (61) de la Notaría de Pandi de catorce (14) de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), contentiva de la existencia de un crédito garantizado con hipoteca.

"**Segunda.**—Que la especie o apariencia de letra de cambio de fecha siete (7) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) presentada al mencionado juicio especial por el demandado Pablo Emilio Gutiérrez para acreditar el pago o la existencia de una obligación de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) que se habían de imputar o compensar con el crédito que relaciona la escritura dicha número 61 ya citada, no acredita más pago o compensación que la suma de quinientos pesos ($ 500.00) que es hasta cuanto la ha aceptado Aura María Bernal de Torres, y en consecuencia debe desestimarse en lo demás.

"**Tercera.**—Que como consecuencia de lo anterior se declare que el demandado Pablo Emilio Gutiérrez debe pagar a Aura María Bernal de Torres, como de plazo vencido, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00), moneda corriente, sus intereses al uno por ciento mensual desde el día veintiocho de enero de mil novecientos cuarenta y siete hasta cuando verifique el pago total, suma procedente del crédito hipotecario que relaciona la mencionada escritura número 61 de la Notaría de Pandi de 14 de febrero de 1945.

"**Cuarta.**—Que el demandado Pablo Emilio Gutiérrez al hacer valer por dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) el formulario de letra de cambio ya aludido, ha obrado con dolo y por consiguiente debe ser considerado como de mala fe condenándolo a pagar a mi mandante los consiguientes perjuicios materiales y morales cuya cuantía se estima en tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente.

"**Quinta.**—Que se declare vigente el derecho de hipoteca constituído por Pablo Emilio Gutiérrez a favor de Aura María Bernal de Torres por la escritura número 61 de la Notaría de Pandi de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco sobre la finca en tal instrumento relacionada, y destinado tal derecho de hipoteca a garantizar el crédito a que se refiere el presente juicio.

"**Sexta.**—Que se condene al demandado al pago de las costas de este juicio si hiciere oposición a él".

El demandado contestó la demanda aceptando algunos de los hechos que le sirvieron de fundamento; negando otros, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y proponiendo varias excepciones.

El Juez del conocimiento, en sentencia de 14 de diciembre de 1949, absolvió al demandado de los cargos que se le formularon y condenó en costas a la actora.

Esta apeló y el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 23 de noviembre de 1950, revocó la apelada y en su lugar decidió:

"1º — Declárase no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada;

"2º — Decrétase la revisión de la sentencia pronunciada por este Tribunal con fecha veintidós de

agosto de mil novecientos cuarenta y siete, por la cual se decidió en segunda instancia el juicio especial de venta de bienes hipotecados propuesto ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá por la señora Aura María Bernal de Torres contra el señor Pablo Emilio Gutiérrez, con base en la escritura pública número 61 de 14 de febrero de 1945 de la Notaría de Pandi, contentiva de un contrato con hipoteca;

"3º— Declárase que la letra de cambio de fecha 7 de octubre de 1945, por la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) presentada por el demandado Pablo Emilio Gutiérrez al mencionado juicio especial de venta para compensar esta suma con el valor del crédito hipotecario relacionado en la escritura pública número 61, antes citada, no acredita más pago a dicho crédito, que por la suma de quinientos pesos ($ 500.00), y como consecuencia se desestima en lo demás;

"4º—Declárase, como consecuencia, que el demandado Pablo Emilio Gutiérrez debe pagar a la demandante Aura María Bernal de Torres, como de plazo vencido, la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) m. c., con sus intereses al uno por ciento (1%) mensual desde el día que se hicieron exigibles hasta cuando se verifique el pago, procedente tal suma del crédito hipotecario relacionado en la escritura pública número 61 de 14 de febrero de 1945 de la Notaría de Pandi;

"5º—Declárase vigente el derecho de hipoteca constituído por Pablo Emilio Gutiérrez a favor de Aura María Bernal de Torres, por medio de la escritura pública número 61 de 14 de febrero de 1945 de la Notaría de Pandi, sobre la finca en tal instrumento relacionada, destinado a garantizar el crédito a que se refiere el presente juicio;

"6º—Niégase la petición de pago de perjuicios, contenida en el punto cuarto de las súplicas de la demanda;

"7º—Condénase al demandado a pagar a la demandante las costas del juicio de la primera y de la segunda instancia. Tásense; y

"8º—Por el Juzgado del conocimiento, sáquese copia de lo conducente y pásese al funcionario competente para que inicie y adelante la investigación sobre los posibles delitos cometidos en relación con la letra de cambio presentada por el demandado al juicio".

En ese fallo el Tribunal sostuvo, en síntesis, que la sentencia del juicio hipotecario es revisable por la vía ordinaria, al igual de la de excepciones y de pregón y remate proferida en juicio ejecutivo; que es legal la presunción de autenticidad de una letra de cambio y por ello es admisible prueba plena que la desvirtúe; que aquí se alega la falsedad material de dicha letra, consistente en haberla adulterado el demandado en cuanto a la suma pagadera; que al actor le corresponde la prueba de los hechos que al respecto alega; y analizando el dictamen grafológico que se practicó, las posiciones pedidas al demandado y las declaraciones de testigos que cita, dijo:

"Como el dictamen es uniforme, está debidamente fundamentado, y las conclusiones a que llegan los peritos están hechas sin la menor duda, dá la certeza de que quienes lo suscriben son personas versadas en la ciencia de la grafología, y por lo mismo lleva al ánimo la convicción de que la letra de cambio fue alterada materialmente por el demandado. Afianza más la convicción sobre la alteración de la letra de cambio en la suma dicha, las circunstancias anotadas por el demandado en sus posiciones y lo dicho por los testigos en sus declaraciones, lo cual guarda armonía con lo aseverado por los expertos grafólogos en su dictamen.

"Estando pues demostrado que la letra de cambio por $ 2.500.00 presentada por el demandado al juicio de venta, fue alterada materialmente por éste en la suma de $ 2.000.00, carece de efecto en cuanto a esta suma, según lo preceptuado en el artículo 126 de la Ley 46 de 1923. De otra parte, el demandado excepcionante no demostró en forma alguna cuál haya sido la causa o consideración de valor de dicha suma, pues el hecho aseverado por éste de que había dado varias sumas anticipadamente a la demandante, según recibos que dice le devolvió, no aparece acreditado.

"De lo antes dicho, se tiene pues, que la suma de $ 2.500.00 a que se refiere la mencionada letra de cambio no puede ser compensada con la deuda hipotecaria materia del cobro en el juicio de venta, según el texto de dicha demanda. En tal virtud, es el caso de decretar la revisión de la sentencia de veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y siete".

Concretándose luégo al estudio de las excepciones alegadas, las encontró infundadas.

Al demandado se le concedió recurso de casación el que hoy se decide.

El recurrente invoca la causal primera de casación y en el cargo que propone dice, en resumen, que acusa el fallo por "violación directa de los artículos 1757, 1625, inciso 5º, 1714, 1767, 1715 del C. C., 91 de la Ley 153 de 1887", y por "aplicación indebida e interpretación errónea de los manda-

tos citados"; que "el rechazo de la letra con base en el dictamen pericial, elemento indicial", conduce "a la violación directa de los artículos 1757, porque no prueba la extinción de la deuda instrumental; 1625 porque no imprueba la compensación; 1714 por igual motivo y 1715"; que "ese mismo fenómeno concluye la aplicación indebida de tales mandatos, y la aplicación errónea de los mismos, fenómenos todos consecuenciales de la primera, del artículo 1757, al aceptar como prueba lo que carece de tal condición".

"Se ha presentado igual fenómeno —de juzgamiento— por este capítulo, de los artículos 11, 27, y 28 de la Ley 94 de 1938, Código de Procedimiento Penal, a los cuales hago extensiva la causal 1ª del artículo 520 del C. J., en razón a que se adelanta la calificación de la letra, anticipándose a la penal correspondiente, claramente establecida en el C. P., como precedente al fallo civil, como que no se trata de contravenciones, sino de imputaciones delictuales, y la excepción es de aplicación restrictiva"; que se incurrió en error de hecho al aceptar la adulteración de la letra con base en el dictamen pericial, al cual le formula algunas críticas; que "también se ha infringido directamente por la sentencia aquí demandada, aplicado indebidamente e interpretado erróneamente, a más de los mandatos del C. C., citados, los artículos 118, 126 y 127 de la Ley 46 de 1923, 661 a 663, 721 a 723, 719, inciso final, y 600 del C. J."; que alega "error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial"; y al hablar del error de hecho, cita párrafos del fallo, transcribe partes de las declaraciones de Jaime Torres (f. 19, C. Nº 2), María de los Angeles Pérez (f. 21), José Díaz (f. 18), Miguel Pérez (f. 21), les hace algunos comentarios y concluye así su alegato:

"Pero, aún con la tesis sintética indiscriminada del fallo y del apoderado del actor, este elemento probatorio falla, como ya está expuesto por el mismo Tribunal en su decisión del juicio especial de venta que, en copia, obra a folios 44 a 52 del cuaderno Nº 2 ya citado.

"Allí aparece, al folio 50 y vuelto bajo el rubro "prueba testimonial", lo que estoy aseverando del fallo acusado: que al aceptar la prueba testimonial, aun mejorada en su síntesis, está infringiendo en forma directa, aplicando indebidamente e interpretando en forma errónea los artículos 1767 del C. C., y 91 de la Ley 153 de 1887, ya que por la cuantía no es admisible esta prueba, para acreditar existencia o extinción de obligación de $ 500.00. Error de derecho".

Se considera:

Como fácilmente se comprende por el resumen que antes queda hecho, ninguno de los cargos que el recurrente propone dá asidero para que la Corte adelante el estudio de las cuestiones de fondo que determinaron la decisión del Tribunal sentenciador, debido a que las acusaciones se resienten de falta completa de técnica y de las fórmulas esenciales en el planteamiento de las causales de casación. En este recurso no basta, como lo ha resuelto la Corte, alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnan, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de que se trata.

Para que la demanda de casación merezca atención, se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que esa impugnación se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse o modificarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley. En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520, la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido.

"Esta Sala constantemente está recordando el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre y en todo caso por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en una aplicación indebida al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho

que aparezca de manifiesto en los autos". De allí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinado precepto legal, cuando esta violación es indirecta, como resultado de un error de derecho en la apreciación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados ni demostrados por el recurrente, según así ha sido decidido en constante jurisprudencia. (Casación, 4 de febrero de 1947, G. J. número 2048, pág. 327).

El recurrente alega violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las varias disposiciones que cita; pero no explica en forma alguna, como era su deber, por qué el fallo las quebrantó; ni dice cuáles fueron aplicadas indebidamente ni en qué consistió la interpretación errónea de algunas de ellas ni cuál es la interpretación correcta que le corresponde, y ante esa imprecisión y vaguedad del cargo, la Corte, por las razones apuntadas, no puede acometer su estudio.

La fundamentación de la sentencia es muy sencilla y clara: acepta que la autenticidad de una letra de cambio se presume; que quien alega su adulteración debe dar la prueba del hecho en que consiste; y que la actora cumplió con su obligación, probando plenamente con los elementos de convicción que cita y analiza, aquella circunstancia.

Entonces el deber del recurrente era el de alegar y demostrar error de hecho evidente o de derecho en la apreciación de las aludidas pruebas y acusar el fallo de quebranto consecuencial de las disposiciones sustantivas que fueren pertinentes.

Aquí, como se vio, el recurrente no alega por tal concepto la violación de la ley, y aunque habla de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas no lo demuestra ni expresa siquiera cuál es la equivocación en que el fallo incurre.

Además, el Tribunal no cometió error de hecho en la apreciación del referido dictamen pericial, pues en éste los expertos unánimemente llegaron a la conclusión de que la letra de cambio fue adulterada; ni error de derecho, por cuanto ese dictamen lo encontró debidamente fundamentado y sumándolo a lo que resulta de la prueba testimonial y de la confesión del demandado, lo aceptó para dar como plenamente demostrada la cuestión controvertida.

Para acreditar el hecho físico de la falsedad o adulteración de un documento, aun cuando en éste se consigne una obligación mayor de quinientos pesos, es admisible toda clase de pruebas, pues la limitación consignada en los artículos 1767 del C. C. y 91 de la Ley 153 de 1887 no opera sino cuando, entre otras cosas, se trata de demostrar la existencia de una obligación mayor de aquella cantidad. Luego al darle cabida a la prueba testimonial para justificar aquel hecho, el sentenciador no cometió error de derecho, como lo sostiene el recurrente.

Finalmente, con respecto a los artículos 11, 27 y 28 del Código de Procedimiento Penal, de cuya violación habla también sucintamente el recurrente, pero sin expresar ni precisar el concepto, bastará decir que para que se suspenda la acción civil son precisas dos circunstancias: que se inicie "la investigación criminal" y que el fallo que corresponda dictar en la misma pueda influir en la solución de la controversia civil o administrativa; que aquí no hay prueba alguna, y el recurrente ni lo alega ni lo demuestra, de que se haya iniciado investigación criminal; y que la acción civil no puede proponerse ante el Juez Civil en los casos, que aquí no se contemplan, previstos taxativamente en el artículo 28 antes citado.

No se admite el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veinte y tres (23) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

REGISTRO DE SENTENCIAS PROFERIDAS EN JUICIOS CIVILES.—CUANDO SE ACUSA POR VIOLACION DE LA LEY A CONSECUENCIA DE ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS, NO BASTA CITAR LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN EL VALOR DE ESTAS Y TODO LO CONCERNIENTE CON LAS MISMAS, SINO QUE DEBEN SEÑALARSE TAMBIEN LAS NORMAS SUSTANTIVAS QUE ESPECIFICAMENTE CONSAGRAN EL DERECHO QUE SE RECLAMA

1.—Como se deduce de la recta interpretación del artículo 2674 del C. C., las sentencias dictadas en negocios civiles determinan la vinculación de las partes en el juicio, aún antes de ser registradas, aunque sin esa formalidad no producen efecto CONTRA TERCEROS.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte en fallos repetidos.

2.—Es necesario, para que el cargo no resulte improcedente, señalar la disposición o disposiciones de donde emana el derecho que la sentencia desconoce en virtud del error de hecho o de derecho en la apreciación de una o más pruebas determinadas, y no simplemente las que sirvieron de medio para llegar a la violación en que, se sostiene, incurrió el Tribunal. En efecto:

Por error de hecho pudo el sentenciador prescindir de una prueba que aparece evidente en los autos; o dar por existente una que en realidad no existe. Y por error de derecho pudo darle pleno valor probatorio a otra que, con arreglo a determinada disposición del C. de Procedimiento, no tiene esa calidad, o no dárselo a la que sí la tiene.

Pero naturalmente y para que esos errores funden cargo válido contra la sentencia, se requiere que, en razón de ellos, se haya quebrantado la norma sustantiva que específicamente consagra el derecho que se reclama; y esto implica la necesidad de señalar precisamente el texto legal infringido y el concepto exacto en que lo fue, como lo prescribe el artículo 531 del C. J.; si así no se hace, quiere ello decir que la acusación ha quedado en la mitad del camino y por tal motivo debe rechazarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Antecedentes

El Tribunal Superior de Pereira dictó sentencia contra José Cardona Vargas, condenándolo a pagar a Vicente Giraldo S. el valor de unos perjuicios, por no haberle cumplido un contrato; y ordenó que la cuantía de los mismos se fijara con el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J. Devuelto el expediente al Juzgado de origen, el actor hizo la liquidación motivada que dispone el citado artículo, con una estimación final de $ 5.025.00. Esta no fue objetada por el demandado y el Juez le impartió su aprobación, en auto fechado el 23 de julio de 1947 que se notificó el 25 del mismo mes y quedó ejecutoriado tres días después.

El cuatro de agosto siguiente, el sentenciado José Cardona Vargas, le otorgó a su hermano Estanislao Cardona, ante el Notario Segundo de Pereira, la escritura número 1160 por la cual dijo venderle numerosas fincas raíces situadas en la misma ciudad, por un precio total de $ 36.000.00, de los cuales manifestó dejarle al comprador $ 35.000.00 para que pagara varios créditos hipotecarios que gravaban los mismos bienes.

Vicente Giraldo se consideró lesionado con esa venta, y demandó en juicio ordinario a los dos hermanos Cardona Vargas, para que se declare "simulado ese contrato, inexistente, por tal motivo, o nulo de nulidad absoluta"; que, en consecuencia, se declarara que los bienes materia del contrato no habían salido del patrimonio del vendedor, ni ingresado al del aparente comprador, y podían perseguirse por los acreedores del primero.

Tramitado el juicio, el Juzgado Civil del Circuito de Pereira lo falló por sentencia fechada el 7 de noviembre de 1950, declarando probada la excepción perentoria de petición de modo indebido y absolviendo a los demandados.

Apelado el fallo, el negocio subió al Tribunal Superior de Pereira, que lo decidió en segunda instancia revocando la sentencia del inferior, en proveído de 30 de abril de 1951. En éste declaró absolutamente simulada la compraventa; que los bienes no habían salido del patrimonio de José Cardona; decretó la cancelación de la escritura de venta y su inscripción en la oficina de registro, y condenó en costas a los demandados.

Los siguientes son, en síntesis, los fundamentos de este fallo:

Siendo el demandante, Vicente Giraldo, acreedor de José Cardona Vargas por la cantidad de $ 5.025.00, según la liquidación hecha y aprobada conforme al artículo 553 del C. J. tiene interés y personería sustantiva para demandar la simulación de la compraventa celebrada por su deudor con Estanislao Cardona, y de que dá fe la citada escritura número 1160.

En cuanto a la prueba de la simulación —dijo el Tribunal— hay que distinguir: si quien la alega es uno de los contratantes, sus pruebas tienen que ser de igual o mejor calidad que las que implica el pacto cuya realidad viene ahora a desconocer; pero si es un tercero, éste puede valerse de todos los medios probatorios, como indicios, presunciones, testigos, confesiones, etc., que hagan evidente la conducta de las partes que intervinieron en la simulación.

La simulación de un contrato se prueba, mejor que con las declaraciones de las partes interesadas en sostenerlo, con hechos que la dejan entrever, como, por ejemplo, seguir disponiendo el vendedor de lo que aparentemente ha vendido; la falta de medios económicos del comprador; el interés de colocar bienes en manos de terceros para hacer nugatorias las acciones de acreedores del vendedor; ser el comprador pariente cercano del vendedor; condiciones personales de los supuestos contratantes; naturaleza y cuantía de los bienes materia del contrato; hechos anteriores y posteriores a éste, etc.

En el caso de este litigio —agrega el fallo recurrido— las pruebas de la simulación se reducen a indicios y presunciones, a falta de prueba directa. Y ellos son:

José Cardona Vargas, deudor de Vicente Giraldo por cantidad de $ 5.025.00 desde el día en que quedó ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación, procedió a venderle a su hermano Estanislao los bienes de que dá cuenta la escritura número 1160, muy pocos días después de habérsele notificado aquel auto, y no ha justificado esa determinación.

Los demandados confesaron en posiciones varios hechos, a saber: a) Que después de la venta, el vendedor continuó al frente de la administración de los bienes; b) Inclusive, en la venta de algunos de éstos a otras personas, quien hacía el negocio y todas las diligencias previas a su perfeccionamiento, era el demandado José, y de modo que su hermano comprador sólo intervenía para firmar la escritura en los términos acordados por el primero; c) Si bien los demandados dijeron que esos actos de administración los ejecutaba José en virtud de poder que le confirió su hermano Estanislao, también es verdad que éste reconoció luego que dicho poder era simplemente de CONFIANZA.

El Tribunal analiza varios otros indicios, resultantes de las pruebas allegadas al proceso, y remata sus consideraciones diciendo:

"Estos indicios llegan al ánimo del Tribunal como clara y segura señal de que José Cardona simuló con su hermano Estanislao el contrato de que dá cuenta la escritura pública Nº 1.160 de 4 de agosto de 1947 y en consecuencia tal declaración se hará por el Tribunal, revocando de esta manera el fallo del inferior".

Los demandados recurrieron ante la Corte en casación. Aceptado y tramitado el recurso, se procede a fallarlo, previo el estudio de los cargos formulados en el libelo, en los siguientes términos:

La demanda

"Ataco la sentencia recurrida, dice el demandante, por ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, como paso a demostrarlo en los capítulos siguientes, y con apoyo en el artículo 520 del código judicial".

CAPITULOS I y III

En el fondo, las acusaciones de que tratan estos dos capítulos de la demanda comportan un mismo cargo, por lo cual se procede a considerarlas conjuntamente.

A través de la primera se acusa la sentencia "por violación del artículo 2.652 del código civil en relación con el 2.673 de allí (sic), por aplica-

ción indebida, error de derecho, al dar a unas pruebas valor distinto del señalado a las mismas por la ley, los mencionados artículos".

Y mediante la segunda, por infracción de estos mismos preceptos, y de los artículos 663 a 666 del C. J., "por error de derecho debido a indebida aplicación (sic), por haberse aceptado como plena prueba un hecho no probado".

Se refiere en seguida a la sentencia por perjuicios dictada contra José Cardona; a la liquidación que de los mismos se hizo y al auto que la aprobó. Todo lo cual dice, figura en copias auténticas traídas a los autos. Pero como en éstas, agrega, no consta que la sentencia hubiera sido registrada, como lo ordena el artículo 2.652, tales copias no hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, según el precepto del artículo 2673; y si el Tribunal les dió el valor de plena prueba o siquiera el de indicio, violó esos artículos.

Esa violación tiene incidencia definitiva sobre la parte resolutiva del fallo acusado, arguye el recurrente, porque al asignarle al demandante Giraldo la calidad de acreedor del demandado José Cardona, por razón de la sentencia sin registrar, le otorgó interés jurídico y personería sustantiva para demandar la simulación del contrato de venta, interés y personería sin los cuales Giraldo no podía ejercitar la acción de simulación, al tenor de lo dispuesto en los Arts. 15 de la ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 90 (sic) de 1936. Preceptos estos últimso que vienen a ser violados directamente por falta de aplicación al caso del pleito.

El recurrente se refiere asímismo a la copia del mandamiento ejecutivo, despachado contra José Cardona con base en el proveído que aprobó la liquidación de perjuicios —que también figura en los autos— pero arguye que, acoger una prueba, equivale a incurrir en la misma violación, "porque de acuerdo con lo que se puede leer en las copias anotadas, el mandamiento ejecutivo se basó en las mismas copias, debidamente autorizadas, PERO NO APARECE QUE HUBIERAN SIDO REGISTRADAS".

Se observa:

La condición de persona "interesada" en la realidad o simulación del contrato de traspaso de bienes, que pactaron los hermanos Cardona Vargas, no podía desconocérsela el Tribunal al demandante Giraldo, en presencia de un acto jurídico de tanto relieve como el mandamiento de pago, dictado a su favor y en contra del presunto vendedor José Cardona, que al tiemo de recibir la intimación del auto ejecutivo pudo decir: "no pago porque no tengo con qué y, además ese dinero no lo debo" (cuaderno 1º folio 19 vuelto), fundándose precisamente en el hecho de haber trasferido pocos días antes a Estanislao Cardona, el dominio de todos sus bienes, mediante la expresada escritura Nº 1160 de 4 de agosto de 1947.

Compréndase que los artículos 15 de la ley 95 de 1890 y 2º de la 50 (no 90) de 1936, reconocen personería para ejercitar la acción de nulidad a "todo el que tenga interés en ello". Y que ésta era demasiado evidente en Giraldo, titular de un mandamiento de pago a su favor y en contra del verdadero Cardona.

Acaso ante el Juez que dictó esa orden, se hubieran podido hacer valer las razones en que el recurrente funda el cargo que se analiza, para pedirle que la revocara. O ante el Tribunal, para el mismo efecto, si el mandamiento hubiera sido apelado. Pero ya dentro de este juicio, el sentenciador no podía desconocerle al actor el "interés jurídico" —por cierto muy actual— que le dimana de su condición de acreedor reconocido en el juicio ejecutivo que adelanta contra Cardona. Y, por lo mismo, habría sido, no sólo injurídico sino arbitrario desconocerle la personería con que viene actuando en el presente litigio.

Y no sólo en presencia del memorado auto ejecutivo sino de la sentencia que condenó a Cardona al pago de perjuicios, causados a Giraldo, aunque aquel fallo no hubiera sido registrado. Porque, como se deduce de la recta interpretación del artículo 2.674 del C. C., las sentencias dictadas en negocios civiles determinan la vinculación de las partes en el juicio, aun antes de ser registradas, aunque sin esa formalidad no producen efectos **contra terceros.**

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte en fallos repetidos, entre los cuales merecen citarse los siguientes:

"Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para el futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior, sin que este requisito modifique, aclare ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determina el fallo". (Casación, marzo 17 de 1938. Tomo XLVI, Nº 1934, pág. 253).

"El objeto del registro establecido por la ley para las sentencias definitivas y ejecutoriadas recaídas en negocios civiles, que no causan trasla-

ción o mutación en propiedad de bienes raíces, no puede ser otro, de acuerdo con la disposición legal que lo determina (artículo 2652 del C. C.) que el fin estrictamente probatorio de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad al fallo, haciendo intervenir en su guarda mayor número de funcionarios, precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales actos existiera solamente en la oficina judicial en que fueron proferidos; pero en ninguna forma se vincula esa finalidad del registro con la validez y mérito de las sentencias mismas, que tienen y conservan su valor propio y su imperio independiente del hecho o formalidad de la inscripción, destinada, como se ha observado, a un objeto puramente conservatorio". (Casación, febrero 15 de 1940. Tomo XLIX Nos. 1.953/54 páginas 102 y 103).

".... La necesidad de la formalidad del registro la ha entendido la Corte más con referencia a terceros que a las mismas partes litigantes, porque el registro tiene por objeto darle mayor publicidad a la sentencia para prevenir en cuanto sea posible los perjuicios a derechos de terceros, y esta precaución se hace redundante en relación con la contraparte que ha tenido ocasión de conocer el fallo e intervenir en todas las diligencias del juicio". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, diciembre 14 de 1939. Tomo citado, página 162).

Las doctrinas anteriores no son sino la aplicación e interpretación más adecuada de las disposiciones estrictamente relacionadas con el "objeto del registro", contenidas en el artículo 2637 del C. C., en cuyos tres ordinales no dice el legislador que los efectos jurídicos de una sentencia queden pendientes entre quienes fueron partes en el juicio, mientras se le agrega al fallo la formalidad del registro. Menos, como en el caso de autos, cuando la sentencia no implica mutación, gravamen o limitación de bienes raíces.

En consecuencia, y no siendo procedente la desestimación de la prueba emanada de la sentencia y auto regulador del perjuicio, por los conceptos en que la ataca el recurrente, los cargos que se consideran resultan infundados, y deben rechazarse.

CAPITULO II

Dice así el recurrente:

"La misma causal, violación de la ley sustantiva por error manifiesto de hecho, debido al desconocimiento de un hecho (sic) que aparece con evidencia en los autos y por ende aplicación a un hecho inexistente".

"Efectivamente hubo violación del artículo 666 del C. Judicial (sustantivo) para efectos de casación".

"Efectivamente en la enumeración de los indicios de que habla el fallador, está el de que no hubo pago del precio de los bienes objeto de la escritura de compraventa declarada simulada".

"No se saben las pruebas en que se apoye el Tribunal (sic), no las enumera en parte alguna y por eso es necesario pensar a cuáles acudió sobre el no pago completo del precio.

"Por lo tanto, al no haber en parte alguna la prueba plena del no pago, y en cambio apareciendo de manera evidente en la escritura 1.160 de 4 de agosto de 1947 en qué consistió el precio y cómo se pagó, es claro que hubo violación de la disposición anotada".

"..... .....

"Y esta violación contribuye a reforzar la parte resolutiva del fallo aludido, porque sin la pluralidad de indicios o sin que ellos sean necesarios, no puede darse como aprobada por indicios cosa alguna, conforme a lo dispuesto en los artículos 663, 664, 665, y 666 del Código Civil". (sic).

Se observa:

Se comprende a primera vista que el recurrente, al citar los artículos anteriores, quiso referirse al código de procedimiento y no al civil. La Sala así lo considera; y este error de simple mecanografía no sería óbice para el estudio de fondo sobre la acusación que por error de hecho manifiesto se le hace a la sentencia en este breve capítulo, si la demanda no mereciere otro reparo, ése sí fundamental: y es el de que los mencionados artículos, si sustantivos en materia procedimental, por cuanto regulan el valor probatorio de las presunciones y de los indicios (que es en lo que se ocupan los artículos 663, 664, 665 y 666 del C. J.), su infracción, en el caso de demostrarse, no constituye por sí sola causal de casación. Es necesario para que el cargo no resulte improcedente, señalar la disposición o disposiciones de donde emana el derecho que la sentencia desconoce a virtud del error de hecho o de derecho en la apreciación de una o más pruebas determinadas, y no simplemente las que sirvieron de medio para llegar a la violación en que, sostiene, incurrió el Tribunal. En efecto:

Por error de hecho pudo el sentenciador prescindir de una prueba que aparece evidente en los autos; o dar por existente una que en realidad

no existe. Y por error de derecho pudo darle pleno valor probatorio a otra que, con arreglo a determinada disposición del C. de Procedimiento, no tiene esa calidad, o no dárselo a la que sí la tiene.

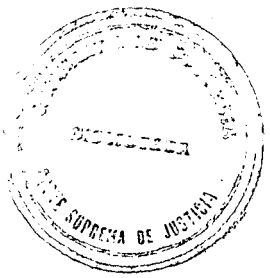
Pero naturalmente y para que esos errores funden cargo válido contra la sentencia se requiere, que en razón de ellos se haya quebrantado la norma sustantiva que específicamente consagra el derecho que se reclama; y esto implica la necesidad de señalar precisamente el texto legal infringido, y el concepto exacto en que lo fue, como lo prescribe el artículo 531 del C. J.; si así no se hace como en el caso que se contempla, quiere ello decir que la acusación ha quedado en la mitad del camino y por tal motivo debe rechazarse.

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951), pronunciada por el Tribunal Superior de Pereira en este juicio.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo, con salvamento de voto.—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña. Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CUERVO ARAOZ

No puedo suscribir el fallo precedente porque en él la mayoría de la Sala aplica la jurisprudencia de la Corte hasta ahora defendida sobre los efectos del registro según las disposiciones de los artículos 2673 y 2674 del código civil.

Brevemente, de acuerdo con la doctrina que no comparto, la Corte entiende que el registro no es formalidad indispensable para que pueda llevarse a ejecución un fallo entre las partes, cuando dicho fallo ya tiene el sello de la ejecutoria. Se funda esta teoría en el argumento de que el artículo 2674 del C. C., establece que ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro; de donde se concluye, de acuerdo con dicha tesis, que entre las partes el título aunque sujeto a registro, surte efectos desde antes de la fecha de su inscripción, de tal suerte que el artículo 2673 del mismo código civil no puede interpretarse con el sentido literal allí consagrado, porque entre las partes del pleito sí produce efectos el título sin registrar y el juez que conoce de la ejecución de la sentencia no puede suspenderla ni negarla aunque aquél carezca de la anotación en el registro.

El artículo 2673 contiene una regla sobre el valor probatorio del registro. Esa regla es clara y terminante, le niega valor a los títulos que, sujetos a la inscripción, se presentan en juicio, ya sea en instrumento original, ya en copia, y que carecen de la misma. La ley contempla un efecto especial que mira, no a las partes ni a los terceros, sino al juez ante quien el título se presenta.

Conforme a las normas de la interpretación legal no es lícito, en casos como el presente, desatender al tenor literal del precepto, so pretexto de consultar su espíritu. Tampoco puede admitirse que el artículo 2674 contenga una norma que expresa o implícitamente pudiera refundirse con la anterior, o sea porque el valor probatorio, es decir, la fe que el instrumento merece ante el juez, sea uno, si se aprecia el asunto entre las partes, y sea otro si se aprecia con respecto a terceros. No. El artículo 2673 es una disposición clara que le niega toda fe, ante el juez, al instrumento que carece de registro, aunque ese instrumento fuera una sentencia y se tratara de hacerla cumplir entre las partes que figuraron en el pleito decidido por el fallo. En cambio el artículo 2674 sí se refiere a los efectos del registro en cuanto a terceros, y no hace otra cosa que reafirmar el concepto que el primer artículo formula. Por tanto, no puede admitirse que las dos disposiciones no sean armonizables y mucho menos que la segunda modifique en el sentido de dispensar del registro una sentencia para hacerla efectiva entre las partes cuando se trata de su ejecución.

Cada regla tiene contenido distinto y efectos propios; pero de tal suerte que la del artículo 2674 no hace sino reforzar la del 2673. Sería contrario a la recta hermenéutica, admitir la tesis de que la regla del artículo 2674 contenga una especie de regulación parcial en el sentido para que se produzca en el contrario con efectos negativos. O sea que pudiera aplicarse el apotegma de que lo que se niega de uno se afirma del otro.

Entre los muchos argumentos que la lectura general de la ley pudiera sugerir, merece anotarse el que se deduce de la ejecución provisional de una sentencia, cuando contra ella se ha interpuesto el recurso de casación, de que trata el artículo 525 del C. J. Como puede verse, ese artículo no dispensa del registro la sentencia que se lleva a ejecución provisional, no obstante el riesgo de que la Corte la revoque si prospera el recurso de casación y ella debe convertirse en tribunal de instancia. Pues es evidente que si la ley pudiera interpretarse en el sentido que la jurisprudencia señala, y que el suscrito no acoge, querría decir que el legislador hubiera admitido la posibilidad de prescindir del registro en un caso de ejecución provisional, cuando no se ve la razón para no esperar la firmeza definitiva de la sentencia, una vez agotado el recurso de casación y fallado por la Corte. De modo que si en un caso que se prestaría para la interpretación benigna o amplia que dispensara de la formalidad del registro la ley no sólo no guardó silencio, sino que reiteró el pre-

cepto, me parece imposible aplicar ese criterio a casos en que la sentencia es definitiva y ejecutoria y no sometida al recurso de casación.

En las discusiones de la interpretación que deba darse a la formalidad de la inscripción o registro, tratándose de abogados que ejercen ante la Corte, esta Sala en decisión muy reciente, y en que el suscrito creyó defensable y sostuvo la tesis de la interpretación benigna, hubo de ceder ante la misma fuerza de los argumentos con que ahora rechaza la doctrina que esta misma Sala considera que no debe reformarse.

Hago constar que mi parecer y mi voto estuvieron por la idea de llevar a la Sala Plena de lo Civil una proposición para que se rectificara la jurisprudencia sobre registro que en el fallo anterior esta Sala quiso aplicar.

Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

Luis Enrique Cuervo Araoz

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — INTERPRETACION DE LAS DEMANDAS

1.—Según el artículo 520, numeral primero, del Código Judicial, procede el recurso de casación por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea. Cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, comoquiera que el primero tiene lugar generalmente cuando se aplica una norma a un hecho inexistente, o se niega a aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley, ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercero, menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular.

2.—En señaladas circunstancias puede, y aún debe el sentenciador interpretar la demanda, para evitar que el derecho sea sacrificado a la fórmula; pero en esa senda no le es dado llegar hasta cambiar las bases señaladas a la litis por el libelo y a trocar el litigio efectivo en otro no propuesto. Cuando ocurren dudas sobre la demanda, acerca de lo cual suele haber controversia en las instancias, y con más frecuencia en la casación, ello da lugar al consiguiente cargo de error, y con fundamento en él, o por esta vía, al de violación de tales o cuales disposiciones sustantivas, que en casación deben indicarse, como manda el artículo 531 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Aparece de autos, que por medio de la escritura pública número 93 de febrero de 1949, Rafael Osorio dió en venta a Pedro Antonio Osorio, unas mejoras compuestas de pastos y rastrojos, con plantaciones de café y otros cultivos, situadas en el punto llamado Santa Rita, en jurisdicción del Distrito de Sevilla, Valle; que el precio de la venta, según consta en la escritura, fue de cinco mil pesos ($ 5.000.00); que, sin embargo, el comprador entregó en un cheque girado por el señor Camilo Restrepo, a favor del vendedor y a cargo del Banco de Bogotá, la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00) y mil más en dinero, contado en presencia de Notario, quien declara sobre el particular.

Dice el demandante, señor Pedro Osorio, que celebró con don Rafael, del mismo apellido, "un contrato verbal sobre compraventa de **dos lotes de terreno** y sus mejoras", ubicados en el paraje de Santa Rita, ya nombrado; que el valor convenido, fue la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) y que en parte se perfeccionó lo acordado, como aparece de la escritura número 93, por medio de la cual don Rafael le traspasó el dominio de uno de los globos de tierra materia del negocio, de acuerdo con los linderos que allí se citan.

Que en la misma fecha del otorgamiento de la escritura, las partes convinieron en que don Rafael entregaría a su comprador el otro bien, separado del que figura en la escritura, por el camino de Totoró, con sus mejoras de pastos, el día miércoles siguiente, o sea, el diez y seis del mismo mes de febrero, lo que el promitente vendedor realizó "sacando de él dos bestias caballares y poniendo en posesión material al comprador Pedro Osorio"; zona de tierra que está encerrada por los linderos que en la demanda se incluyen; que en la misma fecha "y a base de la confianza que siempre ha tenido en la honradez del señor Rafael Osorio, convino en pagarle la cantidad de ocho mil pesos valor de los dos inmuebles comprados", suma que entregó en la forma ya dicha.

Que habiendo transcurrido más de tres meses sin que el demandante hubiera conseguido que se le hiciera la escritura, y siendo evidente que en

el instrumento de venta no quedó incluído el otro globo de tierra, se ve precisado a demandar a don Rafael para que, mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se le condene a "devolver la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00), recibidos como valor del lote mejorado con pasto y que se deja alinderado en el hecho segundo de esta demanda, por cuanto ese pago implica pago de lo no debido"; o que en subsidio y en caso de no devolución del dinero, o sea de los tres mil pesos, "se le condene a otorgar a favor de don Pedro Osorio la escritura del lote tantas veces mencionado".

Admitida la demanda y corrido el traslado de ley, el demandado la contestó diciendo que la negociación se efectuó únicamente sobre el terreno escriturado según el instrumento número 93; que, si bien es cierto que el demandante tiene la faja que reclama, se debe a que la ocupó de hecho; que no es cierto que el negocio se hubiera acordado por dos globos de tierra, sino únicamente por el que figura en la escritura; que lo sucedido fue que para economizar derechos fiscales, se puso en la escritura un valor de cinco mil pesos ($ 5.000.00), no obstante haberse celebrado la transacción por la suma de ocho mil, que el vendedor recibió, como relata la demanda.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento consideró que estaba demostrado en el proceso un caso de pago de lo no debido, y en consecuencia, condenó a don Rafael a devolverle a don Pedro la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00).

La sentencia recurrida

Habiendo apelado el demandado, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, donde el día cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta, se puso fin al segundo grado, con la negación de las pretensiones materia de la demanda.

Encuentra el sentenciador equivocado el planteamiento del asunto en la forma cómo lo resolvió el Juez, pues no aparece configurado un problema jurídico de pago de lo no debido y que de los términos del derecho alegado, de los hechos en que se basa y de los preceptos citados, no hay margen para hallar algo distinto de lo claramente consignado en la demanda.

Lo que se persigue, es que "sobre la base de la existencia del convenio verbal sobre compraventa de dos lotes de terreno", el demandado se allane a efectuar la tradición del otro globo de tierra, o que devuelva la parte del precio cubierto por éste.

Que no habiéndose podido comprobar el contrato de promesa de venta, al tenor de los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887, no cabía otra solución que negar "las prestaciones solicitadas en la demanda", y así lo declaró.

En desacuerdo con lo resuelto por el Tribunal, el apoderado del actor ocurrió en casación.

El recurso

Diligenciado éste en forma debida, se pasa a decidir.

Con fundamento en el primer motivo de los señalados en el artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia por el único cargo de "violación directa de los artículos 5º y 8º de la ley 153 de 1887".

Dice el recurrente que, de los hechos probados, resulta una acción que no es la que vió el Juez, ni la que decidió el Tribunal, "sino otra diferente y claramente estructurada dentro de las condiciones que la doctrina le ha asignado: la de **in rem verso**, la de enriquecimiento sin causa". Que por la ligereza en el estudio, el juzgador dejó pasar por alto que el problema subjúdice era un caso perfecto, típico de dicha acción. Que las citas erradas de la ley aplicable, no obsta para reconocer el derecho. Que corresponde al sentenciador la aplicación de la ley, aunque ella no se precise en la demanda, o se invoque la que no cuadre a los hechos que sirven de base a la acción, como lo expresó la Corte en fallo de 23 de noviembre de 1933.

Que el demandante citó textos legales inaplicables al caso; que, por lo tanto, invoca una acción que no cuadra con los hechos, ni corresponde a ellos.

Que con una interpretación lógica, el Tribunal hubiera llegado a convencerse de que la acción no era otra que la del enriquecimiento sin causa.

Según su criterio, los hechos de la demanda no son otros: que Pedro compró a Rafael unas mejoras en un terreno; que el precio acordado fue de cinco mil pesos ($ 5.000.00), y que Rafael, no obstante, recibió del comprador ocho mil.

De ahí se desprende —dice— que Pedro "no tiene una acción precisa para obtener el reembolso de la suma de tres mil pesos en que Rafael se ha enriquecido y él se ha empobrecido, y que no tiene, como lo anota muy bien el Tribunal, una

acción de pago de lo no debido, y no existe causa para el desplazamiento de esa suma de un patrimonio a otro".

Estudia luégo el recurrente las características de la acción **in rem verso** y la presencia en el caso propuesto de los cinco elementos que según la jurisprudencia la caracterizan, y que encuentra configurados, y que al no hallarla el Tribunal demostrada, dió lugar a la violación de los artículos 5º y 8º de la ley 153 de 1887.

Para resolver, se considera:

Se acusa la sentencia del Tribunal por "violación directa de los artículos 5º y 8º de la ley 153 de 1887, por haber dejado de aplicarlos al caso". Según el artículo 520, numeral primero del Código Judicial, procede el recurso de casación por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea. Cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, como quiera que el primero tiene lugar generalmente cuando se aplica una norma a un hecho inexistente, o se niega a aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley, ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercero, menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular.

En señaladas circunstancias puede, y aún debe el sentenciador interpretar la demanda para evitar que el derecho sea sacrificado a la fórmula; pero en esa senda no le es dado llegar hasta cambiar las bases señaladas a la litis por el libelo y a trocar el litigio efectivo en otro no propuesto. Cuando ocurren dudas sobre la demanda, acerca de lo cual suele haber controversia en las instancias, y con más frecuencia en la casación, ello da lugar al consiguiente cargo de error, y con fundamento en él, o por esta vía, al de violación de tales o cuales disposiciones sustantivas, que en casación deben indicarse, como manda el artículo 531 del Código Judicial. En el presente juicio, ese cargo no se ha formulado, sino el de violación directa de la ley.

El Tribunal claramente encontró configurada una acción de contrato fundada en que el promitente vendedor incumplió su compromiso de traspasar al promitente comprador, el dominio de una zona de tierra, de dos que le había negociado, habiendo pagado íntegramente el precio y obtenido únicamente se le escriturara uno de los dos globos de terreno que dice fueron contratados.

El sentenciador se limitó a manifestar la imposibilidad de decretar el cumplimiento de la promesa de venta pactada, porque ésta no se legalizó en los términos prescritos por los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887. Esto es suficiente para declarar improcedente el cargo de "violación directa" de los artículos 5º y 8º de la ley 153 del mismo año, ante una sentencia en que el fallador no ha tenido ocasión de aplicarlos, ya que el caso propuesto en la demanda y decidido en la sentencia, es el de cumplimiento de un contrato.

El derecho, causa o razón de la demanda, es lo que se entiende por causa de pedir, que en el presente negocio está constituído por el hecho jurídico del incumplimiento de un contrato.

El Juez ha de decidir con arreglo a un precepto, cualquiera que sea su naturaleza peculiar, la eficacia que tiene para regir una situación de hecho.

No podía ser otra la sentencia del Tribunal, porque propuesta en la demanda la acción del contrato, para que se declarara incumplido y se condenara al demandado a devolver los tres mil pesos recibidos, o a que hiciera escritura de la otra porción negociada y pagada; tomada la demanda en tal sentido y decidida según estos antecedentes, ha debido acusarse, o por la causal segunda de las señaladas en el artículo 520 del C. J., por haberse fallado una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda (G. J., Tomo 43, pág. 193); o por violación indirecta de las disposiciones que se mencionan por error de hecho en la apreciación de la demanda, por haber deducido una acción distinta de la propuesta, pero en ningún caso por **violación directa de la ley** señalada, ya que no hubo ocasión de aplicarla.

Cabría, pues, estudiar la aplicabilidad o inaplicabilidad de los principios que configuran la **actio in rem verso**, si en alguna forma se hubiese planteado esta tesis en los debates, a partir del escrito con que se inició el litigio, y si su entendimiento fue errado, ha debido acusarse por la causal segunda, o a través de una errada interpretación de la demanda.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

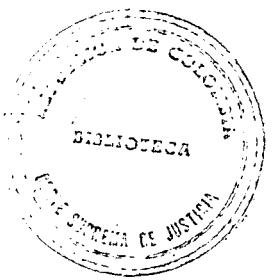
SENTENCIA:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.



PARA QUE SEA VIABLE LA ACCION DE COBRO CONTRA UN ACCIONISTA DE UNA SOCIEDAD ANONIMA DISUELTA Y LIQUIDADA, POR DEUDAS INSOLUTAS DE LA SOCIEDAD, ES NECESARIO ACREDITAR EL CARACTER DE ADJUDICATARIO DEL ACCIONISTA EN LOS BIENES SOCIALES

La responsabilidad del accionista de una sociedad anónima durante la vida social, con respecto a acreedores de la misma, es simplemente hasta concurrencia de su aporte, y una vez disuelta la sociedad y distribuído entre los asociados el capital existente al tiempo de su disolución, la responsabilidad subsiste hasta el valor de lo percibido. Se desprende, pues, como elemento indispensable de la acción de cobro, demostrar que el accionista de la anónima contra quien se obra como tal por haber desaparecido la persona moral obligada, percibió determinados bienes para cubrirle su interés social.

La obligación de la persona jurídica anónima pasa al accionista cuando ha recibido en la liquidación bienes que eran la garantía de las obligaciones sociales. Su carácter de adjudicatario es lo que lo obliga a responder, hasta concurrencia de su valor, de las deudas insolutas. Es, pues, necesario, para la viabilidad de la acción de cobro, establecer dicho presupuesto procesal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

La sociedad anónima denominada "Tejar de Santa Mónica S. A." demandó en el mes de junio de mil novecientos treinta y cinco, ante el Juez Civil del Circuito de Cali, a la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." y a otro, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara en sentencia definitiva que el predio de la compañía demandante no estaba gravado con la servidumbre de alcantarilla o desagüe de aguas negras, a que lo había sujetado de hecho la entidad demandada, colocándolo ilegalmente en situación de recibir los albañales del Barrio Granada, de la misma ciudad de Cali; que en consecuencia, se condenara a la mentada compañía a eliminar la servidumbre establecida y a pagar los perjuicios causados. En el libelo respectivo se fijó la cuantía en la suma de veinte mil pesos ($ 20.000).

Dentro de aquel proceso, para acreditar los perjuicios ocasionados, se practicó un avalúo pericial, resultando la estimación en la suma de diez y siete mil pesos ($ 17.000.00).

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, en sentencia de instancia, por haberse casado la recurrida, que lleva fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, declaró que el predio de propiedad de la sociedad de Santa Mónica, no estaba sujeto a soportar o recibir las aguas negras provenientes de la urbanización mencionada, y condenó a la sociedad referida a suspender tales servicios, de manera que no causaran daño. Condenó también a pagar a la demandante los perjuicios que se han causado con las obras, teniendo en consideración las bases y elementos señalados en la parte motiva del fallo que se comenta, estimación que se haría al darle cumplimiento a la sentencia en la forma que determina el artículo 553 del C. J. La Corte desechó la estimación que en el proceso se había hecho de los perjuicios en lá suma ya indicada de diez y siete mil pesos ($ 17.000.00), por cuanto —dice— se tomaron como factores constitutivos de éstos, elementos mucho más costosos de los que podrían tenerse como tales.

Durante el proceso se disolvió y liquidó la compañía demandada "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A.", lo cual se realizó haciéndose la liquidación y adjudicación de sus haberes conjuntamente con los de la sociedad "Urbanizaciones S. A.", dándose como razón, la de que la primera empresa era accionista de la segunda. Tal acto se perfeccionó por medio de la escritura pública 1825 de 30 de octubre de 1939, Notaría Segunda de Cali, trabajo practicado en forma criticable, que seguramente no se hubiera hecho bajo el régimen

actual de la supervigilancia de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en que, sin precisar el patrimonio de cada compañía por repartir, ni la suma a cubrir por concepto de cada una de ellas, ni el origen de las fincas adjudicadas, ni las cantidades que le correspondían a cada socio por concepto de sus acciones en una u otra empresa, se procedió a hacer a los socios, dice la escritura, "las siguientes adjudicaciones por todas las acciones que les pertenecen tanto en la sociedad Urbanizadora Colombiana S. A., como en "Urbanizaciones S. A.", adjudicaciones que se refieren a los terrenos de la urbanización de Bella Vista, ubicados en el Municipio de Cali".

Entre estas adjudicaciones, figura la efectuada al señor Henry J. Eder, a quien se le escrituró la parte Noroeste del globo número 107 y los lotes 108 a 124, inclusive, de la manzana décima cuarta del plano de la urbanización dicha, con más o menos v2 27.600 y cuyos linderos allí se indican.

Expresa el liquidador, que ciertas zonas, las adjudicadas a personas distintas del señor Eder, las adquirió la sociedad, sin indicar cuál de las dos de las que se liquidaban, por compra según escritura 795 de 14 de septiembre de 1935, de la Notaría Segunda de Cali, y las demás por aporte hecho al constituírse la sociedad por la escritura 280 de 1932, Notaría Tercera de allí mismo. La Compañía "Urbanizaciones S. A." nada tuvo que ver con el litigio promovido por la sociedad "Tejar de Santa Mónica S. A.".

En el incidente sobre ejecución de la sentencia pronunciada por la Corte y en que se condenó a pagar a la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A.", los perjuicios de que se ha hablado, éstos se estimaron por el demandante en la suma de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($ 594.000).

Al correrse traslado de tal cómputo, el Juez dispuso que la notificación fuera personal al interesado, auto que se revocó por el propio funcionario. La liquidación no se objetó y fue así como se condenó a pagar a la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A.", la referida suma de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($594.000.00).

En firme la estimación de perjuicios imputados a "Urbanizaciones Colombianas, S. A.", o mejor, determinado su valor, se procedió por el acreedor "Tejar de Santa Mónica S. A.", al cobro de dicha cantidad, no ya contra la sociedad señalada, por haberse, para entonces liquidado, sino contra la persona del señor Henry J. Eder, a quien se demanda como uno de los accionistas de la sociedad deudora al tiempo de la liquidación, y de quien se dice que a tal título se le hicieron adjudicaciones de bienes sociales, con los cuales debe responder.

Se sostiene que el señor Eder tenía el carácter de accionista de la empresa deudora, al tiempo de la liquidación y que se le traspasaron bienes sociales que relaciona su hijuela, razón por la cual se le demandó con fecha cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, ante el Juzgado Quinto de la ciudad de Cali; en síntesis, para que con su audiencia, se declare: "Que el señor Henry J. Eder debe a "Tejar de Santa Mónica S. A." la cantidad de dinero que le corresponda en la obligación a cargo de la "Sociedad Ubanizadora Colombiana S. A.", y a favor de aquélla, en la proporción del interés social o de las acciones que el señor Eder poseía en la nombrada empresa deudora al tiempo de su liquidación.

Que si en el juicio se logra establecer la cantidad de dinero que proporcionalmente le corresponda pagar, se le condenará en concreto, y en el caso contrario en abstracto, "para que dicha cantidad se fije separádamente conforme a las normas legales".

En subsidio, se pidió que se le condenara a cubrir "el valor de la cuota parte de los bienes que se le adjudicaron en los haberes sociales, más intereses y costas".

Admitida la demanda y surtido el traslado correspondiente, el señor Eder contestó negando su carácter de accionista de la entidad obligada y que se le hubieran adjudicado bienes que a ella le pertenecieran, es decir, que no es cierto que le hubiera correspondido parte del activo en la liquidación de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A."

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento pronunció fallo con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, condenando a Eder a pagar la cuota que le corresponda según sus acciones y en proporción a la suma de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($ 594.000.00).

La providencia recurrida

Apelada la decisión anterior, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, donde previa la tramitación de orden, se falló el negocio con fecha veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta, revocando la

apelada y en su lugar se absuelve a Eder de todos los cargos propuestos, por no estar establecido que hubiera tenido el carácter de accionista de "Urbanizaciones Colombia, S. A." al tiempo de su liquidación, y que habiéndose liquidado los perjuicios en el incidente de cumplimiento de la sentencia, la estimación hecha por la demandante en los términos del artículo 553 del C. J., ha debido ponerse personalmente en conocimiento de los accionistas contra quienes iba a surtir efecto.

En desacuerdo con este proveído, la compañía de "Tejar de Santa Mónica, S. A." ocurrió en casación. Recurso que legalmente diligenciado, pasa a decidirse.

Los cargos en casación

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., se aducen contra la sentencia en estudio, los reparos que a continuación se expresan:

a) Violación de los artículos 465 y 468 del Código de Comercio, por errónea apreciación de las pruebas.

Señala como elementos mal apreciados: el acta de liquidación conjunta de las sociedades "Urbanizaciones, S. A." y "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A.", efectuada según escritura 1825 de 30 de octubre de 1939, Notaría Segunda de Cali, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de dicho lugar, "relativos a las inscripciones de las adjudicaciones hechas al demandado en el mencionado instrumento".

Dice que, no obstante lo consignado en la escritura de liquidación, el juzgador concluye que Eder no era accionista sino de "Urbanizaciones, S. A.", y que lo que le fue adjudicado allí, lo fue en dicho carácter.

Que en la apreciación consiguiente, incurre el Tribunal en error de hecho y de derecho, al valorar las referidas pruebas.

Que llega a tan disparatada conclusión, porque del acta de liquidación y adjudicación elevada a escritura pública, "no se dice cuántas acciones tenía el demandado en una y otra compañía, ni a cómo valía cada una de las acciones de esas dos sociedades que se liquidaban a un mismo tiempo y por medio de una misma escritura", etc. Que erradamente deduce el sentenciador que por esta indeterminación, el demandado es accionista simplemente de "Urbanizaciones, S. A.", siendo así que la misma razón habría para una conclusión contraria.

Que tanto la disolución como la liquidación de una sociedad han de consignarse en escritura pública y que al instrumento notarial registrado, ha de someterse al fallador, "sin que pueda alterar o interpretar su contenido, porque es una prueba que presta pleno mérito mientras no se invalide por los medios legales". Que es tal el valor que la ley otorga a estos actos, que según el artículo 468 del mismo Código, "no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento del artículo 465, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella".

Que el Tribunal violó el artículo 465, "porque al presentársele como prueba de que Henry Eder era accionista de "Urbanizadora Colombiana, S. A.", la escritura pública de liquidación de dicha sociedad, y al expresar en ella el liquidador que aquél era accionista al tiempo de su liquidación, el juzgador debía acatar ese hecho como absolutamente evidente, mientras dicha escritura no fuese destruída por los medios legales".

Que la circunstancia anotada, de que la liquidación se hubiese practicado conjuntamente con la de otra compañía y de que no se expresara cuántas acciones tenía el demandado en una y otra empresa, así como que se omitiera señalar el valor de unas y otras acciones, ni el patrimonio social liquidado o distribuíble de las dos compañías, no autorizaba para pretermitir o destruir el hecho sustancial y solemnemente consignado, de que Henry Eder tenía el carácter de accionista de "Urbanizadora Colombiana, S. A." al tiempo de su liquidación, y de que en tal carácter se le adjudicaban unos bienes raíces.

Que por la sola manifestación del demandado, admitió el Tribunal, contra lo consignado en la escritura de liquidación, que Eder no era accionista.

Que además del acta notarial de liquidación, se acompañaron al juicio dos pruebas más: el certificado del Registrador, de donde se deduce que las zonas de terreno señaladas a Eder en pago de su haber social, figuraban inscritas a nombre de "Urbanizadora Colombiana, S. A." y la copia del acta de la asamblea general de accionistas, registrada en la Cámara de Comercio del domicilio social, en la cual aparece el demandado Eder con siete mil ciento sesenta (7.160) acciones.

Que el Tribunal incurre en grave error de derecho, "cuando por la circunstancia de no estar especificado en la escritura de liquidación cuántas acciones tenía el demandado en Urbanizadora

Colombiana, S. A., y qué parte de esas adjudicaciones le correspondían por tal carácter, concluye que Eder no era accionista de tal compañía". Que, si no se hallaba suficientemente acreditado el importe total de la cuota que correspondiera pagar al demandado por concepto del crédito que ha dado origen a este juicio, ha debido condenarse en abstracto, como lo hizo el Juez **a quo**, para que la cuantía se estableciera en el incidente de ejecución de la sentencia, como se había pedido subsidiariamente en el libelo de demanda.

b) Dice que los socios o accionistas de una compañía que se liquida, son otorgantes por medio de su mandatario el liquidador del instrumento público respectivo, y a ellos se transfieren las obligaciones y descargos sociales a título universal. Que el instrumento público o privado hace fe entre las partes, aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato (artículo 1765 del C. C.). Que las obligaciones y descargos contenidos en él, hacen plena prueba respecto a los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran por título universal o singular (artículo 1759 del C. C.).

Que el Juez no puede, en sus decisiones, separarse de lo alegado y probado por las partes (artículo 593 del C. J.).

Que el juzgador ha infringido las disposiciones que se citan, porque contra lo alegado y probado, o sea contra lo que aparece de la escritura de liquidación, del certificado del Registrador y del comprobante obtenido en la Cámara de Comercio sobre la asamblea general de accionistas que decretó la disolución de la sociedad y a la cual concurrió el representante de Eder con 7.160 acciones, el Tribunal desató la litis, sentenciando en desacuerdo con los hechos demostrados.

c) Por último hace alguna crítica, sin formular cargo, sobre la opinión esbozada por el Tribunal en la parte motiva, sobre la forma de proceder en tratándose de sociedades liquidadas al tiempo de la estimación de perjuicios en el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, conceptos que tampoco comparte la Corte, pero que no tienen efecto en el recurso.

En síntesis, se ataca por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que se señalan y que llevaron al Tribunal a violar los artículos 465 y 468 del Código de Comercio; 1759 y 1765 del C. C., y 593 del Código Judicial, por considerar no demostrado que el señor Eder recibió en pago de su haber social, al fenecer la compañía anónima de la cual era accionista, ciertas zonas de terreno, o que como tal entró en la distribución de bienes, aun cuando pudo no establecerse el monto de la cuota que le fue asignada y con la cual debe responder del pago de la obligación deducida en contra de la sociedad de la cual era partícipe.

Se considera:

La sociedad anónima es una entidad en la cual los asociados, llamados accionistas, poseen un derecho representado por un título negociable y que no son obtenidos sino mediante su aporte. Es el tipo de la sociedad de capitales. Los asociados son simples portadores de acciones. En las grandes sociedades cuyos títulos se negocian en Bolsa, ellos cambian sin cesar. En las sociedades de personas, la persona moral es creada al lado de las personas físicas y son ellas quienes ejercen la actividad comercial. La personalidad de la sociedad anónima es completamente independiente de la del accionista; sólo la sociedad hace el comercio, y los accionistas no tienen ninguna obligación cuando han realizado su aporte. Se considera que tienen derechos contra la sociedad, más bien que derechos en ella.

En toda sociedad existe un capital social, pero en las anónimas, esta noción tiene una importancia particular. El capital social es, en cierta forma, la razón de la limitación de responsabilidad y es así como ha sido concebido en Inglaterra. Los asociados lo afectan a la seguridad de los compromisos que la sociedad adquiera con respecto a terceros.

Se puede decir que el capital social es presentado por los asociados, como la garantía o respaldo de los acreedores sociales. No puede ser restituído a los accionistas en detrimento de tales acreedores.

De donde se deduce que la responsabilidad del accionista de una sociedad anónima durante la vida social, con respecto a acreedores de la misma, es simplemente hasta concurrencia de su aporte, y una vez disuelta la sociedad y distribuído entre los asociados el capital existente al tiempo de su disolución, la responsabilidad subsiste hasta el valor de lo percibido. Se desprende, pues, como elemento indispensable de la acción de cobro, demostrar que el accionista de la anónima contra quien se obra como tal por haber desaparecido la persona moral obligada, per-

cibió determinados bienes para cubrirle su interés social.

La obligación de la persona jurídica anónima, pasa al accionista cuando ha recibido en la liquidación, bienes que eran la garantía de las obligaciones sociales. Su carácter de adjudicatario es lo que lo obliga a responder hasta concurrencia de su valor de las deudas sociales insolutas. Es, pues, necesario para la viabilidad de la acción de cobro, establecer dicho presupuesto procesal.

Tal circunstancia, o sea el carácter de obligado del señor Eder para responder de la parte de la deuda social, en concurrencia con el valor de los bienes de la compañía que le hubieren sido adjudicados, fue lo que no pudo establecerse en el presente juicio.

Consta que el señor Eder participó en la constitución de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A.", que se perfeccionó por medio de la escritura pública número 280 de 24 de junio de 1932, suscribiendo como socio una acción de quinientos cinco pesos ($ 505.00); que en la reunión de la asamblea general de accionistas, verificada el dos de agosto de 1937, el señor Eder votó la disolución, apareciendo con un monto de 7.160 acciones, pero no se demostró que en la liquidación que se practicó en 1939, por la escritura número 1820, hubiera conservado ese mismo carácter de accionista y que como tal, recibiera bienes pertenecientes a la sociedad demandada.

Sucede que la liquidación de la sociedad se hizo conjuntamente con otra de la misma índole, según la escritura número 1820 de 30 de octubre de 1939, de la Notaría Segunda de Cali, pero este documento no contiene discriminación, ni indicación precisa, ni dato alguno que permita deducir inequívocamente la condición de adjudicatario de Eder como accionista de bienes pertenecientes a la "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A.".

De que hubiera sido accionista Eder en alguna época, durante la vida de la sociedad, no se sigue necesariamente que lo hubiera sido también y por consiguiente adjudicatario de la compañía en el momento de su disolución, dada la movilidad y negociabilidad de las acciones de las sociedades anónimas. Son dos hechos independientes, que deben probarse por separado.

En orden a establecer que en la liquidación conjunta de las sociedades "Urbanizaciones, S. A." y "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A." de que da cuenta la escritura número 1825 de 30 de octubre de 1939, de la Notaría Segunda de Cali, le correspondieran a Eder algunos globos de terreno de un inmueble de propiedad de la última sociedad, se presentó la escritura de adjudicación y liquidación y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, tendiente a establecer el origen del bien allí distribuído, pero de tales documentos no se desprende la prueba de lo que se quiso demostrar. En la escritura de liquidación, no se dice de cuál de las dos entidades es el bien que se adjudicó a Eder, ni su origen. Del certificado aparece que en 1927, Luis Garcés y Carlos Rebolledo compraron una finca ubicada en el barrio de San Fernando; que los mismos vendieron a la "Sociedad Urbanizadora del Valle", "un lote de terreno lindado, de veintiuna y media fanegadas, a inmediaciones de esta ciudad y que se encierra, Norte el resto de la posesión que se reservan los vendedores; Sur el camino público que conduce a Jamundí; Occidente, finca que perteneció a José Ciriaco Naranjo; **Oriente, terreno perteneciente al doctor Pablo García A.**". En el año de 1929 fue constituída la sociedad "Compañía Urbanizadora Colombiana, S. A.", y a ella llevó la Sociedad Urbanizadora del Valle la referida zona de terreno; por medio de la escrutura pública 280 de junio de 1932, se constituye una nueva sociedad llamada "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A.", y a ella aportó la "Compañía Urbanizadora Colombiana, S. A." el mismo bien.

Luégo aparece del certificado, que por escritura número 1825 de 1939, citada atrás, se liquidaron en conjunto las entidades comerciales "Urbanizadora Colombiana, S. A." y "Urbanizaciones, S. A.", y se verificó la división y adjudicación de los terrenos de Bella Vista y se señaló a Eder una porción de tal territorio, dentro de los siguientes linderos: **Noroeste, con terrenos de herederos de Pablo García** A. en 402 metros; Suroeste, con la calle H en 368 metros; Sureste, con parte sureste del lote 107 de Hernando Rebolledo en 19 metros, y Noroeste, con terrenos de Carlos Rebolledo y Luis H. Garcés en 128,70 metros, y lote de Carlos Rebolledo en 55,50 metros.

Como puede notarse, comparando los linderos de la zona adquirida por la sociedad y lo adjudicado a Eder de los terrenos en Bella Vista, no puede saberse si la urbanización expresada forma parte de lo adquirido por la sociedad, de que hablan las escrituras anteriores. Los linderos sólo coinciden en un nombre, o sea, tierras del doctor Pablo García A. Con la diferencia de que en la escritura de 1927, el bien que se traspasa limita

por el Oriente con terrenos del doctor García, y el de Bella Vista colinda por el Noroeste. Ante la imposibilidad de saber si las tierras de Bella Vista eran bienes de la sociedad obligada, o de ambas y en qué proporción, el juzgador de segunda instancia no pudo menos que declarar que no se demostró que el señor Eder estaba obligado a pagar la parte proporcional de la deuda, en consideración a los bienes de la sociedad obligada, que le hubieran cabido en la liquidación.

Uno de los puntos fundamentales de la demanda, común a las súplicas principales y subsidiarias del libelo, consiste en que el señor Eder era accionista de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana, S. A." al tiempo de su liquidación y que como tal accionista, se le adjudicaron bienes del patrimonio social. Pero tal hecho no está demostrado.

No habiéndose podido establecer tales circunstancias con las pruebas que se consideran mal apreciadas, es el caso de declarar que no se violaron los artículos 465 y 468 del Código de Comercio, que se señalan como infringidos, por no haberse demostrado error en la estimación de las pruebas.

Se acusa por violación del artículo 1759 del C. C., porque se considera que el juzgador no le dio la fe debida a la escritura de liquidación de la sociedad; mas, como se ha visto, lejos de rechazarse el valor probatorio de tal instrumento, se ha servido de éste como uno de los fundamentos de su fallo absolutorio, por cuanto no se probó con tal documento y demás pruebas del proceso, que el demandado fuera accionista en el momento de la liquidación, y que como accionista de la entidad deudora, fuera adjudicatario de bienes.

Se considera, por último, violado el artículo 593 del C. J. porque "en autos se ha probado suficientemente que el demandado Henry Eder era accionista de 'Urbanizadora Colombiana, S. A.' al tiempo de su liquidación y que por tal concepto o a tal título recibió adjudicación de bienes de dicha sociedad".

Como atrás se vio, fue precisamente esta última circunstancia la que no se probó. Liquidada una sociedad anónima, el acreedor que tardíamente aparece, tiene acción individual contra cada uno de los exasociados para la restitución del activo que se le asignó en la liquidación social; por consiguiente, debe demostrarse que el demandado fue asignatario, que en el caso propuesto no pudo realizarse. (Véase GACETA JUDICIAL, Tomo 48, págs. 387-88).

El artículo 593 del C. J., es una disposición de orden general, una regla de conducta cuya violación no entraña lesión a la parte que se querella, a menos que se demuestre que tal actitud llevó al juzgador a violar un precepto sustantivo declarativo de un derecho de la parte recurrente.

Se declara, pues, que no han sido violados los preceptos que se señalan como infringidos.

Sentencia

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS DA LUGAR A LA CASACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA, SOLO CUANDO ES EVIDENTE.—REQUISITOS DE LA DEMANDA CUANDO SE ACUSA POR ERROR DE DERECHO.—EN UN MISMO CARGO NO PUEDEN INVOLUCRARSE LA VIOLACION DIRECTA Y LA VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

1.—Al tratar el Tribunal, en la sentencia, el elemento dominio en cabeza del demandante, para la prosperidad de la acción reivindicatoria, partió del estudio sobre la transformación de la sociedad actora, de que ya se ha hablado, y relacionando esa situación que había dado por establecida definitivamente en el juicio, con la creada por la escritura 491, complementado ese instrumento público con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en que consta que su inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los medios legales, dio por comprobado el dominio de la Sociedad de Zancudo, como continuadora de la establecida el 3 de octubre de 1844, en las carboneras existentes en los terrenos que fueron de Mariano García.

El Tribunal de Medellín tomó aquellos documentos y los enlazó, siendo su apreciación el resultado de la suma y combinación de esos diversos elementos probatorios; en cambio, el recurrente toma aisladamente la escritura 491 de 1864, como base del ataque a la sentencia, lo que, como es obvio, lo conduce a un resultado distinto del obtenido por el sentenciador. En estas circustancias, no es posible achacarle error de hecho evidente al Tribunal, en la apreciación del citado instrumento público, y, por tal virtud, no es admisible el cargo.

2.—Para que un motivo por error de derecho en la apreciación de la prueba pueda prosperar, es indispensable que se demuestre, en primer término, la violación de las reglas sobre el régimen probatorio, en el sentido de que se refieran al valor, eficacia o fuerza de los medios de prueba, o a la manera de apreciar éstos; y, en segundo, que esa violación medio conduzca a la de la ley sustantiva, violación fin.

3.—Ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia autorizan en el recurso de casación el procedimiento de involucrar en un mismo cargo la violación indirecta de la ley con la directa, y el error de derecho en la apreciación de pruebas, con fundamento del de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

La "Sociedad de Zancudo", ordinaria de minas domiciliada en Medellín, por medio de su Director demandó ante el Juzgado Quinto Civil de ese Circuito, a los señores **Bernardo Bernal B.** y **J. Martín Bernal R.**, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º — Que la Sociedad de Zancudo, Sociedad ordinaria de minas de este domicilio, es dueña de las vetas de carbón que existen en el lote de terreno de que trata el ordinal octavo de esta demanda, carbones que adquirió conforme a la escritura 491 de 8 de diciembre de 1864, de la Notaría 1ª de Medellín, que comprende extensión mayor, como queda expresado.

"2º—Que los señores Bernardo Bernal B. y J. Martín Bernal R., mayores de edad y vecinos de Medellín, están obligados a restituir a la Sociedad de Zancudo las vetas de carbón a que se refiere la petición primera de esta demanda; restitución que harán en el término que usted se servirá señalar.

"3º—Que los señores Bernardo Bernal B. y J. Martín Bernal R., de las condiciones civiles señaladas, son poseedores de mala fe, y en consecuencia responsables de los deterioros que por su hecho o culpa hayan sufrido las vetas.

"4º—Que los señores Bernardo Bernal B. y J. Martín Bernal R., como consecuencia de las declaraciones anteriores, están obligados a restituir los frutos que hayan percibido por la explotación de las vetas y los que la Sociedad de Zancudo hubiera podido obtener si hubiera explotado por su cuenta las vetas. Estimo que estos frutos valen veinte mil pesos ($ 20.000.00) o la cantidad que fijen peritos nombrados en éste o en otro juicio.

"5º—Que los demandados deben las costas de este litigio, si dieren lugar a él".

Como hechos justificativos de la acción se expresan en la demanda:

Que la Sociedad demandante constituída desde octubre de 1848, adquirió por compra a Mariano García, según escritura 491 de 8 de diciembre de 1864, "todas las vetas de carbón que se encuentran en los terrenos que el otorgante compró a la señora esposa del señor José M. Bernal" en el Municipio de Titiribí, punto denominado "Careperro", comprendidas en los linderos del lote descrito en el hecho segundo de la demanda; que la misma sociedad ha poseído quieta y pacíficamente las vetas de carbón desde la fecha de su adquisición. Que desde hace algún tiempo los señores Bernardo Bernal B. y J. Martín Bernal R. están poseyendo una parte de esas vetas, desconociendo el dominio de la entidad demandante y sin que hayan querido cesar en la usurpación no obstante los requerimientos amistosos que se les han hecho y el conocimiento que tienen de los títulos.

Que por escritura 1521 de 18 de julio de 1938, Bernardo Bernal B. "vendió a los señores doctor Pablo Bernal R., una finca denominada 'La Pradera' situada en el Municipio de Titiribí, escritura en la cual se manifiesta, que en la venta se incluyen las vetas de carbón que estén dentro de la finca y que no pertenecen a terceros", declaración que envuelve la implícita de que hay en el terreno carboneras que pertenecen a terceros. Que por escritura 2900 de 9 de diciembre de 1940 de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, el señor Martín Bernal R., vendió al doctor Pablo Bernal R. la mitad de la finca que había adquirido según la escritura 1521 antes citada, reservándose el vendedor la mitad de las carboneras existentes en dicha finca y declarando que "en consecuencia todos los carbones existentes en la mencionada propiedad quedan en comunidad por partes iguales entre el exponente vendedor y comprador. Que según escritura 4861 de 26 de octubre de 1943 de la Notaría Cuarta del Circuito de Medellín, el doctor Pablo Bernal R. vendió a Bernardo Bernal B. la totalidad de la finca "La Pradera" y se declaró que los carbones existentes en la finca quedan en comunidad, por mitades, entre el comprador Bernardo Bernal B. y el señor J. Martín Bernal R. y otros que no guardan relación con el recurso de casación.

Los demandados negaron la mayoría de los hechos en que se funda la demanda, aceptaron la condición de poseedores, se opusieron a las declaraciones pedidas y propusieron las excepciones de carencia de derecho y de acción, falta de personería sustantiva, y prescripción.

El Juez del conocimiento desató la litis en decisión de 14 de junio de 1946, negando las peticiones de la demanda, y el Tribunal Superior de Medellín que conoció, por apelación concedida a la entidad demandante, de la segunda instancia, la revocó en la de 4 de septiembre de 1950, y declaró no probadas las excepciones propuestas, y sí la propiedad de la Sociedad de Zancudo sobre las vetas de carbón discutidas, ordenó la restitución de los frutos a partir de la fecha de la notificación de la demanda y negó las demás declaraciones solicitadas en ella. Sin costas.

El sentenciador previo estudio de las excepciones de falta de personería sustantiva de la parte demandante, carencia de derecho y de acción y desecharlas, entra al análisis de las pruebas aportadas al debate por las partes, para considerar demostrados los requisitos de la acción reivindicatoria.

El dominio lo dió por establecido con la escritura 491 de 8 de diciembre de 1864, por medio de la cual la sociedad demandante adquirió las carboneras existentes en la finca de Mariano García, la que a su vez había sido adquirida por compra a la señora esposa de don José María Bernal, por los linderos expresados en aquel instrumento público, y de acuerdo con la legislación vigente en esa época, a lo que se agrega la presencia en los autos del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en que consta la respectiva inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los medios legales y que abarca un lapso mayor de veinte años, que demuestra la suficiencia del título.

Analiza nuevamente el sentenciador el conjunto probatorio para dar por establecidos, como el anterior elemento, los de la posesión por los demandados del bien que se pretende reivindicar y su completa identificación, y concluye:

"Se deduce de lo escrito hasta aquí que si la parte actora ha comprobado, como comprobó su dominio sobre el bien en litigio, si comprobó la posesión de ese bien por parte de los demandados, si comprobó la existencia de ese bien y su identidad, la sentencia tendrá que ser de acuerdo con sus peticiones, siempre que su derecho no se haya perdido por medio de la prescripción".

En cuanto a la excepción de prescripción alegada por los demandados en la contestación de la demanda, dice el Tribunal que éstos alegan dos prescripciones: "la extintiva de la acción del demandante, y la adquisitiva del bien por los demandados". No se ve cómo se ha podido verificar la primera, porque:

"En 1864 la Sociedad de Zancudo adquirió las carboneras cuya reivindicación solicita en este juicio. Estableció la acción en 1945, cuando creyó necesario establecerla porque antes no se le discutieron sus derechos. Sostiene que sólo desde unos seis o siete años los demandados ejercitan actos de dominio en el bien que reclama.

Que de acuerdo con el principio de que, "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, que se desarrolla en la sentencia" —para que el actor en este juicio hubiera perdido el derecho de reivindicar lo que reclama, necesario sería, que el demandado hubiera adquirido el dominio por medio de la prescripción adquisitiva".

"**Prescripción adquisitiva del bien.**—Esta puede ser ordinaria o extraordinaria.

"Para adquirir por medio de la prescripción ordinaria, se necesita posesión regular no interrumpida por diez años, si se trata como en este caso, de bienes raíces (Art. 2528 del C. C.). Posesión regular es la que procede de justo título, según afirma el Art. 764 del C. C.

"Aquí, como lo estudiamos antes, la titulación empieza con una escritura que adolece del requisito de registro en forma legal, y respecto de ella ya se comentó en la forma debida, mas al comentario antes hecho, debe agregarse el siguiente:

"El justo título es constitutivo o traslaticio de dominio. No hay más. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. A ninguna de estas tres especies corresponde la escritura 1880. Si la escritura citada fuera título traslaticio no podría tenerse siquiera como prueba por falta de registro en el Libro Primero donde debió ser inscrita, ya que sin ese registro no se ha operado la tradición. Se ve pues, con toda claridad que en el presente caso no existe prescripción ordinaria.

"En cuanto a la extraordinaria, todos los testigos presentados por la parte demandada hablan de una posesión que para algunos de ellos tiene unos seis o siete años, y que los otros hacen llegar hasta el año de 1933, pero hay que tener en cuenta que los testigos que se remontan hasta ese año, se refieren a las vetas o carbones de manera que no se comprenden todas ni se sabe qué clase de actos son los que se ejecutan; mas sea de ello lo que se quiera, la verdad es que aún habiendo sido ininterrumpida la posesión desde 1933, con ella no se gana por prescripción extraordinaria que necesita un tiempo bastante mayor".

"No existen pues, ni prescripción extintiva en contra de la Sociedad de Zancudo, ni adquisitiva ordinaria o extraordinaria en favor de los señores Bernal y por lo mismo no podrá declararse comprobada esa excepción.

"La posesión de los demandados Bernal debe considerarse, para los efectos de prestaciones mutuas, como de buena fe, ya que no hay en el proceso elemento alguno que indique lo contrario".

El recurso

A los demandados se les concedió recurso de casación, el que en su oportunidad ha sido sustentado invocando la causal primera del Art. 520 del C. J., y con ese apoyo se formulan dos cargos, uno como principal y el otro como subsidiario.

Primer cargo.—Violación de la ley sustantiva por apreciación errónea de la prueba, por haber incurrido el Tribunal "en error de hecho manifiesto en los autos, que lo llevó a quebrantar por violación directa" los preceptos de los artículos 946, 950, 669 y 1760 del C. C., resultante:

a). De haber apreciado erróneamente la escritura 491 de 8 de diciembre de 1864, "atribuyéndole una virtualidad que no tiene con relación a la sociedad demandante, en cuanto encontró en ella la prueba del dominio de las vetas por parte de ésta, cuando en dicho instrumento consta que, "el señor Mariano García transfirió, por venta, a **Luis María Arango Trujillo, como director de las empresas del Zancudo y fundación de Jaguas de Sabaletas**.... todas las vetas de carbón que se encuentran en los terrenos que el otorgante compró a la señora esposa del señor José María Bernal, terreno situado en el punto denominado "Campero", del distrito de Titiribí, y comprendido por los linderos que allí se determina.

b). De que, "en los términos del instrumento que en lo pertinente se deja transcrito, es indubitable que las vetas de carbón materia de la acción de dominio fueran adquiridas por las "Empresas del Zancudo y Fundición de Jaguas de Sabaletas", empresas, corporación o asociación cuya constitución, existencia y representante legal no aparecen demostrados en los autos, y que, además, no ha demandado la reivindicación de esos minerales.

c). De que, "prevalida de un título de propiedad que favorece a una empresa, corporación o asociación **distinta,** cual es "Empresas del Zancudo y Fundición de Jaguas de Sabaletas', la sociedad de Zancudo "—demandante— ha instaurado la acción reivindicatoria, con manifiesta temeridad, porque no obra de autos ningún indicio, por insignificante que sea, indicativo de que **esas personas jurídicas sean las mismas,** por más que los opositores han venido clamando porque se traigan esa demostración desde los albores del juicio. Y no existiendo la prueba de esa identidad de la **Empresa** propietaria de las vetas y la **sociedad ordinaria de minas demandante,** como no existe en el proceso, es obvio que ésta carece de todo derecho para accionar con los títulos de aquélla".

Se considera:

El cargo tiene visos de juridicidad, pero no se ajusta a la verdad procesal, en cuanto le achaca al Tribunal conclusiones deducidas con el solo apoyo en la apreciación de la prueba atacada. El sentenciador al considerar la excepción de falta de personería sustantiva de la entidad demandante, estudia en forma detallada, la transformación de ésta, y allí se refirió: 'al documento contentivo del compromiso celebrado por los señores José María Uribe Restrepo, Agapito Uribe, por sí y a nombre de su esposa la señora Teresa Restrepo Toro, Sinforiano Hernández, Nazario Lalinde y Luis María Arango Trujillo, formalizado ante el Escribano el 3 de octubre de 1848, sobre elaboración de la mina "El Zancudo", quedando así, de acuerdo con la legislación vigente en esa época, constituída una sociedad entre ellos con el fin indicado antes; al acta de la reunión de 4 de octubre de 1848 de los accionistas antes nombrados, y donde aparece designado como Director de la Empresa al señor Luis María Arango y la cual está suscrita por ellos; al acta de la reunión de los socios de 6 de septiembre de 1875, donde se resolvió que todo el giro de la Empresa "se hará bajo la denominación de "Sociedad de Zancudo".

Por otra parte, también relacionó la escritura 557 de 16 de marzo de 1898 de la Notaría Segunda de Medellín, por medio de la cual se constituyó la sociedad anónima denominada "Compañía Unida del Zancudo", la cual se formó con acciones de la sociedad de Zancudo, para deducir la personería sustantiva de la entidad demandante para ejercitar la acción reivindicatoria incoada, por cuanto existiendo en 1864 la sociedad bajo la razón social de "Empresas del Zancudo y Fundición de Jaguas de Sabaletas", adquirió todas las vetas de carbón objeto del juicio, según consta en la escritura 491 de 8 de diciembre de 1864.

Al tratar el Tribunal en la sentencia el elemento dominio en cabeza del demandante, para la prosperidad de la acción reivindicatoria, partió del estudio sobre la transformación de la Sociedad actora, de que ya se ha hablado, y relacionando esa situación que había dado por establecida definitivamente en el juicio, con la creada por la escritura 491, complementado ese instrumento público con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en que consta que su inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los medios legales, dió por comprobado el dominio de la Sociedad de Zancudo, como continuadora de la establecida el 3 de octubre de 1844, en las carboneras existentes en los terrenos que fueron de Mariano García.

El Tribunal de Medellín tomó aquellos documentos y los enlazó, siendo su apreciación el resultado de la suma y combinación de esos diversos elementos probatorios; en cambio, el recurrente toma aisladamente la escritura 491 de 1864, como base del ataque a la sentencia, lo que, como es obvio, lo conduce a un resultado distinto del obtenido por el sentenciador. En estas circunstancias no es posible achacarle error de hecho evidente al Tribunal, en la apreciación del citado instrumento público, y por tal virtud, no es admisible el cargo.

Segundo cargo.—Como subsidiario del cargo anterior, formula el recurrente el de haberse incurrido en la sentencia, "en el grave error de derecho" en la apreciación de la prueba, y fueron "violados por infracción directa al dejar de aplicar" los artículos 2529, 2521 en relación con el 778, y el 775 del Código Civil resultante:

a). De haber descartado el Tribunal, la prescripción ordinaria alegada por los demandados, "toda vez que, según él lo dá a entender, su posesión está afectada en su origen por la deficiencia en cuanto al registro de la escritura Nº 264,

de 10 de noviembre de 1880, toda vez que ella no fue inscrita en el libro primero de la respectiva oficina". Que aun aceptando la tesis del Tribunal en cuanto al vicio del registro del Instrumento citado, se tiene que, "desde el 13 de abril de 1901, en los términos de la escritura 437 de la Notaría de Fredonia, esa tradición ha venido operándose en forma estrictamente legal, de unos a otros propietarios, quienes por lo demás, han venido ejerciendo en la finca toda clase de actos positivos de dominio, en forma pública, pacífica e ininterrumpida, como señores y dueños, sin sujeción a nada ni a nadie, tal como aparece de la abundante prueba testimonial que obra en el cuaderno de pruebas de la parte demandada, en la segunda instancia".

b). De que, si los demandados "tienen justo título traslaticio de dominio, como lo tienen; si han venido poseyendo la finca en forma pública, pacífica e ininterrumpida, como señores y dueños, desde el 26 de octubre de 1943, fecha en la cual la adquirió don Bernardo Bernal Restrepo; y, si, finalmente éstos tienen derecho a sumar su posesión a la de sus antecesores, hasta donde le sea necesaria, es evidente que la prescripción se ha cumplido a cabalidad, contra lo afirmado por el fallador de segunda instancia".

Se considera:

La doctrina dominante en la jurisprudencia de la Corte, es la de que: "El error de derecho, cuando de casación se trata, no puede tomarse como locución equivalente a errado raciocinio o a juicio equivocado; el error de derecho en este recurso extraordinario ha de estar vinculado necesariamente a la apreciación de la prueba, por eso se le conoce como yerro de valoración probatoria; consiste según lo tiene advertido la Corte, en haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con las regulaciones de la ley constitutiva de la tarifa de pruebas. Esta, como se observa a la simple lectura del artículo 553 del C. J., comprende dos restricciones: la primera, relativa a la naturaleza de los medios de prueba, ya que son inadmisibles y legalmente ineficaces aquellos que no están comprendidos dentro de la especificación contenida en el Título XVII-Libro II del C. J.; la segunda, atinente al poder de convicción cuya plenitud y alcance determinan la ley en forma de la cual no es posible separarse el juzgador al decidirse sobre la existencia y la verdad de los hechos alegados por las partes en apoyo de la acción o de la excepción. De esta manera el error de derecho a que alude la causal primera del artículo 520 del C. J., se refiere al caso de que el Tribunal, en presencia de una prueba, le haya desconocido el mérito que la ley le da, o le haya reconocido uno de que la ley le priva". (Casación de 31 de octubre de 1947. Tomo LXIII, pág. 94).

De aquí, que, para que un motivo por error de derecho en la apreciación de la prueba pueda prosperar, es indispensable que se demuestre, en primer término, la violación de las reglas sobre el régimen probatorio, en el sentido de que se refieran al valor, eficacia o fuerza de los medios de prueba, o a la manera de apreciar éstos; y en segundo, que esa violación medio conduzca a la de la ley sustantiva, violación fin.

En el cargo que se estudia, el recurrente toma la expresión error de derecho en el sentido de vicio en la valoración probatoria, pero no demuestra, como se lo exige el artículo 520 del C. J., que el Tribunal le atribuyera a las pruebas —escrituras 264 de 10 de noviembre de 1880 y 437 de 13 de abril de 1901— un mérito distinto del que la ley le señala. Su esfuerzo se dirige y concentra a demostrar el dominio de los excepcionantes sobre los inmuebles donde están situadas las minas de carbón objeto de la acción reivindicatoria, omitiendo en la impugnación el ataque a los verdaderos fundamentos del fallo, que son: la insuficiencia del título, o mejor su ineficacia, por las irregularidades en su registro, el cual fue hecho con violación de los artículos 2672 y 2673 del C. C., que reproducen las disposiciones sobre la materia del mismo Código del Estado Soberano de Antioquia; la circunstancia de no referirse ninguna de las escrituras relacionadas y citadas, a " las carboneras o minas o vetas de carbón que hayan llegado en razón de esos títulos al dominio de los señores dueños de la finca"; y la posesión material por un término menor del requerido por la ley para adquirir por prescripción el dominio sobre las carboneras, sin consideración al del inmueble donde ellas existen.

Además, el recurrente cita como violadas disposiciones sustantivas, pero no intenta siquiera demostrar la violación de las reglas sobre pruebas, pasando por alto en la formulación del cargo la primera etapa del proceso constitutiva del error de derecho en la apreciación de la prueba, violación medio, para llegar a la violación fin, la de la ley sustantiva.

Fuera de la inconducencia del cargo por error

de derecho en la apreciación de la prueba, se involucran en él de manera inaceptable, la violación indirecta de la ley con la directa en un solo motivo, y el error de derecho con fundamento del de hecho. Ni la ley ni la doctrina ni la jurisprudencia autorizan tal procedimiento en el recurso de casación.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 4 de septiembre de 1950, en este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas.—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

DACION EN PAGO.—FIDEICOMISO.—NO PUEDE EXISTIR UNA DACION EN PAGO FIDUCIARIA.—SIMULACION.—RENDICION DE CUENTAS

1.—El pago efectivo es la prestación de lo que se debe. El pago libra al deudor de la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si la obligación es de dar una cosa, ésta y no otra debe entregarse para la solución de lo debido. El comprador paga trasladando el precio de lo comprado, así como el mutuario paga entregando dentro de determinado plazo lo mismo que se le dió en mutuo. Principios todos del Código Civil.

El pago debe hacerse bajo todos aspectos en conformidad con la obligación, y el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la que se le debe, dice el artículo 1627 de aquel Código; pero por un convenio entre acreedor y deudor, la cosa debida puede variarse, modificándose así el pago. Esta es la dación en pago. Dación es "entrega real y efectiva de una cosa", dice Escriche. Y dación en pago, o DATIO IN SOLUTUM es el acto por el cual se da una cosa en pago de otra que se debía.

Pero la dación en pago, es el mismo pago.

Que la dación en pago equivale al mismo pago, lo está diciendo la circunstancia de que entre los modos de extinguir las obligaciones, a que se refiere el artículo 1625 del C. Civil, no está la DATIO IN SOLUTUM, ni hay disposiciones civiles sobre esta figura jurídica, que ni siquiera menciona el Código Civil nacional. Apenas se le nombra, sin reglamentarla, en el Código de Comercio de Panamá, adoptado como nacional en 1887 (arts. 215 y 216).

2.—El fideicomiso, que bien se puede llamar fiducia, como lo denomina el actor, es, en términos estrictos, una convención basada en la confianza. Fideicomiso viene de FIDUCIA, que es confianza, seguridad. Tuvo origen en el derecho romano, donde llegó a ser en su esencia un contrato por el cual se transmitía la propiedad de una cosa con el encargo de volverla a determinada persona cumplidas ciertas circunstancias.

Esta institución romana pasó a la legislación latina con cierto carácter sucesoral y familiar, y de la legislación española la tomó el proyecto del señor Bello, para concretarse en textos legales del Código Civil Chileno, que son exactos a los que rigen en Colombia. Dentro de esa legislación romano-latina, la fiducia proviene generalmente de una disposición de última voluntad del constituyente (Claro Solar VIII, 22), sobre lo cual dan ambiente los artículos 794, 795 y 804 del C. C., en relación con los artículos 1215 y siguientes, relacionados con sustituciones testamentarias.

De acuerdo con textos legales, en el fideicomiso intervienen o deben intervenir tres personas: EL CONSTITUYENTE, dueño de la cosa que se va a comprometer en la operación; EL FIDUCIARIO, en el cual se deposita la confianza plena y quien recibe la cosa con un gravamen de restitución; y EL FIDEICOMISARIO, a quien se debe hacer la restitución. Por eso dice el Código Civil que la propiedad fiduciaria es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona; que la constitución de esa propiedad se llama fideicomiso, y que la traslación del fideicomiso a la persona favorecida con él se llama restitución (art. 794).

Claro está, pues, que sin estas tres intervenciones no puede haber fideicomiso, estrictamente. Sobre todo, es de la esencia de la institución la presencia del fiduciario, en cuyas manos se debe poner la cosa, y del fideicomisario, a quien se le ha de entregar, cumplida cierta condición, pero sin que ello quiera decir que en el fideicomiso haya un doble derecho de propiedad: sólo hay uno, ejercido sucesivamente por el fiduciario y el fideicomisario. Un autor chileno explica esto así: "Puede compararse esta situación con un tren en marcha entre Santiago y Valparaíso. En el tren no cabe sino una sola persona; al salir el tren de Santiago, lo ocupa el fiduciario, el que continuará ocupándolo hasta que se cumpla la condición. Mientras

el fiduciario vaya en el tren, el fideicomisario no puede subir en él; sólo tiene la espectativa de poder subir. Si se realiza la condición, desciende el fiduciario y sube el fideicomisario; se extingue para siempre el derecho del fiduciario y sólo entonces nace el derecho del fideicomisario". (Alessandri.— "Derecho Civil Chileno", Tomo sobre 'Los bienes', página 249).

Con alguna influencia en la legislación romana se estableció en Inglaterra el TRUST, que según esa legislación es la obligación de equidad que contrae una persona (trustee) de administrar un bien que se le entrega (trust) por cuenta de un tercero (beneficiario), quien puede exigir el cumplimiento de esta obligación.

Se ve, pues, que tanto en el TRUST como en el fideicomiso latino, tres personas desempeñan papel en la operación: el constituyente, quien se desprende de unos bienes; el trustee o fiduciario, en quien se deposita la confianza y toma a su cuidado ese patrimonio, con amplio poder de disposición, pues propiamente es un propietario ante terceros, pero no lo es ante el constituyente, y el fideicomisario, quien, cumplidas ciertas condiciones, hará suyo el patrimonio.

La fiducia americana fue tomada del TRUST inglés, y en Estados Unidos la institución ha alcanzado un desarrollo extraordinario, por la flexibilidad de sus normas que permiten aplicar el mecanismo a los grandes y a los pequeños negocios de viudas y de huérfanos.

Esta institución americana es la transmisión de bienes que se hace a una persona en quien se tiene confianza, para que cumpla con ellos ciertos fines lícitos. Más o menos el mismo significado del fideicomiso romano, con la diferencia de que la confianza de entonces, un tanto platónica y abstracta, se ha reglamentado en forma rígida, para verdadera garantía del público, ya que la institución, de familiar, pasó a tener un contenido absolutamente civil, de interés privado.

Era natural que esas normas americanas encontraran sitio en nuestra legislación, y en 1918, por la Ley 51 sobre establecimientos de crédito, se autorizó a los bancos para realizar operaciones fiduciarias; y vino después, por iniciativa de la Misión Financiera Norteamericana, la reglamentación de esas operaciones, según la Ley 45 de 1923, que versa sobre establecimientos bancarios y en que se autoriza a los bancos para establecer, entre otras, la Sección Fiduciaria. Dice la ley en su artículo 7º que "las palabras Sección Fiduciaria significan una sección en un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados". Y agrega: "Se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda el encargo". De otro lado, dice el artículo 9º que "Sección" para el caso, significa un Departamento del establecimiento bancario que puede desempeñar ciertas funciones previstas en la ley.

Adelante, en sus artículos 105 y siguientes, reglamenta la ley lo que corresponde a las Secciones Fiduciarias de los bancos, y en el artículo 107 se detallan las operaciones que esas secciones pueden realizar.

De esta suerte, la anterior reglamentación recoge el último significado del TRUST inglés, y en atención a ella, se puede concluír que cualquier negocio de fiducia celebrado por un banco debe estar localizado en la Sección respectiva.

3.—Es contradictoria y no puede tener vida jurídica la dación en pago fiduciaria, porque la dación en pago, que es el pago mismo, consiste en la entrega definitiva y a título de dominio que se hace al acreedor de lo que se le debe, al paso que la entrega que se hace al fiduciario, no es a título de dueño absoluto. En el primer caso hay un derecho de propiedad por parte del receptor o acreedor, que no lo hay en el segundo caso. En el primer caso hay una operación que se desarrolla entre dos personas, el acreedor y el deudor; al paso que en el segundo caso deben intervenir tres personas: el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. En el primer caso hay una confusión de patrimonios, que no la puede haber en el segundo.

4.—En la simulación relativa existen dos actos: el aparente, ostensible, que todos lo pueden leer, pero que es irreal en todo o en parte; y el otro, que es el real, el efectivo, que está escondido, disimulado, esperando el momento de entrar en lucha con aquél, bus-

cando la prevalencia del oculto sobre el ostensible.

En la simulación relativa coexisten, pues, dos declaraciones bilaterales: la ostensible y la real, contradeclaración o contraescritura.

En un mismo acto no pueden coexistir la convención irreal o simulada y la convención oculta o real. Resultaría ello absurdo.

5.—No puede ser motivo de casación lo que se haya dicho por una de las partes, sino lo que se haya expresado en la sentencia recurrida.

6.—Una cosa es la obligación de rendir cuentas, y otra cosa es rendirlas. Para rendirlas, es decir, para que el Juez pueda ordenar su rendición, es preciso que se le pruebe que existe la obligación de rendirlas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Historia de este negocio

Actúan en este juicio: de un lado, como demandante, la señora Carmen E. Arroyo de Castro, por medio de apoderado, del otro lado el Banco de Londres y América del Sud, oficina de Bogotá, y la litis se ha desarrollado con base en estos hechos principales tomados de la demanda:

a). El doctor Miguel Arroyo Díez, padre de la actora, tuvo varios negocios con el Banco, anteriores al año 1928, y como resultado de ellos aquél firmó a favor de éste un documento por valor de $ 205.000, y otro de menor entidad.

b). Al vencimiento del plazo del primer documento —8 de junio de 1928— el Banco y un apoderado del deudor optaron por "hacer un arreglo amigable", y al efecto firmaron la escritura 2793 de 25 de agosto de aquel año, autorizada por el Notario Segundo de Bogotá, escritura "denominada de dación en pago", según los **Hechos Undécimo** y **Catorce** de la demanda. (De las estipulaciones de este instrumento, primordial objeto del presente pleito, se hará historia adelante). Y firmaron también un documento sobre trasferencia de bienes muebles, de 15 de diciembre del mismo año de 1928.

c). Dice el actor que son irrisorios los precios fijados tanto en la escritura como en el documento en mención, y agrega: Ni el contrato privado sobre bienes muebles, ni el contenido en la escritura 2793 "son de venta o de dación en pago como impropiamente han querido llamárseles". Esos contratos — se agrega en el **Hecho Diecisiete** — "corresponden por su naturaleza al contrato de fiducia, de garantía o a otro contrato innominado".

d). Dice también el actor, en el **Hecho Dieciocho,** que "los mencionados contratos en especial el contenido en la escritura, no fueron aceptados jamás por el deudor o por su representante legal como de dación en pago", y que por las conversaciones y por la correspondencia anteriores a la escritura, y posteriores a ella "se pone en claro que efectivamente la intención de las partes no fue la de celebrar un contrato de dación en pago, sino uno de naturaleza distinta".

e). Por medio de la escritura 400 de 10 de abril de 1930, Notaría Tercera de Bogotá, el deudor cedió a su hija ya citada, la demandante, "todo saldo, derecho, o interés que exista o resulte en definitiva de la liquidación y corte de cuentas entre el cedente y el banco", según el **Hecho Veintiuno.**

En la demanda presentada oficialmente el 7 de junio de 1940, se formulan contra el Banco varias peticiones, de las cuales se transcriben las tres primeras, pues para el caso no tienen importancia las otras, ni las subsidiarias porque sobre éstas el recurrente prescindió de toda consideración.

Primera.—Que se declare simulado el contrato contenido en la escritura pública número dos mil setecientos noventa y tres (2.793) de fecha veinticinco (25) de agosto de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito Notarial de Bogotá, por cuanto el acto contenido en dicha escritura es de naturaleza distinta a la del contrato de dación en pago.

Segunda.—Que se declare que la naturaleza de dicho contrato corresponde al contrato de fiducia, de garantía o a otro contrato innominado.

Tercera.—Que en consecuencia se ordena a la entidad demandada rendir cuentas sobre los negocios celebrados con el doctor Miguel Arroyo Díez desde el día veinticinco de agosto de mil novecientos veintiocho (1928) hasta el día en que estas cuentas sean rendidas.

Como invocaciones de derecho del actor merece destacarse la Ley 45 de 1923.

El Banco no contestó la demanda, pero sí alegó; y el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de catorce de julio de mil no-

vecientos cuarenta y nueve clausuró la primera instancia del juicio, negando las peticiones de la demanda, menos una, pues dispuso:

Declárase la obligación del Banco de rendir cuentas a la demandante, "por concepto de los negocios celebrados por dicha entidad con el doctor Miguel Arroyo Díez, de que da cuenta la escritura 2793 de 25 de agosto de 1928, relacionada con los bienes a que se refiere el citado documento y a partir de su fecha hasta el día en que ellas se rindan".

Ambas partes apelaron de esta sentencia, y el Tribunal Superior de Bogotá, en la suya de diez y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta, reformó el fallo de primera instancia, y dispuso:

Primero: No existe simulación en el contrato consignado en la escritura 2793;

Segundo: Declárase que el encargo fiduciario contenido en la cláusula quinta de aquella escritura no tuvo realización concreta en fuerza de causas imputables al doctor Arroyo Díez. Queda así decidido el tema propuesto en la petición segunda de la demanda;

Tercero: Se absuelve al Banco de los cargos que se le deducen principalmente en el numeral quinto petitorio, que se refiere a perjuicios;

Cuarto: No es el caso de hacer declaratoria sobre la obligación de rendir cuentas, y la consecuencial de condena a la entrega de un saldo.

La parte actora interpuso el recurso de casación contra esta sentencia. El Banco lo interpuso sólo en relación con los numerales resolutorios Tercero y Cuarto.

Esta parte opositora no presentó en oportunidad demanda de casación, y la Sala, en proveído de veintiocho de noviembre último, declaró desierto el recurso interpuesto por el Banco.

En cuanto al recurso del actor, la demanda fue presentada, y el opositor la impugnó; y todo preparado debidamente, se entra en el estudio de ella.

Casación

En el prólogo de la demanda de casación sienta lo siguiente el apoderado del actor: "En este recurso lo que me incumbe es demostrar que el contrato sí es simulado y que tiene que aceptarse lo pedido en la demanda como consecuencia de la simulación". El contrato a que se refiere el recurrente, según sus alegaciones y la misma demanda, es el de dación en pago.

Ya dentro del recurso, invoca el recurrente sólo un motivo de casación, el primero, que desarrolla en varios capítulos, en todos los cuales, como lo dejó anunciado, ha de referirse a la simulación, como tema principal.

Y si en relación con la simulación han de versar todas las quejas del recurrente, pues los otros pedimentos de la demanda los considera como una consecuencia de aquella figura jurídica, interesa, antes de seguir y para abrirle camino franco al estudio de las razones del recurrente, exponer algunos principios generales acerca de tal figura y de puntos salientes de la contienda jurídica, lo cual facilitará y simplificará la consideración de esas quejas del recurrente contra la sentencia del Tribunal.

I—Escritura 2793:

Ya se dijo que esta escritura es el eje de la presente litis, y ella expresa en frases simples:

Cláusula Primera: Que el doctor Arroyo Díez debe al Banco una suma de dinero "por razón del contrato de mutuo que reza el pagaré de $ 205.000" "....el cual pagaré en mi presencia ha sido cancelado y entregado al exponente", dice el Notario.

Cláusula Segunda: Que el deudor "dá a el Banco en pago de dicha cantidad que le adeuda de plazo vencido" los inmuebles de que trata esta cláusula.

Cláusula Tercera: Se refiere a la manera como el deudor adquirió los bienes que "dá al Banco en pago de la deuda".

Cláusula Cuarta: Se dice que fuera de algunas ventas de parte de los inmuebles a que se refiere la cláusula anterior, no se han realizado otras, y que, por tanto, los inmuebles dados en pago están libres de todo gravamen.

Cláusula Quinta: Expresa: el deudor se obliga a presentar al Banco en el término de nueve meses "los títulos de propiedad de los lotes llamados Saldaña y Papagalá, que deben ser saneados y satisfactorios a juicio de los abogados del Banco"; y el Banco por su parte, conviene en que si en el término de diez y ocho meses vendiere lotes por un precio total que exceda de $ 174.000 y los intereses de esta cantidad a la tasa del 12% anual, la diferencia le corresponderá y le será entregada al deudor; "pero esta obligación del Banco queda sujeta a la condición de que el deudor presente los expresados títulos de propiedad en el término de nueve meses y que tales títulos sean hallados de acuerdo con las exigencias de la ley

en concepto de los abogados del Banco".

Cláusula Sexta: Se estipula que si el deudor entregare al Banco en el término de tres meses la misma cantidad de $ 174.000 se resolverá la operación.

Como se ve, todas estas cláusulas tienen que ver con el pago de la deuda de que trata la primera: pago con unos inmuebles; garantía de que los inmuebles no tienen gravamen; vuelta al deudor de los inmuebles si dentro de cierto plazo cancela la deuda con dinero; y por último, reintegro condicional del mayor valor de la deuda caso de que la enajenación de lo pagado sobrepase los $ 174.000 y los intereses de esta suma. Ninguna de las cláusulas, pues, es extraña al pago que se hace.

III—Datio in solutum:

El pago efectivo es la prestación de lo que se debe. El pago libra al deudor de la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si la obligación es de dar una cosa, ésta y no otra debe entregarse para la solución de lo debido. No existe pago sin la traslación de lo debido. El comprador paga trasladando el precio de lo comprado, así como el mutuario paga entregando dentro de determinado plazo lo mismo que se le dió en mutuo. Principios todos del Código Civil.

El pago debe hacerse bajo todos aspectos en conformidad con la obligación, y el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la que se le debe, dice el artículo 1627 de aquel Código; pero por un convenio entre acreedor y deudor, la cosa debida puede variarse, modificándose así el pago. Esta es la dación en pago. Dación es "entrega real y efectiva de una cosa", dice Escriche. Y dación en pago, o **datio in solutum** es el acto por el cual se dá una cosa en pago de otra que se debía.

Pero la dación en pago, es el mismo pago. Es, para el presente caso, la devolución que hace el mutuario al mutuante, de lo que aquél recibió de éste. El contrato de mutuo, según lo dice la escritura 2793, constaba en un pagaré que cancelado entregó el Banco al deudor, y que por lo tanto no juega papel aquí. Y ese contrato no sufrió más modificación que la del pago, que se hizo por medio de la operación de que da cuenta aquella escritura, y con la cual operación el pago quedó realizado; y realizado, el Banco se hizo dueño de las cosas que se le dieron como pago de lo que se le debía, pues como se dijo atrás, no existe pago sin la traslación de lo debido.

Que la dación en pago equivale al mismo pago, lo está diciendo la circunstancia de que entre los modos de extinguirse las obligaciones, a que se refiere el artículo 1625 del C. Civil no está la **datio in solutum**, ni hay disposiciones civiles sobre esta figura jurídica, que ni siquiera menciona el Código Civil Nacional. Apenas se le nombra, sin reglamentarla, en el Código de Comercio de Panamá, adoptado como nacional en 1887 (artículos 215 y 216).

De suerte que al verificarse el pago se realizó un hecho, una entrega, una dación, un "acto" como el mismo demandante lo llama en la petición primera de la demanda al hablar del "acto contenido en dicha escritura" (la número 2793).

Sobre ese acto, sobre esa dación en pago, versa la simulación de que trata la demanda.

Ya se dijo que a ese acto se le llamó después "dación en pago fiduciaria". Y esta composición podrá tener existencia jurídica? Se verá adelante.

III—La Fiducia:

En el ordinal segundo de la demanda se pide que se declare que el contrato de que da cuenta la escritura 2793 es el de fiducia. Mas en la sentencia del Tribunal, restringiéndose esto, se declaró "que el encargo fiduciario contenido en la cláusula quinta de la escritura mencionada no tuvo realización concreta".

El fideicomiso, que bien se puede llamar fiducia, como lo denomina el actor, es en términos estrictos, una convención basada en la confianza. Fideicomiso viene de **fiducia**, que es confianza, seguridad. Tuvo origen en el derecho romano donde llegó a ser en su esencia un contrato por el cual se trasmitía la propiedad de una cosa con el encargo de volverla a determinada persona cumplidas ciertas circunstancias.

Esta institución romana pasó a la legislación latina con cierto carácter sucesoral y familiar, y de la legislación española la tomó el proyecto del señor Bello para concretarse en textos legales del Código Civil Chileno, que son exactos a los que rigen en Colombia. Dentro de esa legislación romano-latina, la fiducia proviene generalmente de una disposición de última voluntad del constituyente (Claro Solar—VIII— 22), sobre lo cual dan ambiente los artículos 794, 795 y 804 del C. C., en relación con los artículos 1215 y siguientes relacionados con sustituciones testamentarias.

De acuerdo con textos legales, en el fideicomiso intervienen o deben intervenir tres personas: **el constituyente,** dueño de la cosa que se va a comprometer en la operación; **el fiduciario,** en el cual se deposita la confianza plena y quien recibe la cosa con un gravamen de restitución; y **el fideicomisario,** a quien se debe hacer la restitución. Por eso dice el Código Civil que la propiedad fiduciaria es la que está sujeta al gravámen de pasar a otra persona, que la constitución de esa propiedad se llama fideicomiso, y que la traslación del fideicomiso a la persona favorecida con él se llama restitución (art. 794).

Claro está, pues, que sin estas tres intervenciones no podía o puede haber fideicomiso, estrictamente. Sobre todo, es de la esencia de la institución la presencia del fiduciario, en cuyas manos se debe poner la cosa, y del fideicomisario, a quien se le ha de entregar cumplida cierta condición, pero sin que ello quiera decir que en el fideicomiso haya un doble derecho de propiedad; sólo hay uno ejercido sucesivamente por el fiduciario y el fideicomisario. Un autor chileno explica esto así: "Puede compararse esta situación con un tren en marcha entre Santiago y Valparaíso. En el tren no cabe sino una sola persona; al salir el tren de Santiago, lo ocupa el fiduciario, el que continuará ocupándolo hasta que se cumpla la condición. Mientras el fiduciario vaya en el tren, el fideicomisario no puede subir en él; sólo tiene la espectativa de poder subir. Si se realiza la condición, desciende el fiduciario y sube el fideicomisario; se extingue para siempre el derecho del fiduciario y sólo entonces nace el derecho del fideicomisario". (Alessandri — **"Derecho Civil Chileno".** Tomo sobre "Los bienes"—pág. 249).

Con alguna influencia en la legislación romana se estableció en Inglaterra el **trust,** que según esa legislación es la obligación de equidad que contrae una persona (trustee) de administrar un bien que se le entrega (trust) por cuentá de un tercero (beneficiario), quien puede exigir el cumplimiento de esta obligación.

Se ve, pues, que tanto en el **trust** como en el fideicomiso latino, tres personas desempeñan papel en la operación: el constituyente, quien se desprende de unos bienes; el trustee o fiduciario, en quien se deposita la confianza y toma a su cuidado ese patrimonio, con amplio poder de disposición, pues propiamente es un propietario ante terceros, pero no lo es ante el constituyente, y el fideicomisario, quien cumplidas ciertas condiciones hará suyo el patrimonio.

La fiducia americana fue tomada del **trust** inglés, y en Estados Unidos la institución ha alcanzado un desarrollo extraordinario, por la flexibilidad de sus normas que permiten aplicar el mecanismo a los grandes y a los pequeños negocios de viudas y de huérfanos.

Esta institución americana, es la trasmisión de bienes que se hace a una persona, en quien se tiene confianza para que cumpla con ellos ciertos fines lícitos. Más o menos el mismo significado del fideicomiso romano. Con la diferencia de que la confianza de entonces, un tanto platónica y abstracta, se ha reglamentado en forma rígida para verdadera garantía del público, ya que la institución, de familiar, pasó a tener un contenido absolutamente civil, de interés privado.

Era natural que esas normas americanas encontraran sitio en nuestra legislación, y en 1918, por la Ley 51 sobre establecimientos de crédito, se autorizó a los bancos para realizar operaciones fiduciarias; y vino después, por iniciativa de la Misión Financiera Norteamericana, la reglamentación de esas operaciones, según la ley 45 de 1923 que versa sobre establecimientos bancarios y en que se autoriza a los bancos para establecer, entre otras, la Sección Fiduciaria. Dice la ley en su artículo 7º que "las palabras Sección Fiduciaria significan una sección en un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados". Y agrega: "Se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda el encargo". De otro lado, dice el artículo 9º que "Sección" para el caso, significa un Departamento del establecimiento bancario, que puede desempeñar ciertas funciones previstas en la ley.

Adelante, en sus artículos 105 y siguientes, reglamenta la ley lo que corresponde a las Secciones Fiduciarias de los bancos, y en el artículo 107 se detallan las operaciones que esas secciones pueden realizar.

De esta suerte, la anterior reglamentación recoge el último significado del **trust** inglés, y en atención a ella se pueden sacar las siguientes conclusiones:

Cualquier negocio de fiducia celebrado por un banco debe estar localizado en la Sección respectiva;

La escritura del pleito no habla en ninguna parte de que la operación a que ella se refiere fuera atendida por aquella Sección, ni en ninguna par-

te se menciona la fiducia ni sus componentes; y esto último es lo esencial o imprescindible; y

No fue la intención de los contratantes, como lo dice y repite la parte actora, celebrar por la mencionada escritura un contrato de fiducia, porque fuera de que el Banco no acepta esto, a la fecha de la escritura ya regía la Ley 45 citada y el Banco sabía, entonces, que no podía celebrar tal contrato sino dentro de las normas de esta ley.

IV—Dación en pago fiduciaria:

Algunas cortas consideraciones muestran a las claras que esta enunciación es contradictoria y no puede tener vida jurídica, según se ve:

La dación en pago, que es el pago mismo, consiste en la entrega definitiva y a título de dominio que se hace al acreedor de lo que se le debe, al paso que la entrega que se hace al fiduciario no es a título de dueño absoluto según las características de la fiducia ya estudiadas. En el primer caso hay un derecho de propiedad por parte del receptor o acreedor, que no lo hay en el segundo caso. En el primer caso hay una operación que se desarrolla entre dos personas, el acreedor y el deudor; al paso que en el segundo caso deben intervenir tres personas: el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. En el primer caso hay una confusión de patrimonios, que no la puede haber en el segundo.

Aquella composición caprichosa y extralegal, no puede fundamentar derecho alguno. Es el pago y el no pago.

Otra cosa es que en un pago o en una dación en pago se establezcan ciertas modalidades adicionales que puedan dar motivo para considerar que hay allí un encargo con caracteres de fiduciario.

V. — Simulación

Conviene destacar algunas ideas sobre esta materia, para valorarlas después al examinar las alegaciones del recurrente, por ser la simulación el frente de los ataques de éste, según lo anunció en la introducción de la demanda.

En derecho, **simular** significa mostrar una cosa como no es y ocultar lo que es, con una sola finalidad: el engaño. "Negocio simulado —dice la Corte— es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece". (G. J. número 1914, pág. 167).

Es cosa muy sabida, de aceptación universal por parte de los doctrinantes y de la jurisprudencia, que hay simulación absoluta y simulación relativa. Sobre ellas expresa un notable autor: "Desde el punto de vista de su naturaleza íntima, la simulación puede ser de dos formas, absoluta y relativa: es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter". Dice en otro sitio: "Es absoluta cuando las partes no quieren en realidad concluir un negocio, deseando solamente su declaración y no sus derivaciones, sus consecuencias. Hay simulación relativa cuando frente al negocio ficticio las partes están de acuerdo en concluir un acto diverso, distinto, ya sea con otra forma, modalidad, persona, etc." (Héctor Cámara, **Simulación en los Actos Jurídicos**, págs. 106, 108, 115).

La Corte, en repetidos fallos, coincide en estos puntos de vista. En uno de ellos dice: "La simulación puede ser **absoluta** o **relativa.** La primera tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; es decir cuando la contraestipulación se ha limitado a destruir los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. Es el caso típico de las llamadas ventas de confianza, hechas generalmente por el deudor en perjuicio de los acreedores. Por ejemplo, Pedro recargado de deudas vende a Diego su casa para evitar que se la embarguen los acreedores. Se otorga la respectiva escritura, en la cual se declara pagado el precio de la venta. La escritura se registra. La venta tiene así todas las apariencias de ser verdadera. Pero resulta que en el fondo todo es una farsa; entre las partes contratantes no hay tal venta, ni pago de precio, ni transferencia de la propiedad, ni acuerdo distinto del de que conjurado el peligro del embargo, la casa volverá a su dueño, quien no obstante la venta ha continuado, con el tácito acuerdo de su paniaguado, reputándose privadamente propietario único. En este caso el acto presenta las apariencias de venta, pero en realidad no hay tal acuerdo ni ningún otro que haya alterado entre los contratantes la propiedad del bien. Pueden igualmente encontrarse donaciones aparentes, préstamos que no han tenido ninguna realidad, etc. Por ello decíase: **colorem habet, substantiam vero nullam** (tiene color pero substancia ninguna). La simulación es **relativa** cuando se emplea para encubrir los efectos jurídicos de otro acto real que es el que las partes han querido cele-

brar, como en el caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o a modificar positivamente las relaciones de los contratantes del acto aparente. En estos casos decíase: **colorem habet, substantiam vero alteram** (tiene color pero la substancia es otra)". (GACETA JUDICIAL, T° XLVIII, págs. 877-878).

De acuerdo con esto, en la simulación relativa existen dos actos: el aparente, ostensible, que todos lo pueden leer pero que es irreal en todo o en parte; y el otro, que es el real, el efectivo, que está escondido, disimulado, esperando el momento de entrar en lucha con aquél, buscando la prevalencia del oculto sobre el ostensible.

En ambos casos cooperan las partes, es decir, en ambos hay el ánimo de engañar.

En la simulación relativa coexisten, pues, dos declaraciones bilaterales, la ostensible y la real, contradeclaración o contraescritura.

En un mismo acto no pueden coexistir la convención irreal o simulada y la convención oculta o real. Resultaría ello absurdo. "Un contrato querido y no querido al mismo tiempo, en buena substancia no quiere nada", dice Cámara (fol. 108).

La contraescritura, que no se puede tomar en sentido restringido "es todo acto o estipulación que modifica una convención acordada entre las mismas partes, todo escrito redactado contra otro escrito; y en términos más habituales y restringidos, es toda estipulación destinada a permanecer secreta entre las partes y que contradice las disposiciones de una convención ostensible anterior". (Claro Solar, **Derecho Civil**, Tomo XII, página 687).

El contrato oculto debe reunir todas las condiciones jurídicas para su efectividad: libre consentimiento, capacidad, requisitos de forma, etc. De otra manera, el acto oculto carecerá de valor.

Quien alega la simulación, debe probarla. Si se trata de destruir entre los contratantes una convención que consta en **documento público, la** prueba no podría ser otra que el contradocumento. "Si admitiéramos la prueba libre de la simulación entre las partes, sería mejor retirar del ordenamiento civil la serie de artículos que amparan la eficacia de los instrumentos, para que queden expuestos al capricho de la voluntad humana", dice Cámara (fol. 183).

Otra cosa es que exista un principio de prueba por escrito, o una confesión de parte, pues entonces se admite la prueba libre, según lo tiene resuelto la Corte. Ha dicho ésta: "Si el acto se celebró por escrito, la parte misma que lo celebró debe demostrar el acto oculto también por escrito, o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba por escrito, etc." (G. J. número 1911, página 830).

En cuanto a los terceros, es decir, los que no actuaron en la simulación, tienen toda libertad de prueba: la testimonial, la presuncional, la indiciaria, etc.

Un causahabiente no es tercero para el caso de simulación, lo ha dicho repetidas veces la Corte.

De estas reglas se hará aplicación al estudiar las quejas del recurrente.

Cargos contra la sentencia

CAPITULO I

En ocho capítulos de la demanda respectiva el recurrente desarrolla sus quejas contra la sentencia, y se entra en el estudio del primero, en cuyo final se lee lo siguiente como un cargo concreto:

"El haber negado el Tribunal la declaración de simulación implica quebranto de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil transcritos en la sentencia del Tribunal (folio 28) porque una cosa es la dación en pago pura y simple y otra, muy distinta, esa misma dación con el sentido fiduciario que se reclama en la demanda y se niega en la sentencia.

"La una es fuente de determinadas relaciones jurídicas; la otra lo es de relaciones jurídicas sustancialmente distintas en parte fundamental. La dación en pago con la fiducia que implica constituye el verdadero contrato entre el Banco y el deudor; suprimirle la fiducia a la dación en pago es declarar que la ley de los contratantes es algo sustancialmente distinto de la ley que los vincularía si la relación jurídica que los une fuera una simple y desnuda dación en pago".

El recurrente reafirma esto expresando que la negativa de la acción de simulación equivale a repudiar el artículo 1602 citado "en cuanto éste dá a mi parte el derecho de considerar ligado al Banco con ella por un contrato de fiducia"; y que "como de la dación en pago fiduciaria emanan consecuencias distintas de las de una desnuda dación en pago, con la repulsa del Tribunal a la acción de simulación se violó el artículo 1603 del Código C.".

Antes que todo conviene recordar que en las

peticiones de la demanda se habla de dos contratos, el de dación en pago, acerca del cual se pide declaración de simulación, y el de fiducia, cuya subsistencia se reclama. En el juicio se presentan los contratos como dos entes absolutamente individualizados. Se dice esto porque se observa que a cada paso el recurrente habla de dación en pago fiduciaria, lo cual no fue materia de la demanda.

Se queja el recurrente de que el Tribunal no hubiera declarado la simulación pedida. Esa simulación, como ya se vió atrás, debía versar sobre el contrato de dación en pago. Y si la simulación fuera decretada, como se pide, es decir, si se declarara sin vida el contrato de dación en pago, si se decidiera que éste es un engaño, cómo podría sobrevivir la dación en pago fiduciario, de que habla el recurrente?

Previas estas dos observaciones, que son pertinentes, se siguen las consideraciones sobre simulación, viendo lo que la sentencia recurrida dice al respecto.

El Tribunal hace examen de las peticiones de la demanda y basado en éstas y en la misma demanda, expresa que desentrañando el pensamiento del demandante se llega a la conclusión de que la pretensión de éste es que la justicia declare que lo ajustado entre el doctor Arroyo Díez y el Banco fue un contrato de fiducia; y que aunque la parte actora "formula expresamente la súplica de simulación, esto implica solamente un defecto técnico en la manera de pedir, un concepto equivocado del negocio fiduciario que el actor entiende como acto oculto y prevalente, cuando en realidad, integral y exactamente concebido, en él (en el negocio fiduciario) coexisten una figura jurídica y el consiguiente efecto jurídico de un lado, y de otro un fin económico que puede o no ser oculto, pero en todo caso divergente del jurídico que es un medio querido por ambas partes". Y en seguida dice la misma sentencia recurrida: "Entre otros, el profesor Cortés (debe ser Copete), citado por el actor, estima que el negocio fiduciario es una especie de simulación. Imbuído en esta última idea el autor de la demanda propone una previa declaratoria de simulación.... declaratoria que despeje la incertidumbre reinante entre las partes sobre la naturaleza del contrato concluído entre ellas". Esto, en parte no muy claro, lo expresa el Tribunal bajo el título "Interpretación de la demanda". Y es lo único que en la parte expositiva del fallo recurrido se expresó sobre simulación. Después, en la parte declarativa, dijo el Tribunal: "No existe simulación en el contrato consignado en la escritura 2793."

De esta suerte, el Tribunal ha interpretado la demanda en el sentido de que no hay de por medio contrato de dación en pago, sino una solicitud sobre contrato de fiducia, descartándose así de la demanda aquel contrato de acción, y por sustracción de materia, negándose la simulación.

Por qué no se decretó la simulación? Porque la demanda fue interpretada en el sentido de descartarla, al hacer a un lado el contrato de dación en pago. Qué se ha debido hacer entonces para restablecer las cosas al estado de la demanda, que es ahora la pretensión defensiva del recurrente? Atacar la interpretación de la demanda, que fue lo que originó el desplazamiento de la simulación.

Ya se leyó cómo el recurrente plantea el cargo sobre la negativa de la simulación. No lo plantea desde el punto de vista de la interpretación de la demanda, para presentar ataque contra esa interpretación, de la cual no habla; lo plantea contra la simulación en sí, como si en la demanda se hubiera hecho estudio sobre ella, estudio que no se hizo precisamente porque por la interpretación, la solicitud de simulación fue descartada. No era esto lo que le obligaba; le obligaba tratar de establecer que la demanda estuvo mal interpretada, a fin de ver si por ese camino llegaba a la casación del fallo en esa parte; y casado, entonces sí, ya en instancia, resultaban oportunas las alegaciones contra la sentencia por no haber decretado la simulación.

Mostrado que el cargo no estuvo bien formulado, se pueden avanzar sin embargo, algunos conceptos sobre el caso, teniendo en cuenta las simples nociones de derecho que se dejaron expuestas atrás.

Es innegable que la parte actora sostiene que la escritura 2793 da razón de dos contratos, el de fiducia y el de dación en pago, aunque en los finales del pleito los dos contratos se fusionan para hablar de dación en pago fiduciaria. En la misma parte petitoria de la demanda se habla de dos contratos, y se pide la simulación de uno, el de dación.

Sentado que en aquella escritura hay dos contratos, se pregunta:

Se trataría de una simulación absoluta? No, porque esta simulación ha de encontrarse en un contrato que nada tiene de real y todo en él es engaño; y en la escritura, por afirmación del actor, se trata de dos contratos.

Se trataría de una simulación relativa? Menos desacertada la suposición. Pero cuál sería el con-

trato aparente, y cuál el oculto o privado que destruiría el primero? Dónde estaría la contraescritura? No habría contrato oculto porque ambos son aparentes y públicos.

Lo que quiere decir que la simulación en el presente caso, donde en una misma escritura se da razón de dos contratos, según lo sostiene el recurrente, no es de posible ocurrencia.

Pero algo más: quien alega la simulación debe probarla. Tratándose de un contrato que consta en escritura pública, para probar contra él se necesitaría, entre las partes, y la cesionaria no es un tercero, otra escritura, en todo caso una prueba literal y completa, o una confesión, o un principio de prueba por escrito completado con otras pruebas.

Se lee en el expediente que la intención de las partes fue celebrar un contrato de fiducia y no uno de dación. Y se probó esa intención? No. El contrato de fiducia sería entonces el oculto, el real, y debiera constar por escrito, o establecido debidamente en los autos. Ya se dijo que el Banco no acepta haber celebrado tal contrato de fiducia.

No estando probada la simulación, el contrato de la escritura cuestionada queda en pie, susceptible, si en él existe para el actor alguna duda, de ser interpretado, pero sin que pueda dar margen a una acción de simulación.

CAPITULO II

Expresa en este Capítulo el recurrente que "resume lo expuesto diciendo que el Tribunal violó las leyes citadas (artículos 1602 y 1603 del C. C.), al estimar que es lo mismo la dación en pago con fiducia que sin fiducia; que violó las mismas leyes cuando, después de reconocer expresamente que la dación en pago conformada en la cláusula segunda del contrato tenía el carácter de fiduciaria, limitó el alcance de la fiducia al reembolso del excedente, y finalmente, dijo que incurrió en error de hecho manifiesto al afirmar que la acción de simulación no tenía en la intención de la demandante más alcance que el de colocar al Banco judicialmente en la necesidad de reembolsar el excedente, cuando en realidad se busca expresamente la rendición de cuentas, el mencionado reembolso y la definición total de la responsabilidad del Banco fiduciario".

Esta es la concreción del cargo de que trata el Capítulo II, pero a decir verdad, no está claro hacia dónde se dirige esa queja. Parece ser que se ataca la interpretación que hizo el Tribunal de la demanda, y se estudiará esto.

Lo relacionado con simulación ya está tratado.

Leída la sentencia, no aparece que en ella se hubiera identificado la dación en pago con fiducia que sin fiducia.

Si el Tribunal declaró que la fiducia no tuvo realización concreta, nada importa que se hubiera limitado el alcance de ella, ya que lo que interesaría al actor sería que la fiducia existiera, porque siendo así, existiría con todas sus consecuencias, sin limitación alguna.

Incidentalmente se trata de reembolso y de rendición de cuentas, pero no a manera de un cargo en casación; y como de estos mismos temas se tratará en otros capítulos, habrá entonces oportunidad de considerarlos a fondo.

Por lo copiado arriba y por lo más que se expresa en este capítulo, se puede deducir que el recurrente ataca la interpretación que el Tribunal dió a la demanda, de la cual se habló atrás, pues dice en otra parte que "se incidió en error manifiesto de hecho al apreciar la prueba de la demanda".

Ya se dijo que el Tribunal interpretó la demanda en el sentido de que ella se refería al contrato de fiducia, quedando descartada así la dación en pago, y como consecuencia, la simulación, por lo cual no estudió ésta. Y cayó el Tribunal en un error de hecho con esa interpretación?

El recurrente ha afirmado que la escritura de compraventa da razón de dos contratos, uno de dación en pago, y otro de fiducia, que luego se les combina para hablar de "dación en pago fiduciaria". Y si de dos contratos se trata, no encuentra bien el recurrente una interpretación en el sentido de que se trata de un solo contrato. Y todo esto es claro, como lo considera el recurrente?

En primer lugar, basta leer la parte petitoria de la demanda para ver que le falta claridad.

En el hecho 27 de la demanda se habla de un contrato de fiducia, de garantía o de otro innominado. En la petición segunda se habla de que la verdadera naturaleza del contrato es de fiducia, de garantía u otro innominado, y no la de una dación en pago. Y dice el recurrente sobre estos temas: "Mi parte no sostiene que la forma de dación en pago sea simulada; lo que sostiene es que al lado de ella hay un depósito de confianza con base en el honor del Banco".... ..."la verdad es que la dación en pago va envuelta en el ambiente de un contrato fiduciario".

Pero esto es más diciente: Desde la demanda inicial el actor subraya unas dudas, y pide interpretación al Juez, al decir: "La naturaleza del contrato celebrado entre el doctor Arroyo Díez y el Banco concuerda en forma más equitativa y más precisamente con el contrato de fiducia que con el contrato de dación en pago". No se niega, pues, la existencia de este contrato; se plantea una duda, y por eso se expresa en seguida: "En el presente caso se pide la intervención del Juez en la interpretación de este contrato con el fin de que declare la simulación".

Con estos antecedentes, lejos de repugnar una interpretación de la demanda, se le encuentra muy razonable, y no se puede acusar el fallo recurrido por error de hecho evidente. La evidencia del error no aparece de manifiesto ni se alegó.

CAPITULO III

En este capítulo el recurrente trata de la fiducia.

El Tribunal expresó en la parte resolutiva del fallo lo siguiente: "Declárase que el encargo fiduciario contenido en la cláusula quinta de la escritura 2793 no tuvo realización concreta en fuerza de causas imputables al doctor Arroyo Díez, defensa esta propuesta por el reo. Queda decidido el tema propuesto en el numeral segundo del petitum".

El numeral segundo citado expresa: Que se declare que la naturaleza del contrato de que trata tal escritura es el de fiducia y no el de dación en pago.

Y la cláusula quinta del contrato expresa: Que el doctor Arroyo Díez se obliga a presentar al Banco en el término de nueve meses los títulos de propiedad de los lotes, de acuerdo con las exigencias de la ley y con la opinión de los abogados del Banco; y los contratantes convienen que si en el término de diez y ocho meses se vendieran los lotes por un precio total que exceda a la deuda cancelada y sus intereses al doce por ciento, la diferencia le corresponderá y le será entregada por el Banco al doctor Arroyo Díez; "pero esta obligación del Banco queda sujeta a la condición de que el citado doctor Arroyo Díez presente los expresados títulos de propiedad en el término de 9 meses y que tales títulos sean hallados de acuerdo con las exigencias de la ley y suficientes y satisfactorios en concepto de los abogados del Banco".

El Tribunal sostiene que el doctor Arroyo Díez no cumplió con estos compromisos y "no nació o se extinguió la obligación de reintegro de los excedentes, y la misma suerte corrió el encargo fiduciario". Y agrega esto la sentencia: " Enervados los efectos de la cláusula restrictiva, el acto real de dación en pago recobra su calidad y efectos".

El recurrente no acepta estos puntos de vista, y dice sobre ellos, entre otras cosas de poca importancia:

Que con lo expresado por el Tribunal acerca de que la fiducia no tuvo realización concreta por causas imputables al doctor Arroyo Díez, se violaron leyes sustantivas;

Que no se explica cómo el Tribunal salió con eso de que la fiducia no tuvo realización concreta, cuando ello "equivale a decir que si una compraventa se resuelve porque no cumplió alguno de los contratantes lo pactado, con ello se está indicando que la compraventa no tuvo realización";

Que es contraria a la naturaleza de las cosas la parte resolutiva del fallo sobre no haber tenido realización concreta la fiducia, "porque si en el instante del contrato ésta existía, hasta la consumación de los siglos habrá que reconocer que existió al contratar; cosa muy distinta es decir, que dejó de operar por incumplimiento de uno de los contratantes"; y

Que "cien textos legales se infringen con semejante manera de razonar, pero para los fines de la casación que impetro me basta citar el mismísimo artículo 1602 del C. C., citado y trascrito por la sentencia, porque los contratos son ley para los contratantes".

Se queja el recurrente de que el Tribunal hubiera aceptado en su exposición el contrato de fiducia, y sin embargo, en la parte declarativa de la sentencia hubiera dicho que ese contrato no tuvo realización concreta, por lo cual acusa aquélla por violación del artículo 1602 del C. C.

El Tribunal dijo: "En principio no es dudosa la existencia de la estipulación fiduciaria". Mas como el Tribunal sostiene al mismo tiempo que el Dr. Arroyo Díez no cumplió una condición inherente a esa estipulación, dedujo que ésta no tuvo realización concreta. En otros términos: acepta el Tribunal, en principio, que inicialmente hubo un encargo fiduciario, que era condicional; pero que como la condición no se cumplió, el encargo no llegó a producir efectos. Siendo éste el verdadero sentido y alcance de la sentencia, no se pudo violar, entonces, el artículo 1602, el cual expresa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

Pero dónde está la prueba sobre el contrato de fiducia? Ya se dijo que el Banco niega su existencia. Y se dijo también que tratándose del Banco, él no podía celebrar contrato de fiducia sino ciñéndose a ciertas prescripciones legales, entre las cuales está como una de las principales la de que el contrato se debe celebrar por conducto de la Sección Fiduciaria del Banco. El recurrente hace cita en varias partes del libro "Fiducia" del doctor Copete, de marcada importancia, y para buscar afianzamiento a sus tesis sobre el particular trascribe de ese libro el ejemplo de un contrato sobre "encargo fiduciario hecho **a la Sección Fiduciaria del Banco de Colombia**, autorizada para aceptar aquel encargo por la ley 45 de 1923". La Sala subraya para mostrar que el ejemplo está diciendo que el Banco o los Bancos tienen que realizar sus negocios fiduciarios por conducto de su respectiva "Sección", de acuerdo con la ley ya examinada.

Téngase presente que esta ley 45 se cita en la demanda como invocación de derecho.

En la cláusula quinta de la escritura debatida se quiere encontrar un encargo fiduciario. El deudor entregó al Banco unos bienes inmuebles "en pago de una cantidad que le adeuda de plazo vencido y que consta en un pagaré", el cual pagaré "en mi presencia —dice el Notario— ha sido cancelado y entregado al exponente" (un apoderado del deudor). Y después, sobre los bienes inmuebles, recibidos en pago de una deuda cuyo documento se canceló y se entregó al deudor, dice la cláusula quinta que si al enajenarse aquéllos se traspasara la suma del pagaré y unos intereses, lo que sobre se le volverá al deudor. ¿Puede haber en esto un contrato fiduciario? Quién sería el constituyente? Se dirá que el actor, es decir el deudor doctor Arroyo Díez. Pero se olvida que el constituyente debe ser dueño de la cosa que constituye el encargo, y aquí la cosa es del Banco, pues se le dió en pago de una deuda. Quién sería el fiduciario? Se podría decir que el Banco. Y quién sería el beneficiario? El mismo constituyente? La cosa es del Banco y no podría volver al constituyente. Todo esto, que resulta enrevesado, no es la fiducia que el Código Civil reglamenta, y que la ley 45 invocada por el actor autoriza para los Bancos.

Claro que se está considerando un contrato de fiducia celebrado con un Banco, que es lo que el recurrente sostiene. Mientras que el Tribunal consideró encontrar en la cláusula quinta del contrato un encargo fiduciario", que no tuvo realización por motivos atribuíbles al doctor Arroyo Díez. Y como esto último ha de estudiarse en otro sitio, sobraría considerar lo de encargo fiduciario. Mas no obstante, se expresa lo siguiente:

Generalizada la fiducia en el campo de los negocios como vehículo de transacciones diversas, y dentro de la libertad de contratar que las leyes reconocen, ya los doctrinantes, con razón, encuentran que hay fiducia de administración y fiducia de seguridad. La fiducia alegada por el recurrente se podría colocar entonces en el primer grupo. Pero se le entregaron al Banco algunos bienes para que los administrara, los vendiera, pagara una deuda y volviera el sobrante al deudor? No. Se le entregaron en propiedad para pagarle una obligación. Lo de vuelta del sobrante es una simple modalidad de la dación en pago. En todo caso, no interesa afirmar o negar que hubo encargo fiduciario. Lo que interesa es saber si por causas atribuíbles al actor el encargo no tuvo eficacia. Y lo que interesa es recordar esto: Los Bancos comerciales, según la ley 45 citada, pueden realizar operaciones fiduciarias, y dice el artículo 7° que la Sección Fiduciaria "es una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar o desempeñar encargos de confianza". Naturalmente, esto se entiende bajo la responsabilidad del Gerente del respectivo Banco, quien debe suscribir el contrato o contratos. Y entre las operaciones que se pueden adelantar en aquella Sección Fiduciaria, están, entre otras, las de servir de fideicomisario. Un contrato de fiducia con un Banco cae, pues, bajo las reglas de la ley 45 citada.

CAPITULO III Bis.

El Tribunal expresó que no se había cumplido por parte del doctor Arroyo Díez la condición de presentar los títulos correspondientes a los inmuebles que recibió en pago de la deuda, y fue este el motivo para que hubiera declarado que la fiducia no tuvo realización concreta. Así se expresa el Tribunal: "Corresponde declarar probada la defensa consistente en el incumplimiento de la carga del doctor Arroyo de presentar la titulación de los inmuebles en el curso de noventa días (la cláusula quinta habla de nueve meses), y en orden al numeral segundo del petitum, que el encargo fiduciario por lo mismo no tuvo concreta realización".

Y para fundar esta conclusión, el Tribunal razona así:

"A tales eventos normativos no los considera la Sala aquejados de los vicios que predica la parte actora, pues no tienen el significado de condicio-

nes puramente potestativas; no equivalen a la voluntad exclusiva del acreedor, quien indudablemente permanece atado tanto a la oportuna presentación como a la suficiencia de los títulos, de modo que la injustificada repulsa le acarrearía responsabilidad. Tampoco milita la imposibilidad física de la prestación a cargo del doctor Arroyo. Los términos de tal prestación no son en sí inconciliables con la naturaleza de las cosas. Como es factible, la relativa imposibilidad que el deudor alega, más propiamente la dificultad de cumplir en el tiempo debido, no anula el vínculo ni lo exonera de responsabilidad en caso de incumplimiento.

"Ya se trate de un efecto suspensivo del encargo fiduciario o de su resolución, lo cierto es que el doctor Arroyo no cumplió con lo suyo; el Banco así lo afirma, el actor calla en el particular en circunstancias en que la prueba del cumplimiento le era necesaria, y por último, el acto de adjudicación en el mortuorio solamente se practicó en 1945 —data bien posterior a los nueve meses previstos en la cláusula quinta— como resulta de la escritura pública de protocolización del juicio mortuorio de los cónyuges Leiva-Caicedo, aducida en copia al proceso (fols. 9 y ss., del cuaderno Nº 8).

"La abstención del doctor Arroyo vitaliza la última de las previsiones de la cláusula quinta, a saber: 'Esta obligación del Banco queda sujeta a la condición de que el doctor Arroyo Díez presente los expresados títulos de propiedad en el término de nueve meses, contados desde la fecha de este instrumento'. No nació pues, o se extinguió la obligación de reintegro de los excedentes y la misma suerte corrió el encargo fiduciario, que sin el sostén de la primera carece de virtualidad, quedando ipso-facto el transmitente privado de interés sustancial alguno suficiente para investirlo en la calidad de fideicomitente. Enervados los efectos de la cláusula restrictiva, el acto real de dación recobra su calidad y efectos".

No se conforma con esto el recurrente, sobre todo en lo que se refiere a la condición de que trata la cláusula quinta, y expresa:

El deudor no se obligó a entregar los títulos al Banco sino a presentarlos. Del texto del contrato no se deduce cuáles eran esos títulos. "De las voces de la escritura de dación en pago es imposible deducir nada". Bien podía tratarse de los títulos que en los lotes tenían los causantes, o de los títulos por los cuales había adquirido Arroyo Díez lo que daba en pago, o de los que debían hacérsele en la partición. "Se ignora cuáles eran los títulos que debía presentar Arroyo Díez". Las partes entienden que los títulos eran las hijuelas, las cuales no podían obtenerse en nueve meses.

Conviene aclarar que el Banco no expresa que los títulos que debía presentar el doctor Arroyo Díez fueran las hijuelas; se refiere a éstas, pero simplemente comentando un punto de vista del actor, según se ve en este párrafo del alegato en segunda instancia, citado por el recurrente, y al cual pertenecen los renglones que éste transcribe en su demanda: "En el alegato de primera instancia observé que no era físicamente imposible que una sucesión que hacía tiempo había sido iniciada, se terminara en 9 meses y que tampoco era moralmente imposible que el obligado gestionara con los demás interesados el allanamiento de las dificultades para su pronta terminación; el obligado a presentar los títulos era el doctor Arroyo Díez, por lo tanto el cumplimiento de la condición dependía de éste, y de su mayor o menor habilidad para allanar los obstáculos a la terminación de los juicios de sucesión".

El recurrente dice que **le parece** (subraya la Sala) que hay un acuerdo sobre que la exigencia de títulos se refería a hijuelas, y sobre ese parecer entra a argumentar de esta manera: Las hijuelas no podían hacerse al doctor Arroyo Díez, puesto que él había dado en pago los derechos que le correspondían en unas sucesiones, y desde que se firmó la escritura, Arroyo no podía obligar al Banco a que actuara en los sucesorios cuestionados. Además, el actor dice que no era posible alcanzar las hijuelas en nueve meses.

En armonía con esto, el recurrente expresa: "Cuando la condición resolutoria representa un imposible se tendrá por no escrita, según el artículo 1537 del C. C. El sentenciador se llevó de calle ese texto, porque consideró como escrita la condición de presentar títulos, debiendo considerarla como no escrita. A esa violación llegó por haber incurrido en el error de derecho de tener como viable la obligación de obtener Arroyo Díez hijuelas para él o para su cesionario, a pesar de haber dejado de ser heredero y parte en el juicio mortuorio, en virtud de la dación en pago".

Y dice adelante: "afirmo que cuando el Tribunal le dió valor a la condición de presentar los títulos, **entendiendo por éstos la hijuela** (subraya la Sala), violó directamente el artículo 1.537, según el cual debe tenerse por no escrita la condición resolutoria consistente en un hecho inmoral o ilegal. Como dejó de tener por no escrita la condición, no sólo se violó aquel texto, sino los artículos 1602 y 1603, por cuanto el Tribunal dejó de estimar como parte del contrato que es ley de

las partes, lo referente al reembolso, no obstante que es una de las manifestaciones de la fiducia, la más importante, sin duda".

Expuestos así los puntos de vista del recurrente, se considera:

Incidentalmente está hablando el recurrente del reembolso como una manifestación de la fiducia. De ésta ya se trató, y entonces tácitamente se consideró el reembolso, por ser una derivación de ella, según lo expresa el recurrente.

En ninguna parte hay prueba de que los títulos a que se refiere la cláusula quinta sean las hijuelas. El mismo recurrente afirma que la escritura no trata de hijuela, que de las voces de esa escritura "es imposible deducir nada" y que del texto del contrato no se deduce cuáles eran los títulos que debían presentarse.

Entra a suponer el recurrente que los títulos podían ser los de propiedad de los lotes, o aquellos por los cuales adquirió Arroyo Díez los bienes que dió en pago de la deuda.

Esta es la suposición más aceptable y racional pues se habló de "títulos de propiedad". Y si de títulos de propiedad se hablaba se comprendía en esto una serie de escrituras públicas relacionadas con el objeto de la dación en pago, y bien fácil le era al deudor presentar esos documentos, no sólo de natural y común exigencia en operaciones sobre traslación de dominio, sino de obligada presentación, según se deduce, entre otros, de los artículos 1051 inciso 7º del C. J., y 1.400 del C. C.

Para el doctor Arroyo Díez la exigencia o condición de la cláusula quinta era muy apremiante, pues esa cláusula principia por decir que aquél debe presentar "los títulos de propiedad", y termina insistiendo en la presentación "de los títulos de propiedad en el término de nueve meses" para que haya derecho al reembolso. Y esa exigencia, o mejor, la cláusula quinta era demasiado terminante en el sentido de que cuando se habla de títulos de propiedad no se está tratando de hijuelas, pues dice esa cláusula, textualmente, que el doctor Arroyo Díez se obliga a presentar al Banco dentro de nueve meses "los títulos de propiedad de los lotes llamados Saldaña y Papagalá".

Si, pues, en este capítulo se argumenta contra la sentencia, sobre la base de que al doctor Arroyo Díez se le exigieron títulos relacionados con unas sucesiones en marcha, y si esa exigencia no se hizo en la escritura respectiva, sino que se exigieron títulos sobre aquellos dos lotes, carecen de razón las quejas del recurrente contra la sentencia, sobre cualquier argumentación sobre el carácter de la condición a que se refiere esa cláusula quinta, y no pudo haber violación del artículo 1537 del C. C., sobre condiciones inmorales, ilegales o imposibles.

No sobra observar que si la obligación del doctor Arroyo Díez de presentar unos títulos dentro de determinado período se hubiera referido a las hijuelas, como lo dice el recurrente, bien se hubiera podido alegar la imposibilidad de presentar esas hijuelas en el plazo estipulado, ya por lo corto de ese plazo, ya porque habiéndosele cedido al Banco unos derechos hereditarios, se puede decir que desde ese momento terminaron las facultades del cedente en relación con el juicio o los juicios mortuorios, y debió entrar a actuar en ellos el cesionario, es decir, el Banco, haciéndose a un lado el cedente doctor Arroyo Díez. La exigencia de presentar títulos, como se ha visto, se refería a los lotes que habían de figurar en las sucesiones, y es claro que el Banco tenía interés en conocer la historia titularia de esos lotes para saber qué mérito legal tenía lo que se le habría de adjudicar.

CAPITULO IV

Principia aquí el recurrente por manifestar que "lo dicho respecto de la condición me releva de acusar el fallo por otros aspectos", pero que lo hace por no ahorrar esfuerzos a favor de su parte, y por eso "acusa la sentencia por nueva violación de ley sustantiva", que hace consistir en que el Banco no tenía ningún interés en la presentación de los títulos por parte de Arroyo Díez, pues que el interés era de éste a fin de que se le reembolsara el excedente de que trata la cláusula quinta, de manera que el beneficiario era aquél y no el Banco, y agrega: "al contrario, traerle el deudor al Banco una hijuela a favor de aquél, habría sido formar un lío, puesto que de un lado habría resultado el doctor Arroyo como dueño de las fincas en virtud de la hijuela, y por otro, resultaría el Banco dueño de los derechos hereditarios a que correspondía la adjudicación de los lotes de Saldaña por virtud de la dación en pago". Y señala el recurrente como violados los arts. 329 del C. J., y 1.625 y 1.757 del C. C.

Se considera:

Como se lee, el recurrente trata de establecer que el Banco no tenía ningún interés en la presentación de los títulos, lo cual no ha sido materia de debate, ni se trata en ninguna parte de la

sentencia, de manera que no tiene importancia considerar aquí ese tema. Mas se puede decir: si por títulos se consideraban sólo las hijuelas, como lo apunta el recurrente, es verdad que poco interés tenía el Banco en exigir al doctor Arroyo Díez su presentación, puesto que cedidos por éste a favor de aquél los derechos hereditarios en las sucesiones, al Banco había que extenderle las hijuelas respectivas. Mas si, como se ha dicho, de manera incontrovertible aparece de la escritura que lo exigido fueron los títulos relacionados con los inmuebles Saldaña y Papagalá, es claro, sin que ello necesite demostración, que el Banco sí tenía interés en la presentación de tales títulos.

Por otra parte, sigue el recurrente en la creencia errada de que cuando la escritura habla de títulos de dominio, se refiere a las hijuelas, lo cual es un concepto infundado.

Además, parece ser que el recurrente, en este capítulo, trata de objetar contra lo que el Tribunal decidió sobre la entrega de los excedentes a que se refiere la cláusula quinta; pero no formula un cargo concreto y legal en relación con este tópico; habla solamente de que en la presentación de los títulos quien tenía interés era el deudor Arroyo Díez, para que el exceso se le entregara. Pero esto no es así: el deudor debía presentar los títulos, independientemente de toda consideración sobre excesos. La cláusula quinta dice, como estipulación aislada: Arroyo Díez se obliga a presentar al Banco en el término de nueve meses los títulos de propiedad de los lotes Saldaña y Papagalá. Otra estipulación: si en diez y ocho meses el Banco vendiere los lotes por mayor suma de la que Arroyo Díez debía, y unos intereses, aquél devolverá a éste el exceso, obligación ésta que "queda sujeta a la condición de que Arroyo Díez presente los expresados títulos en el término de nueve meses". Aquí, ciertamente, como lo dice el recurrente, en interés de Arroyo Díez estaba presentar los títulos; en aquel otro caso, la presentación era una obligación del actor, obligación que no cumplió.

También aquí se está argumentando sin razón valedera, y no hay un cargo concreto contra conclusión alguna del Tribunal.

CAPITULOS V y VI

Se tratan juntos estos dos capítulos, porque el VI es un complemento del V.

Rompe así el capítulo V: "Demostrado que la entrega de los títulos era un imposible" (no se ha demostrado); "probado que en ellos no tenía interés alguno el Banco" (no se ha probado) "... réstame hacer el último cargo contra la sentencia". Y se va a ver:

Dice el recurrente: "El sentenciador ha repudiado la reclamación formulada en la demanda sobre el reembolso del excedente y la declaración de fiducia, por no haberse presentado los títulos, creyendo, como lo afirma el demandado, que se está en el caso del artículo 1.609 del C. C., mas no hay tal". Y agrega, después de transcribir este artículo: Se trata de una facultad que la ley reconoce a los contratantes que son víctimas de la infracción de lo pactado, facultad que, como todo derecho en que no está interesado el orden público, puede renunciarse, expresa o tácitamente; la tácita es la ejecución de un hecho incompatible con el derecho renunciado.

Se considera:

Ya está tratado lo de fiducia y no se puede volver sobre la consideración de este tema.

En cuanto a la devolución del exceso, dijo el Tribunal que el doctor Arroyo Díez no cumplió con la obligación de entregar los títulos, que el Banco así lo afirma y el actor calla sobre el particular; y que como la obligación de reembolso "queda sujeta a la condición de que el doctor Arroyo Díez presente los expresados títulos en el término de nueve meses", no nació o se extinguió la obligación del Banco sobre los excedentes, "y la misma suerte corrió el encargo fiduciario que, sin el sostén de la primera, carece de virtualidad, quedando ipso-facto el trasmitente privado de interés sustancial alguno suficiente para investirlo en la calidad de fideicomitente".

Está diciendo el Tribunal que la fiducia y los resultados sobre excesos corren parejas, y que resuelto lo uno, queda resuelto lo otro. Esta tesis del Tribunal no es combatida por el recurrente en forma de cargo contra el fallo del Tribunal; antes bien, parece aceptarla, según párrafo de la demanda de casación que se examinó atrás, en el cual se acusan como violados los artículos 1.537, 1.602 y 1.603 del Código Civil, todo lo cual fue tratado en el Capítulo III Bis. Mas se van a hacer nuevas consideraciones sobre el mismo tema relacionado con los excesos.

Ya se vió atrás que el artículo 1.537 no pudo ser violado.

Si la fiducia y el exceso deben correr la misma suerte, establecido, como ya se vió, que la fidu-

cia no surtió efectos quedó dicho que tampoco los excesos tuvieron vitalidad jurídica.

Pero ya en el hecho, los excesos tuvieron vida real? El Banco dice que no los hubo, y el Tribunal se refiere a esto, sin que el recurrente haya formulado objeción sobre el particular.

La argumentación del Tribunal es ésta, simple: como la estipulación de reembolso por parte del Banco estaba pendiente de la obligación del doctor Arroyo Díez de presentar los títulos de propiedad, y esto no se cumplió, la obligación del Banco no nació. Y considera la Sala: si esa obligación de Arroyo Díez fue cumplida, la conclusión del Tribunal es infundada. Pero resulta que el actor ni siquiera afirma que hubiera presentado los títulos; se concreta a argumentar que esos títulos son las hijuelas, y que la adquisición de éstas no era posible, o era inoficiosa para el Banco. Con lo cual no se destruye la conclusión del Tribunal.

En cuanto a la cuestión de derecho que plantea el recurrente alrededor del artículo 1.609 del C. Civil no citado por la sentencia, expresa aquél que la concepción del artículo en cuestión entraña una facultad para el contratante que es víctima de la infracción de lo pactado, "facultad que, como todo derecho privado, puede renunciarse, expresa o tácitamente"; y que el Banco hizo renuncia tácita.

El planeamiento aquí es el de dos obligaciones en juego: la del doctor Arroyo Díez de presentar los títulos, y la del Banco de volver el excedente. Se trata, pues, de dos obligaciones, y no puede decirse que hubo renuncia de una de ellas, ni expresa ni tácita, porque las obligaciones no se renuncian; se renuncian los derechos. De aquel artículo 1.609 se ha tomado la composición jurídica de **exceptio non adimpleti contractus,** aplicable a las obligaciones y en ningún caso a los derechos.

Dijo el recurrente que el sentenciador violó el artículo 1609 del C. Civil "porque éste reconoce la **exceptio non adimpleti contractus,** y al apoyar su fallo el Tribunal en este texto, lo aplicó indebidamente, porque la mora que sirve de excusa a los contratantes, según tal artículo, no existía en el caso de autos por haberla purgado el acreedor"; y agrega: a esta violación llegó porque no vió las hijuelas expedidas a favor de Arroyo Díez y del Banco, que eran prueba de la purga de la mora, "es decir, de la renuncia del Banco de valerse de la mora de Arroyo en la presentación de los títulos". De otro lado, la expedición de hijuelas a favor de Arroyo Díez a la cual tenía derecho por la naturaleza del contrato, no puede estimarse como renuncia alguna.

En términos más concretos: el recurrente estima que el Banco renunció tácitamente a su derecho de que los títulos le fueran presentados, considerando que los títulos de propiedad eran las hijuelas; y como de hijuelas no se trató en la escritura del pleito, es inválida la alegación, y sobra toda consideración acerca de lo que el recurrente estima que constituyó la renuncia, y de lo cual versa especialmente el Capítulo VI de la demanda.

No tienen fundamento las quejas del recurrente.

CAPITULO VII

Este capítulo versa propiamente sobre la venta de los inmuebles, y dice el recurrente: "Aludo a la circunstancia que ha hecho valer el apoderado de la parte demandada cuando dice que su cliente no está vinculado a la fiducia porque el deudor no presentó los títulos en los nueve meses estipulados en la escritura, y porque el Banco no vendió en diez y ocho meses tierras por valor superior a $ 174.000. Esto último no constituyó la excepción reconocida en el fallo, aunque éste sí se refirió a ella".

Desenvolviendo esto, se puede decir:

Lo relacionado con fiducia ya fue tratado.

No puede ser motivo de casación lo que se haya dicho por una de las partes, sino lo que se haya expresado en la sentencia recurrida.

Lo de la venta de tierras no fue materia tratada por el Tribunal en forma sustancial.

Agrega el recurrente: "voy a referirme brevemente a eso de las ventas en diez y ocho meses para decir que, como lo anota el Juez en la primera instancia, lo que al respecto las partes quisieron establecer fue que el Banco tenía la obligación de hacer ventas en esos diez y ocho meses". Y alrededor de esto desarrolla el recurrente sus consideraciones de este capítulo.

Sobre venta de tierras, lo único que dijo el Tribunal fue lo siguiente: "Tocante a la cláusula quinta considera el Banco la obligación de restituír el remanente como latente en espera del evento suspensivo de la presentación de los títulos saneados por parte del doctor Arroyo que éste nunca presentó; si nació, se extinguió porque el Banco en el término de 18 meses no realizó ventas por suma mayor del monto de la deuda e intereses, y en último caso no es exigible porque el actor está en mora de cumplir las obligaciones

que le resultan del contrato bilateral a estudio".

Esto que expresó el Tribunal ya fue tratado. Si la obligación de restituír dependía de una condición que no se cumplió, tal obligación no alcanzó vida jurídica.

Pero sobre esto de la venta, en lo cual el recurrente hace larga pausa, y hasta le anota al Tribunal algunas violaciones legales con ello relacionadas, la Sala quiere decir algo más:

En la demanda no se pidió una declaración en el sentido de que los inmuebles hubieran sido vendidos por una suma mayor de la establecida en la cláusula quinta. Y naturalmente, en la sentencia no se declaró cosa alguna al respecto.

Incidentalmente el Tribunal menciona el caso de la venta de los inmuebles, pero en abstracto, como una de las razones para fundamentar lo que él consideró un encargo fiduciario. Pero ya en concreto, como realización comercial, el Tribunal no habló de esa materia, porque tampoco fue planteada en instancia en debida forma. Y no lo fue, sin duda porque en la demanda se pidió rendición de cuentas, y se necesitaba esto para definir si en realidad hubo mayor valor en la venta de los lotes.

En ninguno de los hechos de la demanda se expresó que el Banco hubiera vendido, por más de lo establecido en la cláusula quinta, los mencionados inmuebles. Al contrario, en el hecho 19 se muestra que no hubo mayor valor de esos inmuebles, pues se dice que el Banco no empleó la diligencia que le correspondía para vender dentro de los diez y ocho meses los lotes "por un precio que excediese al valor de la deuda más los intereses".

En todo caso, el tema sobre exceso en la venta no ha sido materia del pleito, y no se puede alegar, por tanto, como un motivo de casación. Ese exceso no podía resultar —lo comprendió el actor— sino de un proceso sobre rendición de cuentas, a que no se llegó por la negativa del Tribunal, no atacada legalmente en la demanda de casación.

Rendición de cuentas

Se pidió en la demanda, según se copió al principio de este fallo: "Que como consecuencia, se ordene a la entidad demandada rendir cuentas sobre los negocios celebrados con el doctor Arroyo Díez". (Petición Tercera).

Esta fue la única declaración que hizo el Juzgado.

El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia, y expresó sobre el particular: "No es el caso de hacer en este juicio la declaración sobre rendición de cuentas".

Fundamentó el Tribunal esta declaración así: "La acción de cuentas, incluyendo su faz declarativa, está reglamentada en forma especial, según se ve en el Título XXXVIII del C. J. No es ventilable en trámite ordinario".

Ningún cargo formuló el recurrente sobre este tópico, pero cree conveniente la Sala, por vía de doctrina, glosar lo expuesto por la sentencia, porque contiene un error jurídico.

Una cosa es la obligación de rendir cuentas, y otra cosa es rendirlas. Para rendirlas, es decir, para que el Juez pueda ordenar su rendición, es preciso que se le pruebe que existe la obligación de rendirlas. Por eso dice el artículo 1122 que hace parte del Título citado por el Tribunal: "Si el demandante justifica su acción, el Juez ordena al demandado que rinda las cuentas". De manera que antes de esto, es preciso que aparezca la obligación de rendir cuentas, que fue lo pedido en la demanda. Se quería tener "una prueba" para acompañar a la demanda sobre rendición de cuentas, prueba que hay que presentar con esa demanda, según el artículo 1120 del mismo Título.

De esta suerte, no es aceptable lo que dice el Tribunal acerca de que la acción de cuentas de que trata el Título citado incluye su faz declarativa: no: la declarativa, una sentencia, una convención de las partes, etc., debe ser anterior al juicio sobre rendición de cuentas, pues con la demanda hay que presentar la prueba sobre la obligación de rendirlas, según ya se dijo.

Un procedimiento anterior al actual decía más concretamente: "Cuando la demanda no sea para que se rindan cuentas, sino para que se declare que alguno está en la obligación de rendirlas, se seguirá un juicio ordinario sin ninguna especialidad". (art. 148 Ley 140 de 1.902). Es el caso actual.

Como no prospera ninguno de los cargos, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarrelde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.—LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION

1.—Por ministerio de la ley, el juzgador tiene facultad para otorgar menos de lo pedido, y puede y debe hacerlo, en los casos previstos por ésta, no siendo tal irregularidad constitutiva de la omisión determinante de la causal 2ª de casación, por cuanto la sentencia contiene resolución sobre todas las peticiones deducidas oportunamente en el juicio.

2.—El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratista incumplido en todo o en parte de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante, y por éstos debe entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo del contrato; y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones; y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas).

Antecedentes:

En un documento privado suscrito por doña **Teresa Dussán de Esguerra** y por el señor **Teófilo Zajar**, fechado 15 de junio de 1945, se celebró un contrato de arrendamiento con estipulación de estas cláusulas principales:

"La primera o sea la contratante Dussan de Esguerra que en adelante se denominará la arrendadora, CEDE en arrendamiento al segundo, o sea al contratante Zajar, que se denominará el arrendatario: 1º—El edificio que ha venido ocupando el señor León Galat con el "Gran Hotel", situado en el ángulo que forman la calle 8ª con la carrera 6ª en la ciudad de Neiva.... 3º— El término del arrendamiento es el de tres años, a contar del 1º de enero de 1946, prorrogables a voluntad de ambas partes; 4º—El canon del arrendamiento será el primer año de 1946, el de $ 350.00; el del segundo año, o sea en 1947, será de $ 370.00; y el del tercer año, o sea en 1948, el canon será de $ 400.00". Estipulóse además, que la compradora quedaba obligada a hacer respetar en caso de venta del edificio, en el uso y goce del arrendamiento hasta el vencimiento del contrato.

Teófilo Zajar presentó ante el Juzgado 7º Civil de Bogotá, demanda contra Teresa Dussán de Esguerra, para que previa la tramitación de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la señora Teresa Dussan de Esguerra incumplió el contrato suscrito en Neiva el quince (15) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) por medio del cual dió ella en arrendamiento al señor Teófilo Zajar el edificio situado en la misma ciudad de Neiva, esquina de la calle octava (8ª) con la carrera sexta (6ª), distinguido con los números seis, cero, uno (6-01), seis-cero tres (6-03), seis cero cinco (6-05) y seis cero nueve (6-09) por la calle y ocho treinta y ocho (8-38), ocho cuarenta (8-40), ocho cuarenta y seis (8-46), ocho cuarenta y ocho (8-48), ocho cincuenta y seis (8-56) y ocho sesenta y dos (8-62) por la carrera, y alinderado según se dirá adelante.

"**Segunda.**—Que como consecuencia del incumplimiento por parte de la arrendadora ha quedado resuelto el contrato de arrendamiento mencionado en el aparte anterior.

"**Tercera.**—Que la señora Teresa Dussán de Esguerra es responsable de todos los perjuicios causados al señor Teófilo Zajar por haber incumplido dicha señora el contrato de arrendamiento a que se refieren los puntos anteriores.

"**Cuarta.**—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, la señora Teresa Dussán de Esguerra está obligada a pagar al señor Teófilo Zajar o a quien sus derechos represente, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia definitiva o dentro del término que ésta fije, el valor de todos los perjuicios que el incumplimiento del contrato por parte de la arrendadora ha causado y continuará causando al señor Zajar, los cuales serán estimados dentro de este juicio o separadamente; y,

"**Quinta.**— Que la señora Dussán de Esguerra está obligada a pagar las costas del juicio, si se opone".

Los fundamentos de hecho de la demanda se hacen consistir: en el incumplimiento del contrato por parte de la arrendadora señora Dussán de Esguerra, al no haberle entregado el edificio arrendado en la fecha fijada en el contrato, como tam poco haber hecho respetar por el comprador doctor Abel Ramírez, a quien le vendió el inmueble, según escritura 4252, otorgada el 17 de diciembre de 1946, y continuar el primitivo arrendatario Galat en uso del edificio y con destino a la explotación de la industria hotelera. Y en que el arren datario Zajar adquirió la dotación necesaria para el establecimiento de un hotel de primera categoría, con su bar anexo, en el nombrado edificio, negocio en el cual calcula haber podido obtener una utilidad mínima de $ 2.000.00 mensuales.

La demandada contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones, y a la vez presentó libelo de reconvención, alegando incumplimiento de su demandante del contrato o pacto verbal que modificó y condicionó el primitivo de arrendamiento, en el sentido de que Zajar pagaría a la señora de Esguerra, durante los trámites necesarios de la acción en contra del ocupante del edificio, señor Galat, los cánones a que se había comprometido pagar en el contrato principal, y que el mismo Zajar, bajo su responsabilidad, conseguiría un abogado en ejercicio de la profesión en Neiva, con el fin de promover todas las acciones necesarias para que Galat entregara el inmueble arrendado.

El juicio fue reconstruído de acuerdo con las normas del Decreto 1683 de 1948; y el juzgado del conocimiento desató la controversia por resolución de 10 de marzo de 1949, accediendo a las súplicas primera a cuarta de la demanda principal y negando las demás, así como las del libelo de reconvención. Con costas a cargo de la demandada. El apoderado de ésta apeló, y el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 31 de agosto de 1950, reformó la apelada en los términos siguientes:

"1°—Declárase resuelto el contrato de arrendamiento celebrado en Neiva el quince (15) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), por medio del cual Teresa Dussán de Esguerra arrendó a Teófilo Zajar el inmueble conocido con el nombre de "Gran Hotel".

"2°—En consecuencia, condénase a Teresa Dussán de Esguerra a restituír a Teófilo Zajar la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00).

"3°—Niéganse todas las demás peticiones de la demanda principal.

"4°—Niéganse todas las súplicas de la demanda de reconvención.

"5°—Sin costas en ninguna de las instancias".

Los soportes de la sentencia del Tribunal, consisten en que la acción promovida en la demanda principal se apoya en el Artículo 1983 del C. C., y en que el incumplimiento del arrendador en la entrega de la cosa arrendada da lugar a la resolución del contrato, y a la indemnización de perjui cios, y que como ese incumplimiento está demostrado en el juicio, aceptado por las partes, el arrendatario Zajar tiene derecho para desistir del contrato y que por ello se impone la resolución pedida.

En que, "la acción de resarcimiento de perjuicios, sea contractual o extracontractual, requiere la demostración de los tres elementos que la configuran, a saber: culpa, perjuicio y relación de causalidad entre estos extremos", siendo el perjuicio un elemento indispensable de la responsabilidad civil, porque ésta es una obligación de reparar un daño, si éste no existe, la obligación tampoco".

Tal concepto lo respalda el Tribunal con uno de Mazeaud y una doctrina de la Corte, y sostiene que hay diferencias entre una y otra responsabilidad civil en lo atinente a la prueba del perjuicio; que "la existencia del daño debe demostrarse siempre, porque es uno de los factores esenciales de la acción de resarcimiento. Aspecto distinto es lo relativo a su prueba. En la acción extracontractual la carga pesa sobre el demandante; en tanto que en la derivada del contrato, el perjuicio

se presume porque se dá en la generalidad de los casos y porque numerosas disposiciones legales sostienen tal conclusión. Pero en este caso, el deudor puede liberarse demostrando a su vez que el incumplimiento de la obligación a su cargo no irrogó perjuicio a su contraparte, salvo las obligaciones con cláusula penal y la mora de las obligaciones de dinero".

Agrega el Tribunal que la parte demandada ha alegado que en caso de que el incumplimiento se admita, él no le causó perjuicio alguno al demandante Zajar, y entra a estudiar este aspecto del problema planteado con apoyo en el artículo 593 del C. J., para afirmar que el debate queda circunscrito a los hechos aducidos por los contendores, que "nada extraño se puede probar, nada distinto es dable decidir, porque el perímetro de la relación procesal queda fijado invariablemente" y que en el hecho noveno del libelo principal se enuncian los daños que el demandante afirma haber sufrido con el incumplimiento del contrato, hecho que se transcribe en la sentencia, para apreciar las pruebas de la confesión del demandante, la Certificación de la Dirección Nacional de Turismo y la inspección ocular practicada en la primera instancia, y concluye:

"Luego el perjuicio afirmado en el hecho transcrito ha quedado desvirtuado, porque según el dictamen de los peritos (C. 2, f., 13), no ha habido ninguna depreciación de la dotación "ya que la depreciación que hubiera podido sufrir por el transcurso de tiempo nos parece compensada por la depreciación de la moneda, y además porque su dueño los usa en servicio en otro hotel que estableció". Y porque tampoco puede inferirse el lucro cesante, ya que los muebles y enseres se utilizaron en el Hotel Atlántico, y por cuanto no se ha demostrado que los negocios de hotel y bar en dos establecimientos de la misma categoría produzcan utilidades o pérdidas diferentes. Es verdad que los peritos que actuaron en esta instancia estimaron la utilidad mensual del Gran Hotel en $ 168.67, pero no se estableció que el Hotel Atlántico rindiera una utilidad menor. El perjuicio no es cierto. Cuando más eventual.

"En sentir del Juzgado, el daño se demostró "con evidencia en el expediente"; mas este aserto no se respaldó con un análisis de los elementos de convicción, sino que se formuló sin suficiente motivación. Faltando uno de los elementos esenciales de la acción de indemnización de perjuicios, ésta debe negarse".

Inmediatamente, trata el Tribunal la cuestión relacionada con la demanda de reconvención para negar sus súplicas por ausencia de prueba de las afirmaciones en ella contenidas.

Para terminar la motivación dice el Tribunal: "Decretada la resolución del contrato, se impone la restitución de las cosas al estado anterior, aun sin petición expresa al respecto.

"Como Teresa Dussán de Esguerra confesó haber recibido de Zajar la cantidad de un mil quinientos pesos a cuenta de cánones anticipados, y como éste no recibió el inmueble, se impone la restitución de tal cantidad".

El recurso

Contra el fallo de segundo grado se interpuso el recurso de casación, y legalmente aparejado como está, se procede a estudiarlo. Este viene fundado en las causales primera y segunda del Artículo 520 del C. J., y como se alega la última por incongruencia que se hace consistir en deficiencia del fallo por una parte, y en exceso por otra, la Corte principia el estudio de la demanda por esta causal.

Causal segunda.—"La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante".

La causal se desarrolla diciendo que el actor pide que se declare: que la demandada incumplió el contrato de arrendamiento, y consecuencialmente la resolución de éste, y la obligación de aquélla al pago de los perjuicios que su incumplimiento ocasionó. Que comprobados los extremos de la existencia del contrato y su incumplimiento, como lo estimó el Tribunal al decretar la resolución, de acuerdo con los artículos 1546 y 1983 del C. C., por ser una consecuencia necesaria de la resolución, ha debido condenar al pago de los perjuicios.

Que, "semejante proceder del Tribunal lo llevó, no obstante haber decidido al respecto, a dictar un fallo que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Tanto vale abstenerse de fallar sobre una petición de la demanda, como no estudiar la prueba de los hechos en que se funda y negarla. En cambio el Tribunal entra a decidir sobre una petición que no se hizo en la demanda: la devolución por parte de la arrendadora de la suma que había recibido a buena cuenta de los arrendamientos".

Se considera:

El propio recurrente observa que en el fallo no se dejó de considerar ni fallar sobre la súplica de la demanda relativa a la condena al pago de perjuicios, pero que por falta de estudio de la prueba de los hechos en que ella se funda, fue negada. Así las cosas, la deficiencia anotada no deja incompleto el fallo, porque el juzgador, por ministerio de la ley, tiene facultad para otorgar menos de lo pedido, y puede y debe hacerlo, en los casos previstos por ésta, no siendo tal irregularidad constitutiva de la omisión determinante de la causal de casación invocada, por cuanto la sentencia contiene resolución sobre todas las peticiones deducidas oportunamente en el juicio.

Tampoco hay exceso en lo fallado, porque la ordenación de restituír los mil quinientos pesos, recibidos por la demandada por concepto de anticipos de arrendamientos, es consecuencia del decreto de resolución del contrato, y como bien lo anota el Tribunal, es de las cosas que no necesitan petición expresa y debe hacerse de oficio.

Además, la formulación del cargo adolece de la falla técnica de invocarse la falta de apreciación de la prueba, siendo esto motivo determinante de la causal primera, según los términos del inciso 2º del artículo 520 del C. J. En consecuencia, no es viable el cargo.

Causal primera.—Cuatro cargos se formulan a través de esta causal: violación directa de la ley por haberla dejado de aplicar y subsidiariamente por interpretación errónea; y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Cargo Primero.— "La sentencia viola directamente los artículos 1546 y 1983 del C. C., por haberlos dejado de aplicar; o en subsidio, por haberlos interpretado erróneamente".

Porque: a). El actor ha probado plenamente la existencia del contrato, así como su incumplimiento por parte de la arrendadora. En consecuencia, surge de esos dos hechos, cargo del contratante incumplido, la obligación de indemnizar los perjuicios causados al otro pactante con el incumplimiento. La regulación de tales perjuicios bien puede hacerse dentro del juicio y entonces la sentencia habrá de condenar al pago de la suma en que hayan sido estimados; o puede el actor pedir una condenación en abstracto y posteriormente fijarse el monto de la indemnización. Pero, en uno y otro caso, la condenación debe hacerse, en obedecimiento a las disposiciones de los artículos 1546 y 1983 del C. C. Probados aquellos dos hechos, correspondía a la arrendadora demostrar que no causó perjuicios con su incumplimiento o que éste obedeció a caso fortuito o fuerza mayor o a cualquier otra causa que la exonere de su obligación.

b). De donde se deduce que el Tribunal no dio aplicación a los artículos citados, y que se estiman violados por esta causa. Si los hubiera aplicado habría hecho la condenación al pago de los perjuicios, en abstracto si no estaban lo suficientemente establecidos con la prueba que de ellos se dió, o en concreto, en el caso contrario, pero en uno u otro caso, el Tribunal ha debido condenar a la arrendadora al pago de los perjuicios, y

c). Subsidiariamente, se alega interpretación errónea de las mismas disposiciones, consistente en que el Tribunal consideró equivocadamente que de acuerdo con esas normas, para que se haga condenación al pago de perjuicios no le basta probar al actor el contrato y su incumplimiento, sino que debe demostrar además el perjuicio.

"En síntesis: o el Tribunal no aplicó en su totalidad los artículos 1546 y 1983 del C. C., porque habiendo declarado la resolución no condenó al pago de los perjuicios; o los interpretó erróneamente, si consideramos que sí los aplicó, por cuanto que entendió que el solo incumplimiento del contrato no es motivo suficiente para condenar al pago de perjuicios".

Cargo segundo.—La sentencia viola directamente los artículos 1757, 1613 y 1614 del C. C., por haberlos dejado de aplicar; o en subsidio por haber interpretado erróneamente el 1757 y dejado de aplicar los dos restantes".

Porque si el artículo 1757 del C. C., dispone que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas, y habiendo demostrado el actor en el juicio la existencia del contrato y su incumplimiento por el arrendatario nació para éste la obligación de indemnizar los perjuicios causados con el incumplimiento. "En esta situación a la arrendadora correspondía dar la prueba de su ausencia de culpa o de que su incumplimiento no había irrogado perjuicios a Zajar. O lo que es lo mismo: demostrada por Zajar la obligación de la demandada de pagarle perjuicios, era a ésta a quien incumbía demostrar alguna causa que la exonerara de tal obligación, de acuerdo con lo que manda el artículo 1757 del C. C. De donde se deduce que el Tribunal no lo aplicó y por ese motivo violó la citada disposición".

Alega el recurrente, subsidiariamente, violación por errónea interpretación de los artículos 1757,

1613 y 1614 del C. C., porque el Tribunal no los aplicó, si lo hubiera hecho "habría tenido que condenar al pago del lucro cesante que consistió en la suma de pesos que el demandante dejó de ganar en el hotel que iba a montar en la casa que le había tomado en arrendamiento a la señora Esguerra. Que esa condenación hubiera sido en suma determinada de pesos o en abstracto, no interesa. La demandada, si el Tribunal hubiera obedecido las normas de las disposiciones transcritas, habría sido condenada al pago del lucro cesante".

Se considera:

Los dos cargos que en síntesis se han dejado transcritos tienen los mismos fundamentos, y, por tanto, su estudio se hace en conjunto.

No existe la falta de aplicación de las normas citadas por el recurrente, como violadas por el Tribunal por este motivo, como tampoco por el subsidiario de interpretación errónea. Porque: la sentencia no desconoce la doctrina de esos preceptos, sino que con fundamento en ella, desató la litis, con base en las consideraciones sobre apreciación de las pruebas relativas a la demostración del elemento perjuicio, constitutivo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual. Si en esa apreciación ha habido error de hecho o de derecho, esto pertenece a otro orden de motivos, que aunque enmarcados en la primera causal de casación, son distintos e independientes del invocado, como que éste figura dentro de los señalados en el inciso 1º del artículo 520 del C. J., y aquéllos en el 2º ibidem.

"De otro lado, sabido es que el incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido en todo o en parte de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y que por éstos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato; y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones, y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte. (Artículo 1616 del C. C.) (Véase casación de 29 de octubre de 1945: G. J. Tomo 2019 a 2027 bis y a 2028 pág. 748).

Aplicando estas reglas, de la doctrina y la jurisprudencia, al caso sub-judice, no pudiendo imputársele dolo a la demandada en el incumplimiento de su obligación de entregar el inmueble arrendado, sólo es responsable de los perjuicios directos que pudieron preverse al tiempo del contrato, entre los cuales no sería dable enrolar las posibles ventajas que para el actor se hubieran derivado de la entrega del edificio objeto del contrato de arrendamiento y realizado con ello los negocios proyectados. De esas contingencias, es apenas natural inferir que las partes no las tuvieron ni las podían tener en mientes al momento de celebrarse el contrato, ni en ellas se podría hallar el fundamento seguro y serio para deducir un perjuicio actual y cierto para el demandante, cuando mucho, como lo afirma el Tribunal, uno eventual, pues del hecho de que un negocio proyectado no llegue a ejecutarse, no puede deducirse forzosamente que a quien pensaba realizarlo se le prive de una ventaja, ya que también se le puede evitar una pérdida. Y porque, como lo ha dicho la Corte: "Comprobar perjuicios es algo muy distinto de limitarse el actor a afirmar que los ha sufrido y a pedir que se avalúen". En cuanto al cargo por violación del artículo 1757 en relación con el 1613 y el 1614 del C. C., por inversión de la carga de la prueba, debe observarse que tal situación procesal no es exacta, pues el Tribunal acepta que en la acción derivada del contrato "el perjuicio se presume porque se dá en la generalidad de los casos y porque numerosas disposiciones legales sostienen tal conclusión. Pero el deudor puede liberarse demostrando que el incumplimiento de la obligación no irrogó daño a la contraparte, salvo en lo relativo a las obligaciones con cláusula penal y la mora en las de dinero", extremo que lo considera el fallador como demostrado con las pruebas de la confesión del demandante, la de inspección ocular y la pericial; entonces no se han violado esas disposiciones, porque las resoluciones que trae la sentencia corresponden a conclusiones jurídicas deducidas de un examen de pruebas, y los ataques contra ellas, no pueden desligarse de ese estudio para plantearlas en el terreno de la violación directa de la ley sustantiva, por falta de aplicación, en tal virtud se rechazan los cargos de violación directa de la ley sustantiva.

Cargos Tercero y Cuarto.—a). "El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación del dictamen pericial que se practicó en la segunda instancia del juicio, por medio del cual se estableció que el hotel que Teófilo Zajar se proponía montar en la casa que la había tomado en arrendamiento a la señora Dussán de Esguerra, habría podido producirle una renta líquida de $ 168.67 mensuales.

"Este dictamen —dice el recurrente— constituye plena prueba de que ésa habría sido la utilidad que Zajar hubiera derivado de tal negocio, es decir, prueba completa de que ése fue el lucro cesante que Zajar sufrió como consecuencia del incumplimiento por parte de la señora de Esguerra del contrato de arrendamiento. El Tribunal erró en derecho al negarle a ese experticio su condición de plena prueba del lucro cesante violando así el artículo 721 del C. J.; y erró en el hecho al considerar, contra la evidencia de los hechos, que del mismo dictamen no se deduce que Zajar sufrió una pérdida, un lucro cesante de $ 168.67 mensuales, dejado de ganar porque la señora de Esguerra no dió cumplimiento al contrato de arrendamiento.

"Ese doble error de hecho y de derecho llevó al Tribunal a violar los artículos 1613 y 1614 del C. C., porque estando demostrado que Zajar dejó de percibir una utilidad como consecuencia del incumplimiento del contrato, no se condenó a la arrendadora al pago del lucro cesante, es decir se dejaron de aplicar las mencionadas disposiciones", así como los artículos 1546 y 1983 ibidem.

b). "El Tribunal incurrió en error de hecho y derecho al estimar la confesión del demandante hecha en posiciones, y por consecuencia violó los artículos 1546, 1983 y 1757 del C. C.".

A la conclusión asentada por el Tribunal, no podía llegar, "sino por un doble error, de hecho y de derecho, en la interpretación y determinación del valor probatorio de la confesión que hizo el demandante. Consideró erróneamente que esa confesión probaba plenamente una causal de exculpación de la arrendadora; que no había causado ningún perjuicio su incumplimiento; y estimó erróneamente también, que por el hecho de haber montado Zajar dos hoteles en Neiva con posterioridad al 1º de enero de 1946, quedaba demostrado que no había sufrido ningún perjuicio al no serle entregada la casa del "Gran Hotel". Esos dos errores, de derecho el primero y de hecho el segundo, llevaron al Tribunal a infringir una vez más los artículos 1546 y 1983 del C. C., que ordenan condenar al pago de perjuicios, el uno a quien ha incumplido cualquier contrato bilateral y el otro al arrendador que por hecho o culpa suya ha dejado de entregar el bien". Además, el 1757, porque "no obstante que la arrendadora no probó que se había extinguido su obligación de indemnizar los perjuicios que hubiera causado al demandante, el Tribunal consideró que no existía tal obligación".

Se considera:

El sentenciador al abstenerse de condenar a la demandada al pago de los perjuicios reclamados por el actor con base en el incumplimiento del contrato de arrendamiento, no sólo fundamentó su decisión en el motivo de inexistencia del daño, sino que también estimó que aquéllos no estaban claramente especificados en la demanda ni demostrados en forma concreta en el juicio, y en la consideración de si ellos podían existir, no eran ciertos, sino meramente eventuales, por cuanto no se estableció la utilidad o la pérdida líquida del Hotel, concluyendo ante esta determinación por abstenerse de producir la condena pedida. Y como los últimos fundamentos por sí solos llevarían a la Corte a la misma solución a que llega la sentencia recurrida, pudiéndose agregar los de que en el contrato de arrendamiento se previó expresamente la situación en que se hallaba el edificio arrendado: la de estar en poder del primitivo arrendatario León Galat y la necesidad de promover una acción de lanzamiento contra éste, para que la arrendadora le fuera posible su entrega al nuevo inquilino. Y esta acción se intentó, sí, no con la intervención directa de Zajar, sí con su cooperación manifiesta, dándose así por sabedor de la posible imposibilidad en que aquélla podría encontrarse para hacer la entrega del edificio en la fecha señalada en el contrato, circunstancia que permite la oportunidad de aplicar el inciso 2º del artículo 1983 del C. C., que dispone: "Habrá lugar a esta indemnización, aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa, salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito". Lo que por otra parte descarta la culpa de la arrendadora en el incumplimiento del convenio. Así las cosas, aún hallándose justificados los reparos por errónea apreciación de pruebas, ellos no podrían prosperar por no incidir en las disposiciones de la sentencia.

Por todo lo expuesto, **la Corte Suprema de Justicia,** Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 31 de agosto de 1950, en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas.—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA.— CAUSAL TERCERA DE CASACION.— ALCANCE DE LA COSA JUZGADA.— DEMANDADA UNA COSA POR UN TITULO, PUEDE DEMANDARSE LUEGO POR OTRO TITULO

1.—La reivindicación o acción de dominio es la ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietaria. Se funda en la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin obtener la posesión, en virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del C. C., mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal presunción, debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste.

La principal condición para reivindicar, es que se acredite la calidad de dueño del demandante. No demuestra esta calidad quien de ella se ha despojado, por haber transmitido su dominio a un tercero.

2.—La acción reivindicatoria tiene como objeto, según el artículo 946 del Código Civil, una cosa singular, determinada y cierta, y ha de presentarse al fallador identificada claramente, con el objeto de precisar que lo que se reivindica por el demandante, es lo mismo que posee el demandado. También puede ser objeto de esta acción una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, según el artículo 949 del mismo Código.

3.—Para que el error de hecho prospere en casación, se requiere se presente con caracteres de evidencia tales que a simple vista abrume por su claridad.

4.—Para invocar útilmente la causal tercera de casación, se requiere, según el numeral tercero del artículo 520 del C. J., que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno aclaración de la sentencia y que, a pesar de ello, subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias.

5.—La fuerza de la cosa juzgada, por lo que a su objeto se refiere, se limita a la acción o derecho sobre el que se ha pedido se resuelva. No se extiende, por lo tanto, a acciones no propuestas. Demandada una cosa por un título, puede demandarse luego por otro distinto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.— Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas).

Ref.: Demanda de reivindicación de Lorenzo Medina contra "Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A.".

Antecedentes:

Ante el Juez del Circuito Civil de Istmina, el señor Lorenzo Medina, por medio de apoderado, demandó a la "Compañía Minera Chocó Pacífico S. A.", para que se declare que es dueño de los globos de tierra de "Torrá" y "Garralda", ubicados en el Municipio de Nóvita, por los linderos que se detallan; que en consecuencia se condene a la sociedad demandada a restituírselos dentro del término de cuarenta y ocho horas, con todos sus frutos y anexidades y por los perjuicios sufridos.

Subsidiariamente demanda se declare que Lorenzo Medina es propietario de la mitad de las mencionadas zonas de tierra, de las cuales es dueño en comunidad con los herederos de Víctor M. Calderón, y que se condene a la sociedad a restituírselas.

Manifiesta que adquirió por medio de la escritura 78 de 21 de octubre de 1904, en asocio con Víctor Manuel Calderón, los inmuebles que demanda, por compra a Manuel Emigdio Medina; que desde 1904 hasta principios del año de 1947 estuvo en posesión de esos bienes; que en 1906, Calderón le traspasó la cuota parte que le correspondía; que la empresa que demanda, amparada

en títulos provenientes de personas que no tienen allí derechos, se posesionó de los terrenos, los cuales explota para la extracción del mineral.

Notificada la compañía, en la persona de su Gerente, dió contestación negando los hechos y explicando que posee y explota las fincas que se le reclaman, por haberlas adquirido por diversos títulos, que enumera, y por haberle comprado allí al propio demandante sus derechos. Propone varias excepciones y entre ellas la de prescripción adquisitiva del dominio de los inmuebles que se litigan.

El Juzgado pronunció fallo con fecha veinticinco de agosto de 1949, negando en su totalidad las declaraciones solicitadas, por no haberse probado los hechos en que se fundamentan.

La sentencia recurrida

Por apelación, el proceso fue remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, donde a su turno se decidió la controversia, confirmando el apelado; se advierte que "se deja a salvo la acción del reivindicante, en lo relativo a su cuota proindiviso en el inmueble de "Garralda", etc.

De esta nueva decisión ocurrieron ante la Corte, tanto el demandante como el demandado.

Expresa el juzgador que no es posible acceder a las declaraciones impetradas, las principales, porque Lorenzo Medina no demostró ser dueño exclusivo de los bienes de "Torrá" y "Garralda" y en consecuencia no pudo pedir para sí la entrega total de dichos inmuebles; además, porque se demostró que había vendido el predio de "Torrá"; y las subsidiarias, porque de autos no consta que Medina sea propietario de una cuota correspondiente a la mitad que reclama; ni es posible precisar la parte adquirida con respecto al globo de "Garralda", en que sí demostró dominio, por ausencia de elementos para hacerlo.

El recurso

El demandante, con fundamento en el motivo primero de los indicados en el artículo 520 del C. J., acusa la sentencia, aduciendo los siguientes reparos:

Primero.—Violación de los artículos 789 del C. J., por aplicación indebida, y los artículos 2676, 2677, 2678, 2679 y 2681 del C. C., que regulan la forma como deben hacerse las cancelaciones de un registro de un acto público pasado ante Notario; los artículos 632 y 635 del C. J., por no haberle dado todo su valor a la escritura pública registrada número 78 de 1904, y el certificado del Registrador sobre la vigencia de su inscripción.

Igualmente cita como infringidos, los artículos 946, 950, 951 y 1759 del C. C., esta última disposición en cuanto "Las obligaciones y demás declaraciones de un instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes y sucesores".

Se extiende sobre la relatividad de los actos jurídicos, con cita de alguna de las sentencias de la Corte, por cuanto el Tribunal se negó a declarar la reivindicación propuesta, porque el demandado exhibió una escritura pública, según la cual el propio Medina había transferido el terreno de "Torrá", que reclama como dueño.

Segundo.—Dice el Tribunal que, en relación con el fundo de "Garralda", no hay cuota determinada para Medina y que por lo mismo no puede reivindicar, porque se ignora qué le correspondió en realidad en la venta que le hiciera Manuel Emigdio Medina. Aun cuando el sentenciador reconoce que Medina sí es comunero en el terreno de "Garralda" frente a la Chocó Pacífico, por cuya razón deja a salvo su derecho, niega la petición principal relativa a la reivindicación de todo el lote, y la subsidiaria respecto a la porción que pudiera corresponderle con Calderón, porque no fue posible determinar dicha porción o cuota en el indiviso.

Sostiene el recurrente, en relación con el concepto del juzgador que se acaba de expresar, que se cometió error de hecho al apreciar la escritura número 78 de 1904, ya que allí se determina claramente la parte que en el terreno se señaló a cada comprador, cuando se dice ".. advirtiendo que de la parte de abajo de los expresados terrenos, la misma que linda con terrenos de propiedad de la señora Rudesinda Saavedra y los que el vendedor Manuel Emigdio Medina se reserva como propietario, le corresponderán al comprador José Lorenzo Medina; y la parte de arriba, es decir, de la lomita de Tello para abajo, le corresponde por mitad al comprador Calderón...".

Que por la mentada escritura número 78, se dividió el bien en dos porciones, la de arriba y la de abajo, y se marcaron puntos de referencia física para señalarles su ámbito.

Que el sentenciador violó el artículo 949 del C. C., porque ha negado al dueño de una cuota determinada en una comunidad, el derecho de obte-

ner la restitución de esa porción. Que la zona de la parte de arriba termina en donde se inicia la de la parte de abajo.

Señala además como violados los artículos 946, 947 y 950 del C. C.

Para resolver, se considera:

El Tribunal declara que no es posible acceder a la acción reivindicatoria propuesta con respecto al inmueble de "Torrá" por cuanto el demandante carece del derecho de dominio que invoca, por no haber demostrado que radica éste sobre su cabeza, con lo cual, una de las condiciones esenciales de la acción, la calidad de dueño, no fue acreditada.

La reivindicación o acción de dominio, es la ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietaria. Se funda en la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin obtener la posesión. En virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del C. C., mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal presunción, debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste (G. J. Tomo 58, pág. 579).

La principal condición para reivindicar, es que se acredite la calidad de dueño del demandante. No demuestra esta calidad quien de ella se ha despojado por haber trasmitido su dominio a un tercero.

El demandante ya no tenía la calidad de propietario que alega; por consiguiente, su acción estaba destinada al fracaso. No se han violado, pues, los preceptos que se mencionan, por este motivo.

En cuanto al segundo reparo, se tiene:

La acción reivindicatoria tiene como objeto, según el artículo 946 del Código Civil, una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta, y ha de presentarse al fallador identificada claramente, con el objeto de precisar que lo que se reivindica por el demandante, es lo mismo que posee el demandado. También puede ser objeto de esta acción, una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular, según el artículo 949 del mismo Código.

No fue una cuota parte del predio de "Garralda", lo que don Emigdio vendió a Medina y Calderón, sino una zona de tierra, señalándole la de abajo al primero, y la de arriba al segundo, precisando ciertos puntos para hacer la división material; de ahí que la determinación del globo de tierra que en el predio de "Garralda" le correspondiera al demandante, según su título, fue lo que no pudo establecerse, careciendo, en consecuencia, la acción de dominio que se estudia, de uno de los requisitos indispensables para su prosperidad, cual es el de que se trate, como ya se dijo, de una cosa singular, precisamente individualizada desde el doble punto de vista del dominio del demandante y la posesión del demandado.

Para que el error de hecho prospere en casación, se requiere se presente con caracteres de evidencia tales, que a simple vista abrume por su claridad.

Basta leer la forma como se hizo la enajenación del predio de "Garralda" en la escritura 78 de 1904, para comprobar la indeterminación de lo que por tal instrumento se traspasó al demandante Medina. Especialmente esta circunstancia aparece de la cláusula quinta, donde se hizo constar:

"... advirtiendo que la parte de abajo de los expresados terrenos, la misma que linda con los terrenos de propiedad de los herederos de la señora Rudesinda Saavedra y los que el vendedor Medina se reserva como propios, le corresponderán al comprador Lorenzo Medina; la parte de arriba, es decir, la de "Lomita de Tello" para abajo le corresponde de por mitad al comprador Calderón". (sic).

Se delimitó en general el predio cuyo dominio se trasmitía, en parte a Calderón y en parte a Medina, y se establecieron reglas para su división. La zona de abajo para Medina y la de arriba para Calderón, a partir de la Lomita de Tello. El bien quedó, pues, en comunidad, y ésta no había sido liquidada para la fecha de la demanda; no podía, pues, el actor reclamar para sí la zona que aún no se le había demarcado, ni precisado su cuota en el indiviso, y por lo tanto, no se sabía si dentro de la propiedad de Medina se halla localizada la zona que explota la sociedad minera.

Careciendo la acción de dominio que se estudia de uno de los requisitos o condiciones esenciales para su progreso, el Tribunal no pudo hacer otra cosa que negar los pedimentos de la demanda.

Se declara, pues, sin fundamento el cargo.

Recurso de la sociedad demandada

Se querella de que la sentencia en su parte re-

solutiva contiene declaraciones o disposiciones contradictorias, lo que le da base para acusar por la causal tercera de las determinadas en el artículo 520 del C. J., y a la vez ataca el fallo por la primera, por violación directa de ley sustantiva. Esta última la sustenta en que los jueces no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio, la solución de cuestiones planteadas en el proceso.

Cree que, al absolver el juzgador de todos los cargos y decir a continuación que deja "a salvo la acción del reivindicante en lo relativo a su cuota proindiviso en el inmueble de "Garralda", se contradice por una parte y por la otra, deja para una solución posterior lo que ha sido materia del debate. Estima violados los artículos 481 del C. J., y 949 del C. C.

Se considera:

"Para invocar útilmente la causal tercera, ha dicho la Corte, se requiere, según el tenor del numeral tercero del artículo 520 del C. J., que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno aclaración de la sentencia y que a pesar de ello subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". (Casación, Tomo 61, página 107, y Tomo 64, página 726).

El demandado, si creyó el fallo contradictorio, ha debido pedir oportunamente su aclaración.

El Tribunal decidió, en su totalidad, las cuestiones que fueron materia del pleito, con observancia del artículo 481 del C. J.

La causa o razón de la demanda, la **causa petendi** en el presente proceso, está determinada para la acción principal, en la solicitud de Lorenzo Medina para que se le declare dueño de los globos de tierra de "Torrá" y "Garralda", por haberlos adquirido por compra a Manuel Emigdio Medina, en comunidad con Manuel Calderón, por medio de la escritura número 78 de 21 de octubre de 1904, y luego por haberle comprado su parte al condueño; y para la acción subsidiaria, en la petición para que al propio demandado se le declare dueño de la mitad de las mismas parcelas de tierra apoyada en la indicada compra, de donde desprende su derecho a una porción delimitada de los predios. Tales circunstancias no las encontró establecidas el sentenciador, pero observa que, con respecto al inmueble de "Garralda", sí probó el demandante su derecho de comunero, que deja a salvo.

Sabido es que la fuerza de la cosa juzgada, por lo que a su objeto se refiere, se limita a la acción o derecho sobre el que ha pedido se resuelva. No se extiende, por lo tanto, a acciones no propuestas. Demandada una cosa por un título, puede demandarse luego por otro distinto.

La Corte no adelanta concepto sobre si pudiera o nó existir otra causa de pedir, no resuelta en el proceso, pero sí anota que nada dejó pendiente el Tribunal en su fallo, con respecto a los puntos materia del debate.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

S E N T E N C I A :

Por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, de fecha catorce de septiembre de mil novecientos cincuenta.

Sin costas, por haber recurrido ambas partes.

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

Luis Enrique Cuervo.—Pablo Emilio Manotas.

Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

TECNICA DE CASACION—LOS ERRORES EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA NO DAN BASE A LA CAUSAL SEGUNDA

1.—Si no se tuvo en cuenta por el Tribunal como una objeción la glosa mencionada, se interpretó mal el pliego de objeciones, y entonces no se puede colocar el caso dentro de la causal segunda, como se ha hecho en la demanda de casación.

2.—La casación no da campo para una crítica libre y explayada, como si se tratara de instancias, porque para ella la ley ha creado moldes de que la Corte no puede salirse.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía).

La demanda de casación en este proceso cubre más de sesenta páginas de escritura en máquina, a doble tinta, y en ella se da razón de todas las incidencias procesales y se repiten y amplían todas las alegaciones de instancias, de manera abigarrada y en tropel, sin que en esa demanda tan extraordinariamente extensa se haya cumplido una sola regla de casación, no obstante que se trata de un caso muy simple y muy concreto, sin problemas jurídicos, como se ve:

Se ordenó a un albacea que rindiera cuentas de su encargo, y las presentó ciertamente, muy detalladas y claras, pero no en forma documentada. Entonces el demandante, que lo es Alfredo Paredes, negó la eficacia de las cuentas por no estar comprobadas, presentó por su parte otras cuentas, tal como él considera que han debido ser rendidas por el albacea, con un saldo a cargo de éste por $ 20.160.97, y presentó también un pliego de objeciones a las cuentas del albacea, en número de nueve, pliego que precisamente se titula así: "Objeciones".

El Juez ordenó correr traslado de ese "memorial de objeciones" al albacea, que lo es José María Navarrete, quien se refirió a él negándoles mérito a las nueve objeciones, e hizo caso omiso de las cuentas que por su parte presentó quien las estaba pidiendo, y que titula "Cuenta de administración y gestión del cargo de albacea", y pasó por alto también las "observaciones" acompañadas a estas cuentas.

Así, enfrentadas las nueve objeciones del actor Paredes y el estudio que de cada una de ellas hizo el albacea Navarrete para contradecirlas, se entró en la etapa del juicio ordinario (art. 1132 C. J.) con un solo objetivo —las cuentas presentadas por el albacea— y con las dos alas de toda controversia judicial, la del actor con su memorial de objeciones, y la del albacea demandado con el suyo en que rechaza estas objeciones y reafirma el valor de las cuentas que tiene presentadas.

Después del período probatorio el Juzgado dictó sentencia en la cual declara probadas unas de las objeciones, no probadas la 5ª y la 7ª, a la vez que deduce un saldo contra el albacea por valor de $ 5.324.14, y regula los honorarios de éste en la suma de $ 4.000.

Ambas partes apelaron de la sentencia del Juez, y el Tribunal Superior de Pasto, por la suya de veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, reformó el fallo apelado, declarando probadas unas objeciones, y no probadas e inaceptables las objeciones 1ª, 5ª y 7ª. El Tribunal redujo el saldo a cargo del albacea a la suma de $ 3.068,14.

Sólo la parte del demandante Paredes interpuso el recurso de casación, y se entra a su estudio.

Casación

El recurrente hace de las dos sentencias de instancia una sola, para transcribirlas en gran parte, y rebatirlas en forma de polémica y de controversia, sin caer en la cuenta que el recurso extraordinario exige un estilo mesurado, conciso, de planteamientos ordenados que muestren descarnadamente una diferencia entre determinados conceptos del Tribunal y las tesis que propugna el recurrente, o una clara divergencia entre la aplicación que de la ley se hizo en la sentencia y la aplicación que ha debido hacerse, de acuerdo con los puntos de vista del recurrente, o una desarmonía entre los pronunciamientos del fallo y el derecho que el recurrente tiene como el legítimo.

Confundir esto con un ataque global contra las sentencias de instancia, y no adoptar la argumentación esquemática y concisa que el recurso exige, sino envolver éste en una intemperancia conceptual de la cual es difícil, y más que difícil, imposible, desentrañar el pensamiento del recurrente y captar siquiera los lineamientos del cargo que se pretende presentar, es ya ir tras el insuceso.

Esa confusión de las sentencias de instancia y esa intemperancia de que se habla son graves anomalías de la demanda de casación que se está considerando.

En armonía con estos puntos de vista, dijo la Corte lo siguiente que es una verdadera radiografía de la demanda a estudio:

"La demanda de casación es un extenso y deshilvanado escrito concebido sin sujeción a las indicaciones de la ley, ni a las enseñanzas de la jurisprudencia; su autor para redactarla debió seguir mentalmente la forma exterior de las demandas con que se inician las controversias civiles, y la dividió en forma tal que recuerda esas manifestaciones del derecho de acción: parte petitoria, fundamentos de derecho, relato circunstanciado de los hechos, etc.; de esa deplorable confusión formal y doctrinaria entre el juicio y el recurso extraordinario de casación, y entre la demanda con que aquél se origina y la que ha de servir de base al segundo, se deriva como es obvio el insuceso del recurso. Ni siquiera se halla a lo largo del dicho escrito la invocación de alguna de las causales que la ley ha instituído como medios de acceso a la casación, de donde resulta que, aunque pudiera llegar a interpretarse la demanda en orden a aislar dentro de su profusión de conceptos alguno hábil para los fines del recurso, no podría vincularse a causal alguna de las detalladas en el artículo 520 del C. J.

"La casación está configurada en nuestro derecho como un recurso de los llamados 'en relación' porque en ellos quien los decide no tiene libertad para juzgar sobre la providencia impugnada, sino que ha de seguir estrictamente la vía que el recurrente señale, y si ésta es inconducente la gestión fracasa porque al juzgador no le es dado el examen abierto y sin obstáculo, al alcance de los falladores de instancia". (G. J. 2050, pág. 735).

El recurrente inicia su demanda así: "Con base en el artículo 520 —numeral 1º— del C. J., acuso el fallo, así conformado, como violatorio de la ley sustantiva, por las causales concurrentes de violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea del derecho concerniente a las cosas y hechos de la demanda, incluso con incidencia de falta de la debida apreciación o mala apreciación de probanzas, con error de hecho y de derecho; o por alguna o algunas de las expresadas circunstancias causales, si se estimare que no han concurrido todas a operar la violación del derecho. También acuso al fallo, de conformidad con el numeral 2º del artículo 520, por no estar en consonancia con las peticiones oportunamente deducidas".

Se verá cómo discrimina el recurrente todos estos casos, sencillos si se consideran uno a uno, inaceptables si se quiere hacer de los de la primera causal una base de argumentación considerándolos en conjunto. Y para ello se hará examen de los once capítulos en que el recurrente trata de establecer cargos contra la sentencia.

CAPITULO I

Así presenta este cargo el recurrente: "Violación de ley sustantiva.—Infracción directa.—Aplicación indebida. — Interpretación errónea. — Incidencia de error de hecho y de derecho sobre pruebas".

Como se ve, toda la gama de casos a que se refiere la causal primera de casación del artículo 520 del C. Judicial, que versa sobre violación de ley sustantiva, causal que por cierto no se menciona, la aplica el recurrente al "Rechazo de la Glosa Primera o Principal".

Ya se dijo que el actor, fuera del pliego de objeciones a las cuentas presentadas por el albacea, presentó otras suyas, y también unas observaciones. A esto llama el recurrente glosa primera o principal, y expresa: "El Tribunal, siguiendo al Juzgado, ni siquiera considera como glosa y rechaza lo que, con el rubro de observación general y en la forma de una cuenta o balance comprobatorio, se formula para deducir al responsable un primer cargo o débito por $ 20.160.97, haciendo una reconstrucción de la verdadera y legal cuenta que debió rendir para merecer aprobación".

En seguida transcribe lo que sobre el caso dijeron el Tribunal y el Juzgado, y entra a buscar razones para sostener su cuenta frente a la presentada por el albacea, y a criticar de una vez la sentencia del Juez y la del Tribunal, todo en diez y ocho páginas que registran sólo estos puntos de derecho:

Dice el recurrente sobre lo que él llama glosa principal: "De modo que los artículos 1129, 1130

y 1131 del C. J., son los que precisamente ha contrariado el Juzgado de la causa y el Tribunal, en su sentido natural y obvio, al interpretar y rechazar acomodaticiamente esa glosa principal formulada en forma de balance y con un concreto resultado".

Estos artículos se refieren al trámite del juicio especial de cuentas.

Más adelante, sosteniendo no ya sus cuentas sino refiriéndose a las rendidas por el albacea, y a los descargos correspondientes, dice que la prueba sobre ello, es decir, sobre "su veracidad, legalidad o legitimidad correspondía darla a quien rindió la cuenta, al tenor de los artículos 575, 1358, aplicable por tomarse tenencia de bienes al albacea, 1366, 2181, 1757, 2311 aplicables para la ulterior cuestión de hecho, y concordntes del C. C., en relación con los artículos 595 y 597 y concordantes del C. J.".

Y finaliza así: "En conclusión, resultan demostradas las violaciones directa o indirectas a la ley sustantiva, por el desconocimiento de la glosa principal que me ocupa". (Esta que el recurrente llama glosa principal, no figuró en el pleito de las nueve objeciones, uno de los objetos del juicio).

Todo esto, que es una confusión, se convierte en un verdadero galimatías al leer lo siguiente: Se advierte que el cargo que me ocupa, en el orden de numeración, ocupa el lugar undécimo y no el décimo.

De esta suerte, después de aplicar a los negocios tan largamente considerados la causal primera del artículo 520 del C. Judicial sobre violación de ley sustantiva, aunque exponiendo indiscriminadamente todos los casos de esa causal, a última hora se viene a decir que el caso a estudio queda colocado dentro del capítulo undécimo de la demanda de casación, de manera que es preciso dar un salto hacia este Capítulo, abandonando, claro está, toda consideración sobre violación de ley sustantiva, en forma directa o indirecta tal como ha sido planteada, para entrar en otra causal, la del Capítulo undécimo, que dice: "Disconformidad del fallo con las peticiones —Discordancia: Desacuerdo de la sentencia con las peticiones oportunamente deducidas". Lo cual se refiere, aunque no lo expresa el recurrente, a la causal segunda del artículo 520 citado, que trata de desarmonía entre lo pedido y lo sentenciado. El caso de ese Capítulo undécimo se presenta así:

"Los predicamentos del fallo recurrido y que se acaba de analizar por lo tocante a su contrariedad con el derecho y con los hechos deducidos, **parecen (parecen,** dice el recurrente) tener una faz o aspecto que induce a pensar en la falta de consonancia con las peticiones oportunamente deducidas, por estas razones:

"El H. Tribunal no falló, ni dijo nada en su sentencia respecto de los intereses legales demandados sobre el saldo débito deducido al responsable. Tampoco falló en orden a la efectividad de la obligación declarada desde la ejecutoria del fallo.

"La sentencia recurrida **parece** no considerar como objeción la glosa preliminar y general del balance comprobatorio. En la glosa parcial novena no se considera, ni se falla sobre la recapitulación de los cargos. En algunas otras glosas se ha dejado de fallar sobre puntos pedidos". (**Parece,** vuelve a decir el recurrente).

Esto es cuanto se dice en este capítulo undécimo, y se entra a estudiar el caso planteado.

El Tribunal, confirmando la tesis del Juzgado, no encontró admisible como elemento de las cuentas lo que el recurrente llama glosa principal, compuesta de la cuenta que por su parte presentó y de unas observaciones. El Tribunal tuvo como elementos de debate solamente las cuentas presentadas por el albacea, las objeciones del actor y la contestación del albacea a esas objeciones. Estas objeciones, muy determinadas por el actor, venían a ser entonces como una demanda en el ordinario que surgió, y la aceptación o rechazo de esas objeciones venía a ser la contestación de esa demanda. Así se presentó al debate, así anduvo durante el período de pruebas, así se falló en primera instancia, así se falló en la segunda considerándose las nueve objeciones del actor, y así se aceptó tácitamente por la parte del recurrente, cuando al alegar de conclusión en la primera instancia, no sostuvo la llamada "glosa principal", sino que se concretó a la defensa de las "objeciones" que en número de nueve había presentado en oportunidad.

Qué se le puede entonces atribuír al Tribunal? Esto único, que el recurrente acepta en alguna parte de su demanda de casación: una mala interpretación del pliego de objeciones, que equivale aquí a la demanda; es decir, que en la sentencia no se tuvo como objeción lo que el recurrente estima que tenía ese carácter. En su demanda el recurrente dice: "Son violatorias de la ley y erróneas, tocante a la interpretación de la demanda y de los hechos presupuestados", las argumentacio-

nes del Juzgado y del Tribunal para no tener como objeción la llamada glosa principal.

De manera que si no se tuvo en cuenta por el Tribunal como una objeción la glosa mencionada, se interpretó mal el pliego de objeciones, como lo acepta el recurrente, y entonces no se puede colocar el caso dentro de la causal segunda, como se ha hecho en la demanda de casación.

De otro lado, es inaceptable este desorden procesal: Sobre el "rechazo de la glosa principal" de que habla el recurrente, se afirmó una violación de ley sustantiva en todos los casos de la causal primera de casación ("infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea, error de hecho y de derecho sobre pruebas"), indicando sin duda que todos esos casos se pueden referir sin discriminación a una situación dada, que a última hora no fue la de violación directa o indirecta de la ley, sino a una incongruencia de que trata la causal segunda. Además, en el curso del Capítulo se citaron unos textos legales "y sus concordantes", sin decir en qué forma se violaron, por qué motivo, cuándo y cómo, y se hizo invocación de textos "concordantes", es decir no mencionados, como si en el recurso se pudieran señalar y analizar oficiosamente textos legales que el recurrente no mencionó.

No prospera el cargo del Capítulo I, que a última hora es el XI.

CAPITULO II:

Se titula este Capítulo "Rechazo de la objeción primera", y se refiere la objeción a los honorarios por $ 1.520, pagados a un abogado, pues dice el recurrente que se trataba de un abogado particular del albacea, y no de la sucesión. El Tribunal hizo examen de esta objeción, y la rechazó porque llegó a la conclusión de que el abogado lo fue de la sucesión y no del albacea.

El recurrente hace trascripción de todo lo que al efecto dijeron el Juez y el Tribunal, doliéndose de que sobre los servicios del abogado no hay prueba completa acerca de que tales servicios le hubieran sido prestados a la sucesión, hace a través de su exposición estas afirmaciones:

a). "Las pruebas, y más las documentales, deben estar en el juicio y legalmente agregadas a los autos de conformidad con el artículo 597 y concordantes del C. J., como bien lo dice el Juez".

b). El Tribunal está contrariando este precepto en relación con el artículo 1757 del C. C.

c). Dice en otra parte el recurrente que tratándose de servicios de un abogado, de un alto valor, "era de necesidad legal la prueba del contrato escrito al tenor del art. 91 de la Ley 153 de 1887, indirectamente contrariado".

d). Dice además que se trataba de "un curador de facto, bajo el ángulo del art. 515 del C. C., y concordantes", de manera que su obligación era más estricta.

e). Observa en seguida: "Por lo estatuído en los artículos 1333, 1341 y 1342 del C. C., se advierte y se palpa que al albacea, menos sin tenencia de bienes, no corresponde propiamente promover y seguir el juicio sucesional".

f). Hace por último esta otra observación: "Además, como se trataba de un gasto anexo a la apertura de la sucesión, caso de ser justo y efectivo, al tenor del artículo 1016 numeral 1º, del C. C., tenía que figurar como pasivo en los inventarios".

Y para terminar el Capítulo, enlaza el recurrente todas estas diseminadas tesis que se recogen de su larga exposición, con el siguiente párrafo: "Al ser negada, por tan fútiles razones una objeción más que justa, se ha infringido el derecho en las disposiciones ya citadas y sus concordantes".

Cuál de las causales de casación se ha invocado en este Capítulo? Ninguna.

Qué texto sustantivo, concreto, y no lo es cuando se habla de disposiciones concordantes, se ha invocado como violado? Ninguno. Se acaba de ver que se habla de "disposiciones ya citadas y sus concordantes".

Por qué concepto han sido violados los textos a que el recurrente cree referirse? No se dice.

Si el recurrente considera que han sido violados textos sustantivos, ha dicho acaso si por infracción directa, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea, o por haber incurrido el Tribunal en un error de derecho o en uno evidente de hecho que condujo a la violación?

Se trata de quejas en el aire, de simples sugestiones, de imaginarias violaciones. No se para en mientes en el artículo 531 del C. J., que señala los requisitos que debe cumplir una demanda de casación, en los cuales figuran la enunciación de la causal, la cita precisa de los textos legales que se consideran violados, la exposición clara de los

fundamentos de la causal y de los conceptos acerca de las violaciones. Y se olvida además sobre estas cuestiones que la casación no dá campo para una crítica libre y explayada, como si se tratara de instancias, porque para ella la ley ha creado moldes de que la Corte no puede salirse.

Estas doctrinas las ha expuesto la Corte en distintas ocasiones, como se vé:

"La demanda de casación no es precisamente un modelo de técnica, pues en el primer cargo habla el recurrente de violación de ley sustantiva "por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea", sin determinar el concepto en que considera infringidos los artículos que cita, como si pudieran coexistir las tres especies de violación, y en el segundo habla de violación por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, como si fuera lo mismo apreciarla equivocadamente que dejar de apreciarla, y sin hacer la acusación por error de derecho, o por error de hecho que aparezca de manifiesto, como lo ordena expresamente el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial. Desde un punto de vista rigurosamente técnico habría que rechazar, por este solo aspecto, el recurso. No obstante se entra a considerarlo en el fondo". (G. J. Nº 2006-página 138).

"Copiosa y constante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos de casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón o aspecto porque lo hayan sido. Esto, en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera concreta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del Código Judicial". (G. J. Nº 2029. pág. 145). No tienen fundamento las quejas de este Capítulo.

CAPITULO III

Trata sobre el "rechazo de la objeción especial segunda".

En la sucesión fue adjudicado el fundo "Catambuco" a unos legatarios. En tal fundo pastaban unos ganados de la sucesión, que debían ser vendidos. Con los legatarios celebró el albacea un contrato sobre pastaje de los ganados, y dice el recurrente: "Desde que el testador impuso al albacea pagar toda una masa de legados vendiendo, entre otros bienes, sus cuantiosos ganados que pastaban en el fundo "Catambuco", era natural y presumible que su voluntad fue la de que se mantengan en ese predio mientras se podían hacer ventas cómodas y arreglar los asuntos sucesionales, para hacer esas cosas antes de entregar el legado de Catambuco".

Discutió entonces largamente sobre el momento en que los legatarios llegaron a ser propietarios del Catambuco, y no aceptó que se hubiera celebrado con ellos un contrato sobre pastaje durante un período que él consideraba fuera del derecho de esos legatarios, período que principió a la muerte del testador. En el Tribunal se aceptó la tesis de que el derecho de los legatarios principió al morir el testador, y accedió en parte a la objeción, reduciendo a $ 2.900 el renglón que el albacea presentó por $ 3.800 como deuda de la sucesión.

En su dilatada exposición sobre estos temas apunta el recurrente todo esto:

"Aunque la herencia y el legado se defieren desde la muerte del testador, sólo el heredero alcanza la posesión de la herencia como está previsto por el artículo 757 del C. C.";

Antes de la entrega de los legados hay que seguir el juicio de sucesión, para que los interesados se hagan reconocer, para practicar inventarios, pagar deudas, etc., de acuerdo con el artículo 1016 del C. C., y concordantes;

El artículo 1279 del C. C., impone la previa aceptación de la herencia;

Según el artículo 1347 del C. C., el albacea sin tenencia pagará los legados "pero exigiendo previamente a los herederos o al curador el dinero o las especies muebles o inmuebles en que consisten los legados";

El artículo 1431 del C. C., previene que primero se paga a los acreedores hereditarios y luego se satisfacen los legados; y "mal podía entonces el albacea sin tenencia de bienes entregar el fundo Catambuco desde la muerte del testador";

El albacea no podía hacer el negocio de los pastajes con sus hermanas y sobrinas legítimas al tenor del artículo 501 del C. C., aplicable al albacea a virtud del artículo 1351 del mismo Código;

El Juez de la sucesión indicó al albacea la necesidad de mantener los bienes relictos a las me-

didas preventivas del secuestro autorizadas por los artículos 901, 904 y 895 del C. J.; y

El artículo 970 del C. J., previene que los legados no se deben entregar sino después de aprobados los inventarios.

Y termina así el Capítulo en el cual no se invoca causal ninguna: "Por tanto, el rechazo parcial de la glosa se hizo contra derecho y con infracción de las disposiciones ya anunciadas, con incidencia de error de hecho al aceptar como prueba de descargos la simple referencia de peritos sobre haber visto en poder del albacea papeles con faz de comprobantes".

Como se ha visto y dicho, las disposiciones legales citadas diseminadamente por el recurrente, lo han sido de manera expositiva. Sobre ninguna de ellas se formula una violación concreta, y su sola lectura deja ver que al rededor de varias podía haber una violación directa y no indirecta.

Por qué concepto se violaron esas disposiciones? Por mala apreciación, por aplicación indebida, por interpretación errónea que indujo a un error de hecho evidente, o por qué? No se dice.

De otro lado, el Tribunal desechó la glosa en mucha parte con base en el documento sobre arrendamiento del fundo, y no en el dicho de peritos. Dice la sentencia: "El arrendamiento de ese predio aparece acreditado con el respectivo contrato". El Tribunal no habla de referencias de peritos al dar por probado el arrendamiento, como lo expresa el recurrente. Habla de un contrato, y sobre éste ha debido versar en concreto la queja.

Nada hay, pues, aceptable en el Capítulo que se examina.

CAPITULO IV

Versa sobre "el rechazo parcial de la objeción especial tercera", y se refiere al pago por misas, lápida, bóveda y traslado de los restos mortales del testador.

El recurrente, advirtiendo que no se aparta de un espíritu cristiano, desconoce esos gastos, porque semejantes por el alma del testador hizo el actor y porque el albacea no estaba autorizado para realizarlos. En las cuentas lo gastado se hace subir a $ 446, y el Tribunal modifica esto diciendo que el renglón debe reducirse a $ 346.

Dice el recurrente tratando de los gastos en mención, que el albacea "no podía obligar a la sucesión como agente oficioso, al tenor de los artículos 2309, 2312 y concordantes del C. C.".

Y remata el Capítulo, sin siquiera argumentar sobre estos textos legales, diciendo solamente: "El rechazo parcial de la glosa por parte del Tribunal y en contrariedad con el Juzgado de la causa, se ha operado contrariando al derecho y a su interpretación doctrinal constantemente sostenida sobre aquellos presuntos gastos".

Aquí ni siquiera se guardaron apariencias sobre lo que es un cargo en casación, de manera que se puede decir que el Capítulo que se estudia no da razón de ninguna queja contra la sentencia recurrida.

CAPITULO V

Se refiere a la objeción cuarta y trata del rechazo que hace el recurrente por pagos de impuestos de asignaciones, renta, patrimonio y catastro. El Tribunal aceptó la objeción en parte, y dijo: "Esta objeción prospera así: $ 1.369,10 pagados indebidamente por impuestos correspondientes a los legados; $ 225,59 pagados indebidamente por impuestos de catastro de bienes que ya manejaban los legatarios. Vale la imputación de esta objeción, $ 1.549,69".

No se conformó con esto el recurrente, pues considera que la suma cargada al albacea por impuesto de legados ha debido ser mayor, y dice: "El artículo 1017 del C. C., es general para los impuestos fiscales que deben gravar cuotas o cosas de legados. Si se pagó o se obligó a pagar, debía pedirse las respectivas cuotas a los legatarios".

Es cuanto en este Capítulo se lee en relación con textos legales. Se violó aquel artículo? No se dice en qué forma. No se cumple una sola regla de casación, y sin embargo, se remata así el Capítulo: "El rechazo parcial de la glosa se ha decretado contra derecho y contra infracción de la disposición citada y concordantes y relacionadas con la imposición, en cuanto es el dueño del patrimonio y el poseedor de la renta los sujetos al impuesto". Y agrega, como si hubiera hecho todo lo que había que hacer: "Queda justificada la impugnación a esta parte del fallo".

Se puede decir que nada de importancia se ha dicho en este Capítulo.

CAPITULO VI

Se refiere este capítulo al renglón de las cuentas sobre pago de unos peritos. El Tribunal sostiene que ese pago es de la sucesión, mientras que el recurrente sostiene que corresponde al albacea porque el peritazgo se realizó en su provecho. El

renglón vale $ 300, y la objeción del actor no fue aceptada.

Sobre esto argumenta suelto y largo el recurrente, y apunta que los peritos actuaron dentro de una solicitud de prórroga de su misión por parte del albacea, por lo cual corresponde a éste el pago; y refiriéndose, no al pago en sí sino al albaceazgo, dice: "Para que el albaceazgo termine no hay necesidad de auto, sino la simple terminación del plazo señalado, según el artículo 1361 del C. C.".

Plantea también la cuestión, extraña al asunto, de que la prórroga se tramitó con la oposición del heredero universal, de manera que en la controversia sobre aquella prórroga fue contraparte la sucesión, y expresa: "Así, a más de estar responsabilizado el albacea a imperio de los artículos 2309 y 2318 y concordantes del C. C., en relación con los preceptos del mismo código que obran contra los que hacen de curadores de bienes sin serlo, se presenta como un simple litigante de prórroga contra el heredero....".

No es posible entender lo que el recurrente quiso decir, pero en todo caso interesaba era conocer los textos legales que se citan, para saber si tienen vigencia en el caso que se estudia.

Se lee lo siguiente, después de larga argumentación sobre la prórroga: si los peritos se emplearon en una prórroga que pedía el albacea, él y no otro debía responder del gasto, a mérito del artículo 562 del C. J.

Y se finaliza así el Capítulo: "Se concluye que en el rechazo de la glosa se procedió contra derecho y con infracción de las disposiciones citadas y los preceptos concernientes al sufragio de gastos en los juicios. Queda justificada la impugnación".

Como en el anterior capítulo, nada se ha dicho que guarde alguna relación con las normas del recurso de casación.

CAPITULO VII

Rechazo parcial de la objeción sexta, se llama este capítulo, y versa la objeción sobre unos gastos que el albacea apunta a la administración de Catambuco, por concepto de leches, pago de coso, mandados, etc.; unas cosas de ninguna importancia que han debido discutirse y analizarse en instancias, y no ante la Corte, ajena a esos pormenores y recargada de trabajo.

En este capítulo no se cita una sola disposición legal, y no obstante, se le da remate así: "Se ha fallado contra derecho y sin tocar con las pruebas legalmente deducidas de autos; la impugnación es justa".

En casación, nada significa este capítulo.

CAPITULO VIII

Se trata de la objeción séptima, que versa sobre venta "a precios de quema" de unos ganados, y el recurrente dedica a este capítulo once páginas, de estilo beligerante como todo su escrito. Se empeñó el actor en tratar de mostrar que en esa venta de ganados hubo mala fe de parte del albacea, y trajo al debate un número grande de declaraciones, que el Tribunal analiza para restarles valor.

El recurrente critica a espacio al Tribunal por no haber dado valor a esos testimonios, trata de establecer que sí lo tienen y que es errado el criterio del Tribunal, en el cual sigue especialmente los conceptos de algún notable expositor sobre el valor de la prueba testimonial, pero no invoca causal ninguna de casación, ni intenta mostrar error ninguno a que haya dado lugar la apreciación de esos testimonios. El recurrente hace historia en este Capítulo de toda la actuación del albacea y de los hechos salientes de ella aún fuera de las operaciones de venta de ganados, pues como se ha dicho, este capítulo está especialmente destinado al empeño de poner de presente la deshonorable gestión del albacea, según el recurrente.

El Tribunal dice lo siguiente, antes de hacer examen de ese haz probatorio del actor: "Como se vé, hay aquí un verdadero record y una redundancia de probanzas que atosigan el desarrollo procesal e interfieren el orden que él reclama, porque en esos tres puntos petitorios de pruebas, lo mismo que en el 9º del memorial de diez y nueve de abril, se pide redundantemente la citación de los mismos testigos para la demostración de hechos sensiblemente idénticos, cuando es obvio que para mejor claridad y por miramientos hacia el Juez que tiene bajo su dirección multitud de negocios, la prueba podía pedirse simplificándola en una sola petición contentiva de todos los hechos que se deseaba acreditar".

Y analizadas en detalle las declaraciones en que tanto confiaba el actor, se lee lo siguiente en la sentencia recurrida:

"Con la explicación que precede, la Sala se concreta al análisis de la prueba testimonial traída para acreditar la existencia de semovientes propios de la sucesión del señor Paredes, en la finca

del señor Navarrete, y el precio de los 30 terneros y vaquillas, y en función de ello observa:

"Muchos de los testigos traídos al juicio por el demandante, tienen varias profesiones, pues en tanto que Juvenal Lazo es alpargatero, el testigo Rodolfo Calvache es joyero y agricultor y Rafael Hidalgo es agricultor y negociante en ganado, coincidiendo todos en la circunstancia, afirmada por ellos, de haber sido administradores o trabajadores del señor Leopoldo Paredes o en haber negociado ganados con él mismo; todos los testigos declaran en 1950; todos dicen haber visto, cuando fueron llevados por don Carlos Alfredo Paredes, el ganado de la sucesión del señor Paredes en la finca del señor Navarrete, y como única razón de su dicho, aducen la circunstancia de haber sido empleados del señor Leopoldo Paredes. Pero ninguno ilustra o fundamenta sus declaraciones detallando características de ese ganado tales como colores, edades, marcas que el señor Paredes usaba para distinguirlo, etc., ni tampoco el tiempo que permanecieron como empleados en la finca del señor Paredes, ni la frecuencia con que hacían o realizaban las negociaciones de ganados con el señor Paredes. Estos detalles aparecen de menos y se imponían para nutrir la veracidad y sinceridad de los testimonios. Si se considera que en los mercados concurren, en relación con el tiempo, múltiples factores en la cuestión de precios, el concepto general de los declarantes sin precisar fechas y situaciones, sobre el posible precio de venta de los semovientes, no sirve para demostrar que en el día en que el señor Navarrete hizo la venta en el mercado de los 30 animales, pudo hacerlo, en vez de $ 40.50 cada uno, en $ 50, o $ 60. Como lo expresa el Juez **a quo,** tampoco se demostró las nuevas crías que según el demandante debieron existir durante el albaceazgo. Por todo lo dicho, la objeción estudiada no puede prosperar, y se confirma la decisión del Juez aquo".

El recurrente se extiende en dar fama a sus testigos, en tratar de mostrar que la realidad es como ellos la narran, que los precios de los ganados eran otros, que hubo crías, etc., pero sin que se preocupara por la cuestión legal, que es la que primordialmente interesa en casación. Y después de toda esa exposición simplemente litigiosa, dice lo siguiente, que daba para creer que el cargo ya iba a ser formulado en debida forma: "Ahora sí, estamos en presencia de los hechos y elementos probatorios necesarios para hacer el análisis y juzgar sobre los cargos e impugnaciones que se hacen a la glosa". Y concluye:

"Se ha demostrado que la parte comentada del fallo recurrido ha infringido el derecho sustantivo y que adolece de error de hecho y de derecho con incidencia de falta de apreciación de probanzas legalmente aducidas y de examen del tema mismo del juicio sobre las cuentas del responsable. En cuanto a la crítica de los testimonios, si es verdad que tiene el Juzgador un imperio de apreciación, como lo ha reconocido la Excelentísima Corte, ese imperio no puede llegar a suponer gratuitamente y en fuerza de una teoría exagerada que lo que declara el testigo, como cosa cierta, visible y percibida, fue una ilusión del testigo. Queda, así, justificada la impugnación de mi empeño".

Ni un solo texto legal se cita en este capítulo. Nada vale él en casación.

CAPITULO IX

Se refiere a un renglón de las cuentas sobre honorarios del albacea, que éste hizo figurar en $ 4.440, y que el Tribunal fijó en $ 4.000.00. El recurrente, de manera un tanto irónica, se refiere a este descargo del albacea, y acepta que de acuerdo con el artículo 1.359 del C. C., el Juez puede regular los honorarios teniendo en cuenta el caudal de negocios y lo laborioso del encargo; mas no acepta que ese encargo hubiera sido difícil, ni que los negocios hubieran dado razón para esos honorarios. Al contrario, expresa que algunas operaciones fueron perjudiciales para la sucesión, y cita la venta de un toro que el mismo albacea compró para sí, no obstante lo que disponen los artículos 501, inciso 2º, y 1351 del C. C. Además, enuncia una serie de negocios que él considera desacertados por parte del albacea, repitiendo lo que ya se había dicho en otros capítulos, y rematando así: "Por tanto, se concluye que la remuneración que se puso el señor Navarrete y que en definitiva aceptó el H. Tribunal es perfectamente injusta y no enderezada a tener en cuenta el caudal y el trabajo y beneficio de la gestión. Además, por hechos de fraude y violatorios, ha perdido el responsable un derecho a ser remunerado y sólo debe cargar con las responsabilidades. Se justifica la impugnación del fallo recurrido en esta parte y me atengo a la determinación de la Excelentísima Corte".

Ni una sola disposición legal se ha citado en este capítulo, que resulta así inválido en casación.

CAPITULO X

Se refiere a la venta de una pianola, acto que el recurrente considera "abusivo y violatorio del legal manejo y de la voluntad testamentaria". Dice que si cuando la venta se realizó ya el albacea había cesado en sus funciones "su acto abusivo lo responsabiliza totalmente, porque el albacea debe responder de todos sus abusos y hasta la culpa leve, al tenor de los artículos 1355, 1357, 1327, 2157 y concordantes del C. C.". Y agrega el recurrente: "Ha debido declararse el cargo como fue solicitado, es decir, la restitución y entrega de la pianola o del estimativo demandado incluído el valor de afección para el heredero".

Termina así el Capítulo: "Se concluye que el H. Tribunal procedió contra derecho, y derecho deducido en el juicio, al no dar sino una aceptación parcial y reducida a la glosa que me ocupa".

Las disposiciones legales citadas atrás se refieren a la responsabilidad de los albaceas, y nada tienen qué ver en el presente caso que versa sobre un juicio de cuentas. Además, esas disposiciones se citan sin interferencia en casación. Nada vale entonces lo dicho en este capítulo para los objetivos del recurso.

Del examen hecho de la demanda de casación, se deduce que ninguna de las alegaciones del recurrente tiene mérito, por lo cual la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

Las costas, a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

LOS NUEVOS MEDIOS DEMOSTRATIVOS DEL ESTADO CIVIL DE HIJO NATURAL CONSAGRADOS POR LA LEY 45 DE 1936 SON APLICABLES A HECHOS O ACTOS ANTERIORES A SU VIGENCIA

1.—Las demandas se interpretan científicamente, como los contratos, buscando la clara intención del actor, de manera que si las impropiedades de lenguaje no desfiguran ni ocultan su verdadero contenido, es a éste a lo que debe atenerse el juzgador.

2.—Para poder atacar con éxito en casación la interpretación que a la demanda le haya dado el Tribunal, es indispensable acusar el fallo por error de hecho manifiesto en tal apreciación, y demostrarlo de tal modo que éste aparezca en forma clara e indudable.

3.—Para la plena validez de un reconocimiento de hijo natural por escritura pública, no es necesario que sea ése el motivo principal o esencial del instrumento. Por el contrario, el legislador, en forma clara e inequívoca, dice en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, que tal cosa puede no ser así. Lo único que importa es que el deseo o intención de reconocer al hijo, aparezca en forma cierta del contenido del instrumento.

Y con mayor razón cuando se trata de demostrar no un reconocimiento, sino la causal 3ª del Artículo 4º de la mencionada Ley 45, para que se produzca la declaración judicial de paternidad, lo único que se requiere es que exista una confesión inequívoca de su paternidad.

Ninguna importancia tiene, pues, el hecho de que la confesión aparezca como parte esencial o accidental del instrumento, o de los escritos privados o papeles de familia.

4.—Cuando el recurrente acusa la sentencia por violación de ley sustantiva a consecuencia de error de derecho en la apreciación de pruebas, debe explicar en forma clara el sentido y alcance de ese pretendido error.

5.—El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 otorgó a las certificaciones de los párrocos el valor de pruebas principales de tales hechos de estado civil, si se expedían con inserción de las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. No se dijo allí en forma expresa que estos medios nuevos demostrativos del estado civil tuvieran aplicación a los hechos o actos anteriores a su vigencia; sin embargo jamás la doctrina ni la jurisprudencia emplearon reticencias para reconocerle pleno valor a las referidas certificaciones como medio de prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos antes de entrar en vigencia la ley. Es decir, se estimó como indudable axioma que los medios nuevos de prueba del estado civil de las personas se aplicaban tanto a los hechos y actos posteriores como a los anteriores a la creación legal de aquéllos.

Es indudable que se debe aplicar el mismo criterio para la interpretación de las leyes, ya se trate de la filiación legítima o de la natural.

6.—Bien sabido es que en casación no basta señalar los textos sustantivos cuya violación se pretende. El recurrente debe explicar el sentido y alcance de tal violación y las repercusiones que haya tenido en lo resolutivo de la sentencia del Tribunal.

7.—En numerosas sentencias proferidas a partir del año de 1945, la Corte ha dicho que los artículos 401 a 404 del Código Civil nada tienen que ver con la admisibilidad de la acción en juicios de investigación de la paternidad, iniciados después de muerto el padre legítimo o natural. Dichos preceptos legales se refieren exclusivamente a los efectos de la sentencia proferida: erga omnes, si al juicio ha concurrido legítimo contradictor; los ordinarios de toda sentencia, en el caso contrario.

Los artículos 401 a 404 del C. C., se incorporan al Código para regular los juicios sobre filiación legítima y se aplican a la natural, en virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Es incuestionable que esos textos no excluyen las acciones sobre filiación des-

pués de muerto el padre o la madre, consagradas en diversos artículos del mismo Código. Así lo vemos en el 219, sobre impugnación del hijo legítimo, luego de muerto el padre; en el 220, sobre declaración judicial de ilegitimidad del hijo nacido después de expirados trescientos días, contados desde la fecha en que empezó la imposibilidad del marido de tener acceso a la mujer; en el 22 que da esa misma acción a los ascendientes legítimos del marido; en el 247, sobre impugnación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio; en el 234, sobre paternidad del hijo de mujer que ha pasado a otras nupcias; y en las partes segunda y última del artículo 406, que da acción en cualquier tiempo al que se presente como hijo legítimo del padre o madre que le desconoce; y, finalmente, en el artículo 20 de la Ley 57 de 1887, sobre hijo concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, cuya acción de legitimidad debe ser intentada por la madre, por el hijo, directamente, si es mayor de edad, o por medio de un curador ad litem, y dirigida contra el padre, si vive, o contra sus herederos, en caso de haber muerto.

De admitirse la tesis que niega la admisibilidad de la acción de investigación de paternidad natural, con base en los artículos 401 a 404 del C. Civil, sería indispensable aplicarla entonces también a la filiación legítima, para la cual —se repite— fueron incorporados al Código esos textos. Y entonces quedarían sin aplicación las numerosas disposiciones comentadas, con las absurdas consecuencias que ello entrañaría. So pretexto de que se trata de filiación natural, no puede variarse el sentido y alcance de normas que el legislador ha querido se apliquen sin restricción alguna.

8. — No prospera el recurso de casación cuando no es atacado, o se ataca sin éxito, uno de los varios fundamentos de la sentencia recurrida, suficiente por sí solo para mantener las conclusiones del Tribunal. Así lo ha dicho muchas veces la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil A.— Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magisrtdao Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez).

Ante el Juez promiscuo del circuito del Gigante, Miguel A. Cuéllar, por medio de apoderado, demandó a la sucesión intestada del señor Manuel A. Chimbaco, representada por Leopoldo Chimbaco, para que, previos los trámites correspondientes al juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran por el Juez del conocimiento las siguientes declaraciones:

"a). Que el señor Miguel A. Cuéllar es hijo natural del señor Manuel Chimbaco. b). Que como consecuencia de la declaración anterior se le declare heredero general de los bienes dejados por el señor Manuel Chimbaco al morir. c). Que se condene en costas al demandado en caso de oposición".

En los siete hechos que fundamentan las anteriores peticiones se afirma: que Miguel A. Cuéllar es el fruto de las relaciones sexuales permanentes sostenidas entre el señor Manuel Chimbaco y la señora Celia Cuéllar; que Miguel A. Cuéllar nació en Carnicerías el 1º de abril de 1946; que Chimbaco dió durante su vida a Miguel A. Cuéllar el tratamiento de hijo; que éste, por su parte, ayudó a aquél en diversas actividades, en su condición de hijo del mismo; que el señor Chimbaco antes de morir, y por escritura pública número 256 de 1º de diciembre de 1947, reconoció a Miguel A. Cuéllar como su hijo, a la vez que donó a éste un terreno; que el señor Chimbaco no otorgó testamento, y que Miguel, en su calidad de hijo natural, es heredero con exclusión de los demás; que Chimbaco dejó algunos bienes de fortuna, los cuales se enumeran.

A la demanda se le dió el curso correspondiente, siendo oportunamente contestada por el apoderado del demandado. En dicha contestación se niega el derecho invocado por la parte actora y los principales hechos alegados en el libelo que abrió el juicio. Hecho el estudio respectivo de la prueba aducida, el Juez del conocimiento, en consideración a que la parte actora no dejó debidamente establecida la personería sustantiva del demandado, negó las peticiones de la demanda.

Sentencia recurrida

El actor acudió en recurso de alzada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, quien por medio de providencia fechada el 23 de febrero de 1951, revocó lo dispuesto por el Juez a

quo y en su lugar declaró que Miguel A. Cuéllar es hijo natural de Manuel A. Chimbaco. No hizo las demás declaraciones solicitadas.

El Tribunal apoyó su decisión en los siguientes razonamientos: La decisión del juez del conocimiento es correcta porque "faltó acreditar en el juicio con las partidas correspondientes, el parentesco habido entre el causante Manuel Chimbaco y el demandado Leopoldo Chimbaco, como también, con la respectiva certificación, la existencia del sucesorio de aquél". "Y está bien que así se hubiera resuelto en la primera instancia, pues evidentemente, faltó entonces de autos la demostración en cuestión respecto al demandado, quien venía figurando como hermano del causante, señor Manuel A. Chimbaco. Sin haberse establecido, con la prueba pertinente, el parentesco alegado por la parte actora entre el demandado Leopoldo y Manuel Chimbaco, no había dónde fundar el derecho a hacer intervenir al uno como heredero obligado a responder en juicio por las cuestiones que pudieran afectar la sucesión del otro". "Para subsanar la anotada deficiencia probatoria en cuanto a la personería del demandado, se trajo al Tribunal en oportunidad, la partida de bautismo del demandado, señor Leopoldo Chimbaco. Según la misma, aparece que éste nació, como lo certifica el cura párroco de Carnicerías, el quince de noviembre de mil ochocientos setenta y cuatro y es hijo natural de Polonia Chimbaco. Se trajo además copia debidamente autenticada del auto del diez de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, dictado por el Juez promiscuo del circuito del Gigante, donde se reconoció al señor Leopoldo Chimbaco como heredero en la sucesión de Manuel Antonio Chimbaco en su calidad de hermano natural". "No hay pues, para qué entrar en más apreciaciones respecto a la personería de la parte demandada. Como heredero de Manuel A. Chimbaco se le ha señalado, y está probado que tiene, en efecto, este carácter".

"De uno y otro lado se ha traído la prueba de testigos para acreditar, según las opuestas posiciones de demandante y demandado, bien la conducta o comportamiento de padre observados por Manuel Chimbaco frente a quien reclama la declaración de filiación natural, bien la ausencia de dicho trato o comportamiento; ya el hecho de las estables relaciones sexuales del presunto padre con Celia Cuéllar, ora la inexistencia de dichas relaciones". Pero vistas las cosas de cerca y en forma más concreta, muy poca significación corresponde a dicha prueba en el caso a estudio, operante como está de autos una que para el mismo es decisiva: la copia debidamente registrada de la escritura pública Nº 256 de 1º de diciembre de 1947, corrida en el circuito Notarial de La Plata, entre los señores Manuel Chimbaco y Miguel Cuéllar. En dicha escritura, donde se observaron las formalidades de rigor, hace Manuel Chimbaco donación gratuita "a su hijo señor Miguel Cuéllar" de un lote, etc.; a la vez que manifiesta éste, Miguel, "que acepta la presente escritura en todas sus partes". Como lo primero es una declaración del donatario ante un funcionario en quien está depositada la fe pública, y lo segundo es una aceptación expresa de esa manifestación por parte del favorecido, con lo uno y lo otro bien establecido queda la prueba de la filiación natural que el donante reconoce en Miguel Cuéllar y que éste acepta ante el empleado capacitado para dar fe de tales ocurrencias como absolutamente ciertas. La presencia de esta prueba en autos da por lo demás, de suyo firmeza, como es de verse, a cuanto dato aparezca en el expediente —y hay bastantes— tendientes a demostrar la verdad de la filiación cuya declaración se reclama en la demanda de Miguel Cuéllar. La prueba testimonial adversa, que también la hay, queda por el contrario, absolutamente inoperante para formar una decisión en este juicio, ya que no es oponible a la principal en referencia, o sea, a lo que reza la escritura pública que nos ocupa....".

El recurso

El demandado ha interpuesto recurso de casación invocando la causal primera del artículo 520 del C. J. De los cinco cargos que formula contra la sentencia, se hace el extracto pertinente.

Primer cargo.—"El actor intentó demanda directamente contra la sucesión intestada de Manuel Chimbaco. Las demás frases que se leen son explicativas e incidentales. **La acción fue incoada directamente contra la Sucesión y no contra el presunto heredero.** Pero resulta que la Sucesión no es una persona natural ni jurídica que pueda por sí sola ser sujeto activo ni pasivo de una actuación judicial. El artículo 205 del C. Judicial ordena que toda demanda debe indicar, entre otras especificaciones, claramente la persona del demandado. Y el artículo 738 de la misma obra ordena que el Juez rechace la demanda que no reúne los requisitos que preceptúan los artículos 205, 736 y 737 del Código de P. Civil. Lo que indica

que el H. Tribunal no aplicó las anteriores disposiciones legales. Las despreció. Este desprecio lo llevó a confundir los efectos del artículo 1012 del C. Civil con los del artículo 1155 de la misma obra. Efectivamente; el artículo 1012 habla de la ley, la época en que se abre una sucesión y el lugar en que debe seguirse el correspondiente juicio. No indica tal norma legal que la sucesión sea persona jurídica, sino que se inicia en el último domicilio del causante. El H. Tribunal, en el presente caso le dió un sentido que no tiene y lo violó por interpretación errónea.

Lógicamente por ese camino de yerros legales aplicó al caso el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y declaró judicialmente la paternidad natural de Manuel A. Chimbaco, cuando ni la demanda daba como demandado a una persona que tuviera personería para responder y por lo mismo la tal demanda no reunía los requisitos legales; no aplicó la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería que le ordenaba el artículo 343 del C. Judicial; dió una interpretación errónea al artículo 1012 y aplicó indebidamente los artículos del C. Civil y 4 de la Ley 45 de 1936. El H. Tribunal de Neiva al proferir la sentencia motejada incurrió en un ERROR DE HECHO que aparece manifiestamente en los autos, ya que lo primero que debe verse en un juicio es la persona demandada; y está muy claramente expresada en el libelo la persona o nombre de la entidad que el actor pretendía que respondiera de sus pretensiones: **"la sucesión de Manuel A. Chimbaco".**

Se considera:

Alega el recurrente que había ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, porque la acción fue incoada contra la sucesión directamente y no contra el presunto heredero; y que la sucesión no es persona jurídica.

Habría ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, si a Leopoldo Chimbaco se le hubiera llamado al juicio en su propio nombre. Las demandas se interpretan científicamente, como los contratos, buscando la clara intención del actor, de manera que si las impropiedades de lenguaje no desfiguran ni ocultan su verdadero contenido, es a éste a lo que debe atenerse el juzgador. En el caso presente, se tiene que la demanda fue dirigida contra "la sucesión intestada del señor Manuel Chimbaco, cuyas diligencias del juicio sucesorio las está adelante (sic —adelantando—) en ese juzgado el señor Leopoldo Chimbaco, **quien para los efectos judiciales, figura como representante de la mencionada sucesión,** como interesado y en calidad de demandante, y quien es vecino y residente en el Municipio de Aipe....". Por otra parte, se pide notificar la demanda al respectivo agente del Ministerio Público.

En concepto de la Sala, el Tribunal interpretó correctamente el libelo al considerar que Leopoldo Chimbaco fue citado al juicio, como heredero.

Se observa que para poder atacar con éxito en casación la interpretación que a la demanda le haya dado el Tribunal, es indispensable acusar el fallo por error de hecho manifiesto en tal apreciación, y demostrarlo de tal modo que éste aparezca en forma clara e indudable. Y no se ha cumplido aquí con este requisito.

No hay, pues, error de hecho manifiesto, ni violación de las normas legales que se señalan en el cargo.

Segundo cargo.—Dice el recurrente: "Fuera de no haber tenido en cuenta la demanda, como ya se expuso, el Tribunal basó la sentencia recurrida en el valor de la escritura Nº 256". Hubo en tal apreciación un **error de derecho,** ya que el H. Tribunal dió a la escritura en cita un valor probatorio que no tiene; entendió que era prueba de un estado civil; que demostraba el reconocimiento hecho por parte de Manuel A. Chimbaco a favor de Miguel A. Cuéllar a tiempo que tal instrumento sólo probaba la tradición o traspaso de un inmueble a título de donación. Nada más. Ese error de derecho llevó al H. Tribunal... a violar los artículos 593, 630 del C. Judicial; 346, 347, 348, 349, 369, 1500, 1501 y 1759 del Código Civil; artículos 10 y 18 de la Ley 92 de 1938. Como consecuencia de lo anterior aplicó indebidamente los artículos 1155 del C. Civil y 2 y 4 de la Ley 45 de 1936. Efectivamente: La escritura Nº 256 visible a los folios 2 y 3 del cuaderno Nº 1º, dice así en su parte esencial:

"**Primero:** Que por la presente escritura (Manuel Chimbaco) cede a título de donación gratuita y enajenación perpetua a su hijo señor Miguel Cuéllar, un lote de terreno alinderado, de unas 20 hectáreas...". Las demás estipulaciones son apenas las propias de una escritura traslaticia de dominio. Pues bien; de acuerdo con lo establecido en el artículo 593 del C. Judicial, toda decisión judicial, en materia civil, debe fundarse en los hechos conducentes que aparecen plenamente demostrados. Si un hecho no se encuentra plena-

mente comprobado, la absolución se impone. El actor **ha debido probar el reconocimiento directo** y formal de hijo natural en favor de Miguel A. Cuéllar. De lo contrario debió ser absuelto el demandante. El H. Tribunal creyó encontrar la prueba del reconocimiento en la precitada escritura 256, llevándolo a no aplicar la anterior norma legal y a aplicar indebidamente el artículo 630 del mismo C. Judicial, puesto que no toda escritura pública prueba, sino la conducente, la que se refiere al hecho discutido y comprobado.

Resulta que los artículos 346, 347, 348 y 349 del Código Civil que definen el estado civil de las personas y ordenan lo pertinente a la constitución probatoria de tal estado, fueron despreciados y no aplicados por el H. Tribunal de Neiva al dictar el fallo recurrido. El artículo 369 de la misma obra ordena las formalidades que debe llenar un funcionario público —Notario o Corregidor— cuando ante él se extiende un reconocimiento de hijo natural. Ahora bien: el señor Notario del circuito de La Plata, al autorizar la escritura en mención no llenó ninguna formalidad especial. Por lo menos no está demostrado en autos, ni siquiera fue alegado en el libelo de demanda. El H. Tribunal dejó, pues, de aplicar el artículo 369 del C. Civil. De acuerdo con lo dicho por los artículos 369 del C. Civil, 10 y 18 de la Ley 92 de 1938, y 2 de la Ley 45 de 1936, el reconocimiento de hijo natural es un acto solemne, y como tal está incluído en lo dicho por los artículos 1500 y 1501 del C. Civil. Y el H. Tribunal de Neiva no aplicó al caso ninguna de las anteriores normas legales. El mismo H. Tribunal confundió los elementos esenciales de la escritura pública Nº 256, con los accidentales, que preceptúa el artículo 1501 del C. Civil. Lo esencial de tal instrumento público fue la cesión del inmueble; la expresión "a su hijo", lo mismo que la manifestación de que "es padre" del cesionario, son elementos o cuestiones enteramente accidentales. Lo cual indica que tampoco dió aplicación a la norma del artículo 1501 citado.

Interpretó mal el artículo 1759 del C. Civil, pues lo que prueba una escritura pública es apenas lo esencial del contrato que contiene, cuando se han llenado las formalidades para el acto o contrato principal; pero nunca las expresiones enteramente accidentales y que no dicen relación con el pacto estipulado en el instrumento. Como no se trataba de una escritura de "reconocimiento de hijo natural" sino de donación, no tenía el fallador facultad legal para ir a buscar lo que la escritura no podía contener. El mismo H. Tribunal aplicó indebidamente al caso el artículo 2 de la Ley 45 de 1936, y profirió un fallo diciéndose autorizado por el artículo 4º de la misma ley, sin considerar que el reconocimiento por escritura pública a que se refiere el artículo 2 de la mencionada ley, es apenas el que haya reunido las formalidades que establecen los artículos 348, 349 y 369 del C. Civil, y 10 y 18 de la Ley 92 de 1938. De manera que pasó por alto el contenido de los artículos 348, 349 y 369 del C. Civil, lo mismo que los artículos 10 y 18 de la Ley 92 de 1938, y como consecuencia aplicó indebidamente los artículos 2 y 4 de la Ley 45 de 1936.

El artículo 18 de la Ley 92 de 1938 ordenaba al H. Tribunal no aceptar la escritura 256 como prueba, porque no reunía los requisitos del C. Civil y del artículo 10 de la misma ley. El H. Tribunal desoyó el mandato perentorio del artículo 18 citado".

Se considera:

Alega el recurrente error de derecho en la apreciación de la escritura Nº 256 de 1º de diciembre de 1947, por la circunstancia de haberle dado el Tribunal valor de plena prueba de la calidad de hijo natural del actor, en vista de que allí el causante dijo, al hacer donación de un inmueble a favor de éste, que la hace "a favor de su hijo señor Miguel Cuéllar".

Se observa, primeramente, que el ataque a la sentencia del Tribunal por este motivo, se funda en que la escritura, para merecer tal valor probatorio, debía tener como objeto principal o esencial, hacer el reconocimiento de hijo natural; y que en el citado instrumento, la mención de la paternidad se hace en forma accidental.

Mas los dos fundamentos en que pretende apoyar su acusación el recurrente, son errados. El primero consiste en considerar que el Tribunal le dió a la citada escritura el valor de un "reconocimiento" de hijo natural. Si tal hubiera sido el propósito del Tribunal, habría agregado que la acción declarativa incoada era innecesaria, pues el hijo reconocido en legal forma no necesita de juicio ordinario para obtener el título de su filiación, que ya tiene perfecto, y puede hacerlo valer directamente en el juicio de sucesión.

El Tribunal consideró que la manifestación contenida en esa escritura, constituía una prueba escrita de paternidad, la cual constituye por sí sola una causal de declaración judicial al tenor del ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Prue-

ba más fehaciente que si se tratara de documento privado o de cartas, también comprendidos en esa misma causal.

El segundo consiste en afirmar que dicha escritura no tiene valor probatorio de la paternidad, por no ser la correspondiente declaración el objeto esencial o principal del acto. Observa la Sala que para la plena validez de un reconocimiento de hijo natural por escritura pública, no es necesario que sea ése el motivo principal o esencial del instrumento. Por el contrario, el legislador en forma clara e inequívoca dice en el artículo 2º de la Ley 45, que tal cosa puede no ser así. Lo único que importa es que el deseo o intención de reconocer al hijo, aparezca en forma cierta del contenido del instrumento.

Y con mayor razón, cuando se trata de demostrar no un reconocimiento sino la causal 3ª del artículo 4º, para que se produzca la declaración judicial de paternidad lo único que se requiere es que exista una confesión inequívoca de paternidad, es decir: "que dé al hecho alegado un carácter de innegable verosimilitud" (Colín y Capitant, Derecho Civil, Nº 276). O, como dice Planiol y Ripert: "confesión **precisa**, que no contenga ninguna expresión susceptible de ser entendida en sentido contrario; **formal**, o sea, que no contenga ninguna reticencia; y **seria**, es decir, que no sea hecha a la ligera o en circunstancias que le quiten todo valor probatorio" (Derecho Civil, T. 2º número 902).

Ninguna importancia tiene, pues el hecho de que la confesión aparezca como parte esencial o accidental del instrumento, o de los escritos privados o papeles de familia.

Este segundo cargo tampoco puede prosperar.

Tercer cargo.—"El citado Tribunal incurrió en un ERROR DE DERECHO al estimar que la partida de bautismo citada por él en su sentencia y las copias allegadas, constituían plena prueba de la personería de la parte demandada; es decir, al darles un valor probatorio que no tienen. Como consecuencia del anterior error de derecho el fallador de la segunda instancia incurrió en violación de los artículos 232, y 593 del C. Judicial; 343 de la misma obra; 402, 403, y 404 del Código Civil; 395, 346, 347, 1155 y 1443 de la misma obra; 18 de la Ley 92 de 1938 y 4 de la Ley 45 de 1936.

En efecto: El artículo 232 del C. Judicial manda que el actor pruebe la personería de la parte demandada, mucho más si ésta se opone a la demanda alegando tal defensa, como lo hizo Leopoldo Chimbaco, como lo resolvió el señor Juez promiscuo de Gigante y como debió reconocerlo el H. Tribunal de Neiva al estudiar la sentencia que le fue sometida en apelación. El artículo 343 de la misma obra le ordenaba reconocer la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada. Y el artículo 593 le ordenaba fallar de acuerdo con los hechos probados por el actor.

Los artículos 402, 403 y 404 relacionados con el artículo 1155 del Código Civil explican cuál es la persona natural que debe ser demandada en el pleito en que se discuta la paternidad de una persona. Las tres normas primeras fueron incluídas en el artículo 8 de la Ley 45 de 1936, lo que indica que debían aplicarse al presente caso. A Leopoldo Chimbaco se le dictó una sentencia en su contra, como si hubiera sido el legítimo contradictor y se le aplicó la continuidad de la personería del finado al tenor del artículo 1155 del C. Civil, a tiempo que su parentesco con el causante no está demostrado en forma legal. El artículo 18 de la Ley 92 de 1938 y los artículos 346 y 347 del C. Civil ordenan cuáles son los documentos que prueban el estado civil de las personas, y por consiguiente los que demuestran el parentesco de las mismas. Es verdad que el artículo 395 del C. C., autoriza algunas pruebas supletorias cuando no aparecen las principales, pero en este caso es preciso demostrar la imposibilidad de allegar las pruebas principales, y además la prueba supletoria se refiere a "hechos constitutivos del estado civil". En ninguna parte se encuentra una norma legal que autorice al demandante a comprobar el estado civil de la persona demandada o su parentesco con el presunto reo civil con "copias" tomadas de otros juicios. Esas copias nunca prueban parentesco ni estado civil. Es decir, que el H. Tribunal de Neiva dejó de aplicar al caso los artículos 346 y 347 del C. Civil; tampoco aplicó el artículo 18 de la Ley 92 de 1938; dejó de aplicar al caso los artículos 402, 403, y 404 del C. Civil, puesto que no estando demostrado el título de legítimo contrador (sic) contra Leopoldo Chimbaco se imponía su absolución. Interpretó mal el artículo 395 del C. C., si es que consideró las copias y la partida allegada como prueba supletoria, pues falta la comprobación de la causa de pérdida o extravío de la prueba principal, y además las tales copias no se refieren a "hechos constitutivos del estado civil", como lo exige el artículo 395 citado. Aplicó el artículo 2 de la Ley 45 de 1936, profiriendo un fallo declarativo del estado civil a tiempo que no estaba demostrada la personería del de-

mandado; todo como consecuencia de la violación de las normas legales que ya han quedado estudiadas en este punto.

El H. Tribunal de Neiva quebrantó el contenido del artículo 1443 del C. Civil, que define lo que es donación, porque dejó de aplicarlo al caso y consideró que la escritura 256 que contiene un contrato de donación indicaba un reconocimiento. Dió una interpretación errada a la citada escritura. En ésta no se encuentran las formalidades de un reconocimiento de hijo natural sino las de una donación".

Se considera:

Alega el recurrente que hubo error de derecho al estimar la partida de bautismo, citada por el Tribunal en la sentencia, y las copias allegadas; porque el estado civil no se prueba con "copias" tomadas de otros juicios, las cuales no sirven siquiera como prueba supletoria, ya que no se refieren a los hechos constitutivos como lo exige el artículo 395 del C. Civil. De todo lo cual concluye que no se probó el parentesco y la calidad de heredero del demandado, respecto al causante.

No explica el recurrente en forma clara el sentido y alcance de ese pretendido error de derecho. En realidad, ni siquiera trata de determinar cuál fue el error cometido al apreciar la partida de nacimiento; y en cuanto a las copias del sucesorio, se limita a exponer diversas consideraciones —totalmente fuera de lugar—, acerca de la manera de probar el estado civil de las personas. Lo que con tales copias se trata de establecer es la calidad de heredero reconocido, del demandado, en la sucesión de Manuel Antonio Chimbaco; y esa calidad, como es obvio, se demuestra con la copia del auto respectivo, dictado en el juicio de sucesión. En concepto del Tribunal, quedó establecida la personería del demandado en su condición de pariente y heredero del causante; como el recurrente no dice por qué existe error de derecho en tal apreciación, el ataque basado en ella es inconducente.

De otra parte, el demandante no necesitaba probar la falta del registro notarial del estado civil. El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 les otorgó a las certificaciones de los párrocos el valor de pruebas principales de tales hechos de estado civil, si se expedían con inserción de las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. No se dijo allí en forma expresa que estos medios nuevos demostrativos del estado civil tuvieran aplicación a los hechos o actos anteriores a su vigencia; pero sin embargo jamás la doctrina ni la jurisprudencia emplearon reticencias para reconocerle pleno valor a las referidas certificaciones como medio de prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridas antes de entrar en vigencia la ley. Es decir, se estimó como indudable axioma jurídico que los medios nuevos de prueba del estado civil de las personas se aplicaban tanto a los hechos y actos posteriores como a los anteriores a la creación legal de aquéllos.

Es indudable que se debe aplicar el mismo criterio para la interpretación de las leyes, ya se trate de la filiación legítima o de la natural.

Ninguna seriedad tiene esta acusación.

Por último, en forma vaga, sin explicar el alcance de su afirmación ni darle claro sentido, dice el recurrente en este cargo que "A Lepoldo Chimbaco se le dictó una sentencia en su contra, como si hubiera sido el legítimo contradictor"; y alega la falta de aplicación de los artículos 402, 403 y 404 del C. Civil, en relación con el artículo 8º de la Ley 45 de 1936.

Bien sabido es que en casación no basta señalar los textos sustantivos cuya violación se pretende. El recurrente debe explicar el sentido y alcance de tal violación y las repercusiones que haya tenido en lo resolutivo de la sentencia del Tribunal. Tales requisitos de técnica de casación, no se cumplen en este aspecto del cargo. El recurrente no explica siquiera por qué creyó el Tribunal que el demandado fuera "legítimo contradictor", ni advierte en virtud de qué razones no tenía esa calidad; y mucho menos expresa cuál podía ser la consecuencia de no serlo, ni cómo se ha debido fallar por tal motivo.

Esta observación es suficiente para rechazar la acusación.

No se sabe si el recurrente pretende que por haber muerto el padre presunto, no es admisible la acción de investigación de la paternidad. En todo caso, para la Sala las extensas y clarísimas razones expuestas por la Corte en sentencias numerosas, a partir del año de 1945, constituyen la única interpretación lógica y jurídica de los artículos 401 a 404 del C. C. En ellas se ha dicho que estos textos legales nada tienen que ver con la admisibilidad de la acción en juicios de investigación de la paternidad, iniciados después de muerto el padre legítimo o natural. Dichos preceptos legales se refieren exclusivamente a los efectos de la sentencia proferida: erga omnes si al

juicio ha concurrido legítimo contradictor; los ordinarios de toda sentencia, en el caso contrario.

Los artículos 401 a 404 del C. C., se incorporaron al Código para regular los juicios sobre filiación legítima y se aplican a la natural en virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Es incuestionable que esos textos no excluyen las acciones sobre filiación después de muerto el padre o la madre, consagradas en diversos artículos del mismo Código. Así lo vemos en el 219, sobre impugnación del hijo legítimo, luego de muerto el padre; en el 220, sobre declaración judicial de ilegitimidad del hijo nacido después de expirados trescientos días, contados desde la fecha en que empezó la imposibilidad del marido de tener acceso a la mujer; en el 22 que da esa misma acción a los ascendientes legítimos del marido; en el 247, sobre impugnación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio; en el 234, sobre paternidad del hijo de mujer que ha pasado a otras nupcias; y en las partes segunda y última del artículo 406, que dá acción en cualquier tiempo al que se presente como hijo legítimo del padre o madre que le desconoce; y finalmente, en el artículo 20 de la Ley 57 de 1887 sobre hijo concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, cuya acción de legitimidad debe ser intentada por la madre, por el hijo directamente si es mayor de edad, o por medio de un curador **ad litem**, y dirigida contra el padre, si vive, o contra sus herederos en caso de haber muerto.

De admitirse la tesis que niega la admisibilidad de la acción de investigación de paternidad natural, con base en los artículos 401 a 404 del C. Civil, sería indispensable aplicarla entonces también a la filiación legítima, para la cual, se repite, fueron incorporados al Código esos textos. Y entonces quedarían sin aplicación las numerosas disposiciones comentadas, con las absurdas consecuencias que ello entrañaría. So pretexto de que se trata de filiación natural, no puede variarse el sentido y alcance de normas que el legislador ha querido se apliquen sin restricción alguna.

Se rechaza el cargo

Cuarto cargo.—"El H. Tribunal cita de paso las declaraciones de una y otra parte, y aunque no afirma categóricamente que en ellas funda su fallo, cosa que sí lo hace al considerar las copias del Juzgado Promiscuo del Gigante y la escritura 256, bien podría ser que en tales declaraciones apoyara su criterio de fallador. El actor al folio 11 del cuaderno primero dá como hechos, entre otros, los siguientes: "1º El señor Miguel A. Cuéllar es fruto de las relaciones sexuales que de carácter permanente y estable sostuvieron el señor Manuel Chimbaco y la señora Celia Cuéllar. Mas es el caso que este hecho no fue probado por ninguna parte. Empero, sí intentó demostrar el hecho 3º que dice: "Durante la vida del señor Chimbaco éste tuvo a Miguel A. Cuéllar como a su hijo, le dió trato de tal, le ayudó a su educación, lo alimentó y lo vistió; además le daba el tratamiento de hijo y Cuéllar le daba a Chimbaco la denominación de padre. En todo el poblado de Carnicerías las gentes que conocían a la familia Chimbaco consideraban a Cuéllar como a hijo de aquél, hecho éste que era suficientemente notorio y que **nadie desconocía o impugnaba**". "Es decir, que el actor intentó la modalidad de "posesión notoria del estado civil de hijo natural en favor de Miguel A. Cuéllar". Toda la prueba testimonial presentada por el demandante se encaminó hacia ese objetivo.

Hubo violación de los artículos 593 del C. Judicial; artículos 397, 398, 399, 1155 del C. Civil; numeral 5 del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y 5, 6 y 7 de la misma Ley, por un error de derecho al interpretar las declaraciones de Hugo Escobar, Juan B. Cabrera, Sixto Ochoa y Milcíades Perdomo (cuaderno Nº 2), de Víctor C. Trujillo, Lázaro Perdomo, Silveria Díaz, Urbano Ortiz Alarcón y Pedro María Hernández (cuaderno 5).

El artículo 593 del C. Judicial no fue aplicado al caso porque el H. Tribunal profirió un fallo sin estar de acuerdo con los hechos que debió probar el actor, pero que no lo hizo. El H. Tribunal dictó sentencia de acuerdo con unos hechos que fueron alegados, pero que no estuvieron debidamente probados en autos. Por esta razón aplicó los artículos 397, 398, 399 del C. Civil, 4, 5, 6, y 7 de la Ley 45 de 1936, a tiempo que no podía hacerlo porque los elementos que tales artículos exigen no se reunían en el caso de la discusión. Lo anterior tuvo por fundamento el error de derecho en que incurrió el fallador al apreciar las declaraciones citadas, ya que les dió un valor legal que no tienen. Entendió que en ellas aparecía plenamente demostrado el elemento "Posesión notoria del estado civil de hijo natural a favor de Miguel A. Cuéllar", cuando tales declaraciones no prueban esa calidad. Veámoslo: **Cuaderno número 2.**— Folio 9.—Hugo Escobar B.: "....en las muchas conversaciones que tuvimos me manifestó que él pensaba dejarle a Miguel algo; esto **que hablamos** lo

hicimos más bien **reservadamente** porque Chimbaco no le gustaba que nadie se diera cuenta de sus asuntos". Lo que agrega en seguida no tiene valor, pues ya había dado las explicaciones sobre la forma como pudo haberle manifestado Chimbaco la discutida presunción de paternidad: "reservadamente". Y para decir que Chimbaco alimentaba a Miguel A. Cuéllar, o "proveía a su subsistencia", como lo exige el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, de la razón de que "sólo sé que en muchas ocasiones le preguntaba de dónde venía y me decía: de almorzar o de comer, de donde su papá". Esto no es prueba de la subsistencia, educación y establecimiento.

Este testigo y todos los siguientes dicen al responder al interrogatorio, así: "es un hecho cierto", lo cual da al testimonio el carácter de "expresión conceptual", que como dice esa Alta Corporación en las doctrinas citadas, no dá valor legal a tal prueba.

Juan B. Cabrera H., folio 10: "No recuerdo con precisión el año, mes ni fecha en que Manuel Chimbaco me manifestó en este lugar que Miguel Cuéllar era hijo suyo; **esta aseveración me la hizo a mí solo"** (subrayo). Lo dicho antes y después sobre el mismo hecho por el precitado testigo no tiene valor ante la manifestación clara y expresa de la soledad de la aseveración de Chimbaco. Por lo que se refiere al hecho de que Miguel A. Cuéllar servía a Chimbaco en los oficios domésticos, se halla muy claro en la afirmación que hacen otros testigos cuando afirman que Cuéllar era "concertado" de Chimbaco. Esta pudo ser la razón de que en alguna ocasión le diera alimentación y hasta vestuario. Pero en todo caso no demuestra el testigo con cita de hechos "permanentes, constantes, regulares, ostensibles y públicos", elementos que exige esa H. Corte en las doctrinas copiadas. Además el mismo testigo agrega que no le consta que Chimbaco ayudara a Miguel Cuéllar en alguna forma a su crianza o educación, y que nunca le oyó decir o manifestar en público que Cuéllar fuera su hijo.

Milcíades Perdomo: —Folio 12.— "No recuerdo, no puedo precisar, el año, mes ni fecha en que Manuel Chimbaco me manifestara que Miguel Cuéllar era hijo suyo y **no fue delante de persona alguna porque tal declaración me la hizo a mí solo".** (Subrayo). Añade después que le dijo algunas otras cosas, pero "los dos solos". Sin embargo tiene la audacia de agregar después de esta afirmación que en ese Municipio era "de dominio público que Manuel Chimbaco era el padre del solicitante". Sea lo primero, si lo hablaba a solas, no podía ser del dominio público; y lo segundo, que "dominio público" es una expresión conceptual, pero no el relato de un hecho.

Cuaderno número 5: —Víctor O. Trujillo P.— Folio 5: Después de dar como ciertas las preguntas que se le hicieron sobre "expresiones conceptuales", desdice lo declarado al responder al punto quinto y se expresa así: "Es verdad y me consta porque en **alguna ocasión le pregunté a Manuel A. Chimbaco** que de quién era hijo Miguel A. Cuéllar y me contestó que era hijo natural suyo (subrayo)". Esta declaración está matemáticamente tomada del cuestionario visible al folio 2 del mismo cuaderno. No es responsiva como lo exige el C. J., y equivale a haber dicho que sí era cierto el contenido de la pregunta. Y a pesar de todo lo anterior, con la respuesta que inserto antes echa abajo todas las afirmaciones hechas anteriormente. En una sola ocasión, y por habérsele preguntado a Manuel Chimbaco, supo el declarante que Miguel A. Cuéllar era hijo de aquél. Entonces todo lo dicho antes acerca de que todo el vecindario lo consideraba hijo natural y que proveyó a la subsistencia, etc., no es cierto. Para qué preguntaba a Manuel A. Chimbaco, lo que todo el mundo sabía y decía? Agrega que no supo siquiera si lo mandó a la escuela, y sin embargo ha hablado, copiando lo que se le preguntaba, que "proveyó a su subsistencia y establecimiento". No relata hechos: hace afirmaciones, que no son propias de un testigo sino de un fallador o de un perito. El cuestionario copió lo ordenado en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y el testigo repitió de memoria tal cuestionario. No relató hechos.

Lázaro Perdomo.—Folio 5º vuelto: Al punto 6º contestó: "Sí señor; Chimbaco me manifestó que Miguel A. Cuéllar era hijo natural suyo...." A este testigo hago las mismas observaciones que al anterior, pues a pesar de ser puramente testigo no relata hechos, sino que dá opiniones y se ciñe a las expresiones que contiene el cuestionario, pero no relata lo que viera u oyera. Y con la afirmación que copio desvirtúa las anteriores afirmaciones, pues resulta que todo lo que supo fue lo que Chimbaco le dijo a él solo.

Silveria Díaz. folio 6 vuelto: Todas las respuestas las encabeza con estas afirmaciones: "Es verdad", "puedo afirmar", "es cierto", "es muy cierto", esto es, se concreta a afirmar, pero no a dejar constancia de hechos que hubiera percibido por sus sentidos. También es una calcomanía triste del cuestionario de interrogatorio.

Urbano Ortiz Alárcón. folio 7 y 7 v.: Contiene simples afirmaciones, que son precisamente las preguntadas. El solo hecho que relata no encaja en lo dicho en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y es: "Recuerdo que en alguna ocasión, después de salido de la escuela y todavía muchacho, Chimbaco le buscó ocupación a Cuéllar con Salomón Liscano".

Pedro María Hernández. Folio 6º Me dá la impresión de que el Honorable Magistrado que tomó estas declaraciones no aplica la regla que le dá el Código Judicial en el sentido de que procure buscar la verdad de lo que dice el declarante. El escribiente se contentaba con copiar después de cada número de interrogatorio, precisamente las palabras y expresiones del mismo interrogatorio. Y por esto en esta declaración como en las anteriores y también en las siguientes encontramos idénticas expresiones "Es cierto, y es igualmente cierto, me consta, es verdad. Y es curioso que todos los testigos saben que el chico fue "quitado" (no usaron otra palabra) porque ésta fue la empleada en el cuestionario) cuando tenía 7 años de edad, ni más ni menos. Los pocos hechos que relata no son constitutivos de posesión notoria de estado civil. Estos son: "estando tomándonos unos tragos, me dijo el señor Chimbaco personalmente que cuando él muriera tenía que heredar a su hijo..." No lo dijo públicamente, sino a él solo, en secreto y tomándose unos tragos.

El artículo 6º de la Ley 45 de 1936, entre las condiciones exigidas para aceptar los hechos sobre posesión notoria del estado de hijo natural, se refiere al de que los deudos y amigos del presunto padre hayan tratado al discutido hijo, como a tal. En el caso en discusión se olvidó insertar esta expresión en el cuestionario, y por esto los testigos se olvidaron también de decirlo. Y es de advertir que la enumeración del citado artículo debe cumplirse en su integridad. Si falta un elemento ya no hay presunción de paternidad por el conjunto de elementos de la posesión notoria. Aún suponiendo que no fueran criticables los anteriores testimonios por otros conceptos, lo serían porque no relataron todo lo que deberían de acuerdo con las exigencias del comentado artículo 6º. El artículo 7º de la ley 45 de 1936 ordena que para los efectos de dicha ley se tengan en cuenta los artículos 399 y otros del C. Civil. Y esta norma dice: "La posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo **irrefragable**" (subrayo). Las anteriores declaraciones no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 399 citado".

Quinto cargo.—El H. Tribunal de Neiva al proferir la sentencia mencionada y recurrida incurrió en error de hecho al no haber considerado las declaraciones que fueron allegadas por la parte demandada, cuaderno Nº 6. No las tuvo en cuenta, a tiempo que ellas sí prueban con plenitud lo que el demandado intentó demostrar, o sea que no hubo tal posesión notoria en favor de Miguel A. Cuéllar. Tales declaraciones son las de Zoilo Ortiz, Justo Alarcón, Félix Jara, Secundino Garcés, Natalia Garrido P., Félix Trujillo Alarcón y Olimpo Trujillo Alarcón. El H. Tribunal no las estimó, y si acaso lo hizo incidentalmente, entonces tendríamos un error de derecho. En todo caso con esa omisión violó los artículos 593 del C. Judicial, 397, 398, 1155 del C. Civil, 4, 5, 6 y 7 de la Ley 45 de 1936.

Efectivamente; Justo Alarcón T., folio 14 y 15 v., dice: "Me consta directamente que Miguel Cuéllar se educó y formó al lado de su madre Celia Cuéllar, en este lugar, quien le suministró la alimentación, vestuario...". También agrega que nunca oyó decir a Manuel A. Chimbaco que Miguel Cuéllar fuera su hijo. Esta declaración sí es responsiva y relata hechos y dá la razón de su dicho.

Félix Jara.—Folio 16: En resumen con distintas palabras relata lo mismo que dice el testigo anterior, y con tal dicho vamos a llegar a la conclusión de que no hay tal posesión notoria; Manuel Chimbaco ni siquiera le contaba a todos sus amigos lo que se supone que creía en cuanto a su paternidad natural; no era esto un hecho notorio ni público, ni las tales declaraciones consideradas aisladamente demuestran lo que no existía. En el mismo sentido se expresa Secundino Garcés, folio 17. Natalia Garrido P., folio 17, es digna de tenerse en cuenta por la espontaneidad con que manifiesta lo que sabe y lo que le consta:....

"Cuando ya Manuel Chimbaco estaba rematado y porque lo aconsejaron fue a verlo y con la esperanza de que le dejara alguna cosa". Este punto aclara muchas dudas que puedan surgir en cuanto a la donación que le hizo por la escritura comentada antes: Miguel A. Cuéllar había sido el concertado de Chimbaco. Como éste era un hombre de edad, soltero y sin familia, sentía cariño por el muchacho que le había ayudado en sus quehaceres corrientes (naturalmente que pagándoselos), y por esto le aconsejaron que se le presen-

tara cuando ya estaba rematado, para que le dejara algo. No como hijo, sino como una tercera persona estimada por el moribundo. El juzgado dejó la constancia de la idoneidad de los testigos, por lo cual no abriga duda alguna.

Tanto esta testigo, como los anteriores y los siguientes vuelven a repetir que no había tal conocimiento público acerca de la posesión notoria que tanto empeño tenía el actor en demostrar. En este sentido depone también Félix Trujillo Alarcón, folio 18. Olimpo Trujillo Alarcón, folio 19. Tienen en el fondo la misma explicación que las anteriores, agregando: "A lado de Chimbaco no estuvo sino a última hora, cuando ya estaba éste enfermo...." Aquí vienen las mismas consideraciones hechas acerca de lo dicho por Natalia Garrido. P. Esto apenas convence que Miguel A. Cuéllar tiene algo de lo que llaman "ambición" y que cuando vió que su benefactor se encontraba cerca de la muerte, pensó que su presencia ante el enfermo podría traerle algún regalo por la estimación que éste le tenía.

Julio Vargas C., folio 19 v.: "Me consta sí que, Miguel Cuéllar se acabó de formar fue al lado de Manuel Chimbaco; lo conocí en su casa de habitación como **sirviente**....". Esta es precisamente la calidad de Miguel A. Cuéllar: sirviente. Es preciso haber vivido en aquellas tierras para darse cuenta la atención que se tiene a un sirviente de la casa o a un concertado que dura muchos años. Casi se confunde con los familiares. Y de ahí, como dice este testigo, resultaba alguna falsa opinión de algunos de los vecinos; pero en todo caso no era constante y pública, sino errada y de pocos. El H. Tribunal apenas dice respecto a estas declaraciones: "Eliminado todo problema en lo que respecta a este punto, pasa la Sala a estudiar las otras pruebas allegadas al negocio y tendientes a demostrar, por una parte, la filiación natural, y a desconocerla por la otra. "De uno y otro lado se ha traído la prueba de testigos para acreditar, según las opuestas posiciones de demandante y demandado, bien la conducta o comportamiento de padre observados por Manuel Chimbaco frente a quien reclama la declaración de filiación natural, bien la ausencia de dicho trato o comportamiento...." Eso es tanto como no haber considerado en el fondo las declaraciones que acabo de citar. Y por esto digo que hubo error de hecho, puesto que las hizo de lado y no las tuvo en cuenta. Pero si acaso pudiéramos pensar que sí las analizó, tenemos entonces que hubo error de derecho por no darles el valor que tienen.

La prueba anterior demuestra que no hubo tal posesión notoria, lo que indica que por no haberlas considerado o estimado en su valor legal, el H. Tribunal falló como si estuviera probado el elemento de filiación natural por la posesión notoria, y aplicó indebidamente el artículo 593 del C. Judicial que le ordenaba fallar de acuerdo con los hechos probados. Aplicó los artículos citados de la Ley 45 de 1936, a tiempo que no podía encuadrar su contenido dentro de unos hechos que no estuvieron probados. Aplicó el artículo 399 del C. Civil, cuando los testigos declararon que los elementos que tal artículo exige no se reunían en el caso de la discusión. El artículo 1155 sólo se aplica a los herederos, pero no a los que no se encuentran en tal situación. No podía el H. Tribunal aplicarlo a tiempo que los testigos indican que ni las apariencias indicaban que Miguel A. Cuéllar fuera hijo de Manuel A. Chimbaco".

Se considera:

Estos dos cargos se enderezan a atacar la sentencia del Tribunal, en cuanto ella se refiere a la prueba sobre la posesión de estado civil de hijo natural del demandante. El primero acusa el fallo por error de derecho, y el segundo por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial.

La sentencia recurrida se apoyó en la existencia de una escritura pública, en donde el causante hace la manifestación clara e inequívoca de que el demandante es su hijo. Como al tenor del ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tal prueba escrita constituye motivo suficiente para la prosperidad de la demanda (petición primera), es innecesario el estudio de estos dos cargos.

El Tribunal se limitó a decir, respecto a esa prueba testimonial, que la traída por el demandante estaba de acuerdo con la manifestación hecha por el causante en la escritura comentada. Al paso que la contraria del demandado no podía prevalecer sobre ésta. Es decir, que no era indispensable analizarla siquiera.

Pero aún si le hubiera dado el Tribunal a la prueba de testimonios fuerza legal suficiente para establecer la causal de posesión de estado civil de hijo natural, se tendría que por estar en pie el fundamento primero del fallo —relativo al mérito probatorio suficiente de la escritura pública—, no sería tampoco indispensable examinar estos dos últimos cargos. La Corte ha dicho muchas veces que no prospera el recurso de casación cuando no es atacado, o se ataca sin éxito, uno de los varios

fundamentos de la sentencia recurrida, suficiente por sí solo para mantener las conclusiones del Tribunal.

Se rechazan, por tanto, estos cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 23 de febrero de 1951, en el juicio ordinario seguido por Miguel A. Cuéllar contra la sucesión de Manuel A. Chimbaco, representada por Leopoldo Chimbaco.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez.— Pedro Castillo Pineda.— Rafael Ruiz Manrique.— Hernando Lizarralde, Secretario.

EL DOCUMENTO OTORGADO ANTE NOTARIO PARA HACER UN RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL Y QUE NO TENGA LOS REQUISITOS DE UNA ESCRITURA PUBLICA, NO PUEDE SER CONSIDERADO COMO DOCUMENTO PUBLICO. — RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS. — POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO

1.—El documento público debe provenir del funcionario u otorgarse ante él. El que se examina fue escrito por el mismo funcionario, quien, además, puso al pie la palabra "Notario" y el sello de la Notaría. Se trata de documento extendido ante el Notario del respectivo circuito por dictado del causante y lleva la firma de tres testigos. Por el otorgante firma el señor Marco T. Orrego, "rogado por el señor Andrés Corcino Correa", según constancia escrita de puño y letra del Notario.

Sin embargo, no es el caso de estimarlo como documento público. Se trataba de un acto de reconocimiento de hijos naturales y la ley exige la formalidad esencial de la escritura pública cuando ha de cumplirse ante Notario. La autorización del acto por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones lo hace auténtico, pero para que el instrumento en que conste adquiera el carácter de documento público, es indispensable que el acto se haya celebrado con los requisitos de forma exigidos en la ley y por ante funcionario competente. Y la ley, se repite, exigió la formalidad especial de la escritura pública para el reconocimiento de hijos naturales ante Notario.

Además, los Notarios no están facultados para otorgar documentos privados ni para recibir declaraciones de reconocimiento de hijos naturales. Por ante ellos se otorgan escrituras públicas o documentos públicos como actas de estado civil, pero respecto de los privados, su intervención se limita al reconocimiento de las firmas de los otorgantes y a su protocolización, si así lo desea el interesado. De manera que en el caso presente no existió documento público, porque no se expidió con las formalidades legales y porque el Notario no obró con facultad legal para el acto.

Más clara aparece esta conclusión si se relaciona con el artículo 1760 del Código Civil. En efecto, dice este texto que cuando el instrumento público en general (comprendiendo aquí las escrituras públicas) no se requiere como solemnidad imperativa, si queda defectuoso, por faltas en su forma, valdrá como instrumento privado, siempre que esté firmado por las partes. En cambio, no existe texto alguno que le dé a la escritura pública el valor de instrumento público cuando aquélla no se perfecciona por defectos en su forma. Dice la primera parte del artículo citado: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esta solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Según este inciso, el reconocimiento que Corcino Correa y el Notario de Salento quisieron cumplir, debe mirarse como no celebrado.

2.—Para que el documento privado adquiera la calidad de auténtico, debe ser reconocido por las partes o sus causahabientes ante funcionario competente. Es decir, el reconocimiento es un acto distinto del otorgamiento del escrito. En los documentos públicos no se necesita aquél, pues de por sí son auténticos. Los privados, en cambio, adquieren autenticidad sólo por virtud de tal reconocimiento.

En el caso de autos el Notario no hizo otra cosa que escribir las declaraciones de Correa y poner al pie del texto su firma y el sello. No se cumplió el acto de reconocimiento de las firmas. Siendo un simple documento privado, el acta de reconocimiento era necesaria para que adquiriera él carácter de auténtico.

3.—Para tener como comprobada la pose-

sión notoria del estado de hijo natural, no puede exigirse que los testigos depongan por separado necesariamente sobre un lapso mínimo de diez años, porque eso sería confundir los requisitos que la ley establece para la prueba de la posesión de estado, con los que la ley procesal determina para la validez de cada testimonio. Importa solamente que del conjunto de declaraciones aparezca, en forma clara e indudable, que el presunto padre trató al demandante como hijo, proveyendo a su educación y sostenimiento, presentándolo como tal, y que sus deudos y amigos, o el vecindario en general, lo hubieran reputado así durante un período no inferior a diez años. Ningún inconveniente puede haber para que algunos testigos depongan sobre un tiempo distinto, ulterior o anterior, siempre que respecto de cada período exista un conjunto de testimonios de los cuales se deduzcan en forma clara y precisa las condiciones que se acaban de explicar y, además, que del conjunto de ellos aparezca demostrado que tales hechos ocurrieron durante diez años continuos, por lo menos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero veintiuno (21) de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez).

Ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá y por medio de apoderado, Marco Antonio y Zabulón Zapata, Pedro Antonio, María del Rosario y Dolores Martínez, y Claudina León promovieron demanda contra Pedro Vicente, Hermenegildo, Eduardo, Félix y Elisa Correa de Castaño, Pedro José, Eufemia y Carmen Loayza C., Isabel Correa o Santos y Juan de la Cruz Loayza, éste último como representante legal de sus menores hijos Nabor, Luis Alfredo, Rosaura, Isaura, Rosa María, Marco Antonio y Tomasa Loayza Correa, para que con su audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"A) Que los señores Marco Antonio Zapata, Zabulón Zapata, Pedro Antonio Martínez, Rosario Martínez, Dolores Martínez y Claudina León, tienen el carácter de hijos naturales del señor Andrés Corcino Correa o Santos tanto en virtud del reconocimiento que éste hizo de los mismos por medio de la atestación otorgada ante el Notario de Salento con fecha 4 de abril de 1948, **como por la circunstancia de haber tenido por muchísimos años el estado notorio de hijos naturales**, como por tener en su poder documentos emanados de Andrés Corcino Correa o Santos que los acreditan como sus hijos naturales.

B). Que como consecuencia de la declaración anterior los señores Marco Antonio Zapata, Zabulón Zapata, Pedro Antonio Martínez, Rosario Martínez, Dolores Martínez y Claudina León tienen mejor derecho que los demandados a percibir los bienes de la sucesión del señor Andrés Corcino Correa o Santos y a suceder a éste en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

C). Que los señores Marco Antonio Zapata, Zabulón Zapata, Pedro Antonio Martínez, Rosario Martínez, Dolores Martínez y Claudina León, excluyen a los demandados del derecho de suceder al señor Andrés Corcino Correa o Santos y por lo tanto es entre aquéllos que debe verificarse la partición de los bienes de la sucesión".

Los hechos fundamentales de esta demanda se resumen así:

Que el 4 de abril de 1938 Corcino Correa hizo llamar a su residencia al Notario de Salento y le manifestó que deseaba hacer el reconocimiento de sus hijos naturales; que dicho funcionario accedió a extender la atestación respectiva, en la cual consta que Correa reconoció a los actores como hijos naturales suyos; que ese reconocimiento está corroborado por la posesión notoria de hijos naturales del fallecido que ya tenían los demandantes; que en el juicio de sucesión, promovido por los sobrinos y hermanos de Andrés Corcino Correa, se reconoció a los demandados como herederos de éste, sin perjuicio de terceros; que existiendo los hijos naturales de Correa, es apenas natural que quienes fueron declarados herederos en calidad de hermanos y sobrinos del de cujus, nada tienen que recibir o heredar; que Correa permaneció soltero hasta su muerte y no dejó hijos legítimos ni ascendientes.

Mediante la concesión de poder especial otorgado por los interesados, la demanda fue reformada para hacer las siguientes nuevas peticiones:

Que la sucesión de Andrés Corcino Correa se tramitó sin intervención de sus verdaderos herederos, los demandantes; que los bienes radicados en cabeza del fallecido se adjudicaron a personas que no son sus legítimos herederos, con perjuicio

de los llamados legalmente a recogerlos; que es manifiesta la inoperancia e invalidez de la sucesión de Corcino Correa, especialmente en lo tocante a la declaratoria de herederos, a la confección de inventarios y avalúos, a las subrogaciones, distribuciones, particiones y adjudicaciones, y a la sentencia aprobatoria de la partición con su correspondiente registro. Que en consecuencia se deben declarar sin valor todos esos actos y ordenarse la restitución consiguiente para que los bienes vuelvan al patrimonio sucesoral y se haga nueva liquidación con intervención de los auténticos herederos; que la orden de restitución debe comprender el pago de frutos y la entrega de los inmuebles libres de gravámenes; que se ordene la cancelación de los registros.

Estas súplicas están subordinadas, como es de entenderse, a la previa declaración de paternidad natural de Corcino Correa. La parte final de la demanda se dirige contra Juan Bautista Jaramillo y Ramón Tabares, Jesús María Arias, Gregoria y FernandoTabares, Bernardo Bedoya, Jesús María Bedoya, Lucrecio Parra y Pastora Valencia, como poseedoras de los inmuebles.

Las nuevas peticiones se fundan en los hechos que a continuación se resumen:

Que el finado Andrés Corcino Correa al tiempo de morir tenía la posesión y propiedad de una finca teritorial denominada NAVARCO, mejorada con pastos y casa de habitación, de una cabida superficiaria de noventa cuadras aproximadamente, situada en el Municipio de Salento y alinderada como allí se dice; que era dueño de los semovientes detallados en la letra b), y de los créditos que se citan en los ordinales c) y d); que tales bienes fueron incluídos en la diligencia de inventarios y avalúo practicada en la sucesión de Correa; que en la misma diligencia se relacionó un pasivo ficticio y se reconocieron créditos por valor de $ 4.673,21 a Gerardo Jaramillo, Jesús María Granados y Pablo E. Sabogal, por honorarios y gastos sucesorales; que al verificar la partición distribuyeron y adjudicaron bienes de la sucesión a Pablo E. Sabogal y a Jesús María Granados por valor de $ 2.336.60, y que para cubrir dicha hijuela se les adjudicó todo el ganado más la suma de $ 259.60 que debía pagar Isabel Correa; que a Gerardo Jaramillo le regalaron $ 2.936.60 por concepto de gastos, y que para cubrir esa cantidad se le adjudicaron lotes de tierra y créditos pequeños contra José María Tapias; que el 13 de febrero de 1942 el juzgado en mención aprobó la partición y ésta fue registrada; que las hijuelas se confeccionaron a favor de Lucrecia Parra, Pablo E. Sabogal, Isabel Correa y Jesús María Granados, y de los sucesores de Pedro José y de María Engracia Correa. En el hecho Séptimo indica el demandante las personas que tienen la posesión inscrita de los terrenos que pretende reivindicar, y relaciona las transferencias de que éstos han sido objeto. En el hecho Octavo asegura el actor que el reparto de los bienes sucesorales de Correa se hizo con notoria prodigalidad en beneficio de los abogados y de las personas que atendieron los gastos del juicio. En el hecho Noveno dice que sus representados están reconocidos como hijos naturales, calidad que los acredita para intervenir como legitimarios forzosos en la sucesión intestada del causante.

Por medio de sus representantes los demandados contestaron oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas. Respecto a los hechos, aceptaron que en el juicio de sucesión de Correa se habían hecho las adjudicaciones de que trata el libelo, pero negaron que hubieran reconocido a los actores como hijos naturales del causante.

En el fallo que puso fin a la primera instancia el juez del conocimiento declaró que Marco Antonio y Zabulón Zapata, Pedro Antonio, María del Rosario y María Dolores Martínez y María Claudina León son hijos naturales de Andrés Corcino Correa, y que, en consecuencia, tienen mejor derecho que los demandados a recibir los bienes hereditarios; que como en tal virtud excluyen a los demandados del derecho de suceder a Correa, entre los favorecidos con la declaratoria de herederos deberá hacerse la partición de los haberes sucesorales. Dice además el fallo que por improcedente se deniega la petición sobre invalidez de la sucesión de Andrés Corcino Correa, y que está probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de los actores para ejercitar dentro del mismo juicio la acción reivindicatoria de los inmuebles que formaron el acervo herencial en disputa.

La sentencia recurrida

Las dos partes apelaron. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en providencia fechada el 18 de febrero de 1952 revocó lo dispuesto por el inferior y absolvió a los demandados de todas las peticiones formuladas en el libelo.

El recurso

Concedido a los actores el recurso de casación,

la Sentencia ha sido acusada con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser violatoria de la ley sustantiva, debido a error de derecho en la apreciación de "algunos elementos probatorios y falta de apreciación de otros".

La acusación contiene un solo cargo dividido en cuatro capítulos: **instrumento público; documento privado reconocido o auténtico; prueba sumaria; y prueba testimonial.** De cada capítulo se hacen a continuación el extracto y estudio correspondientes. Dice el recurrente.

"El Tribunal Superior de Pereira, después de un largo estudio verificado a través del fallo en relación con el documento o acta notorial visto a folios 26 y 27 del cuaderno principal y que confeccionó el Notario de Salento por ante testigos, a petición del señor Andrés Corcino Correa el 4 de abril de 1938, concluye desconociéndole todo valor y fuerza probatoria a dicho documento.

"El Tribunal analiza tal documento desde tres puntos de vista: Primero, como Instrumento Público; Segundo, como Documento Privado reconocido o auténtico, y Tercero, como prueba sumaria.

"Por eso para sustentar esta acusación entraré a analizar, por separado, cada una de estas apreciaciones, siguiendo el estudio del Tribunal.

"Instrumento público: Para el Tribunal Superior de Pereira ese documento no es un Instrumento Público dizque porque le han "faltado formalidades esenciales.... como son las de inserción en el protocolo o inclusión en los libros originales del despacho" del Notario de Salento, concluyendo que Instrumento Público y Escritura Pública son exactamente la misma cosa, incurriendo aquí en la primera equivocación, pues el artículo 1758 del C. Civil, que es claro y expreso, diferencia y enseña estas dos nociones: "Instrumento Público o auténtico es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario", dice el primer inciso, sin exigir inserción alguna en el protocolo ni inclusión en libro alguno. Agregando el segundo inciso que "Otorgado ante el Notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo se llama Escritura Pública". Por lo tanto, de conformidad con lo que enseña este artículo del C. Civil, el acta o declaración del 4 de abril de 1948, confeccionada por el Notario de Salento —que es un funcionario público— a petición del señor Andrés Corcino Correa, es un Instrumento Público. Si dicho Notario lo hubiera incorporado en el respectivo protocolo, sería una escritura pública, y en este caso no se habría presentado debate alguno sobre la calidad de hijos naturales de los demandantes respecto del señor Corcino Correa, porque el artículo 2º de la Ley 45 de 1936 establece que **"el reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse: ....por escritura pública".** Lo que quiere decir que un reconocimiento por **escritura pública,** no necesita del debate y del reconocimiento judiciales. Caso distinto el ocurrido con el **instrumento público,** al cual, si es cierto que la ley le asigna un valor probatorio pleno y completo por llevar la presunción de la autenticidad, no le reconoce, por sí solo, la virtud de servir de reconocimiento voluntario e irrevocable de hijos naturales. Además, esta interpretación de la clase y extensión de las funciones del Notario Público es errónea, porque las funciones del Notario no son simplemente aquellas relacionadas con actos y contratos que la ley obliga a pasar por ante él, so pena de ineficacia absoluta, como los relativos a enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles y la constitución de hipotecas, imposición de gravámenes y demás actos de que trata el artículo 2577 del C. Civil, sino que también tienen las de extender y autenticar los que "....las personas naturales o jurídicas quieren dar autenticidad y constancia públicas...." (Art. 2547 del C. Civil).

"Por lo tanto, al desestimar el Tribunal dicho documento como un Instrumento Público, por error de derecho en apreciación de esa prueba, viola la ley sustantiva en las disposiciones ya anotadas y, además, en las que posteriormente me permitiré señalar.

"Documento privado reconocido o auténtico:

Entrando el Tribunal a analizar el aludido documento para "averiguar si ese papel o documento sirve o nó como elemento básico para que en un juicio como el presente se declare la paternidad natural de Andrés Corcino Correa sobre sus pretendidos hijos ilegítimos", considera que por el hecho de que "la narración que se lee en ese papel no fue escrita personalmente por Corcino Correa sino por Justiniano Ocampo, Notario de Salento por la época del escrito", carece del reconocimiento "en forma legal" y por lo consiguiente que el referido escrito no se puede tener como AUTENTICO.

Al hacer el Tribunal la exigencia de que para efectos de un tal reconocimiento en forma legal tiene que estar el documento escrito personalmente por el otorgante, incurre en una grave equivo-

cación legal, pues el reconocimiento del Instrumento Privado puede versar sobre su contenido, sin necesidad de haberse escrito por quien lo reconoce, o sobre su firma, caso en el cual con el reconocimiento de ésta se considera reconocido también el contenido.

"Ajustado perfectamente a la ley sostiene el Tribunal que si el otorgante no sabe firmar y ruega a otro para que lo haga en su nombre, debe manifestarlo así en el momento de la atestación, extendiéndose una acta sobre lo ocurrido, que se firma por el Juez o Notario. Mas al estudiar el documento que nos viene ocupando, deja de lado el hecho, por el mismo Tribunal reconocido, de que el documento fue extendido por el mismo notario y que en el momento de irlo a firmar el señor Corcino Correa, éste rogó al señor MARCO T. ORREGO que lo hiciera por él. Esto consta al pié del documento en la siguiente frase: "Rogado por el señor Andrés Corcino Correa que manifiesta no poder lo hace el señor Marco T. Orrego". Esa acta, pues, de que habla el Tribunal está allí mismo dentro del documento. Ella no era necesario extenderla por fuera, ya que era el mismo Notario quien estaba extendiendo, por orden del otorgante, el referido escrito. O es que el Tribunal exige una determinada fórmula sacramental? Si eso fuera así, tendría que aceptarse que esa fórmula no la exige la ley.

"Y continuando en el análisis de esta prueba, dice el Tribunal que el Notario de Salento, en la confección de este documento, obró como simple particular y no como Notario. Y acoge la sugerencia de que "el documento de autos, puede denunciar una confabulación entre las personas que aparecen firmantes y las que figuran como reconocidas para apoderarse por medios ilícitos de los bienes que Andrés Corcino Correa dejó a su muerte....", dizque porque era muy fácil "extender un papel de ese tenor literal, hacerlo firmar por cuatro confabulados y entre ellos por uno que dijo ser notario y que le puso el sello...." ....En contra de tal apreciación sea lo primero anotar que hay dos hechos que no se discuten dentro de este proceso: 1º que el señor Justiniano Ocampo era notario de Salento por aquella época, y 2º que al confeccionar el mencionado documento obró dentro de su jurisdicción. Además, aparece comprobado que el Sr. Justiniano Ocampo fue llamado por el Sr. Corcino Correa a su lecho de enfermo, no como simple particular, no como testigo de una declaración suya, sino como funcionario público, como Notario que era de Salento, pues esto lo afirman y lo explican los testigos Marco T. Orrego y Ernesto Ramírez tanto en sus declaraciones vistas a folios 41 y 43 del Cuaderno principal, como en sus ratificaciones vistas a folios 19 a 21 y 13 a 15, respectivamente, del cuaderno 3º.... Por lo tanto como dichos testigos son hábiles y concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba según el art. 594 del C. Judicial, mucho más cuando no fueron infirmados en relación con tales hechos en el momento de la ratificación.

"Por lo expuesto, a la luz del derecho probatorio, no puede dudarse que el señor Justiniano Ocampo fue llamado, en su calidad de Notario de Salento por el señor Corcino Correa a su casa de campo el 4 de abril de 1938, para que le confeccionara un documento sobre reconocimiento de hijos naturales, y que el contenido de ese documento, con sus declaraciones, fue dictado por el mencionado Correa.

Pero no es esto solamente: Si se aceptara la crítica probatoria del Tribunal en relación con la autenticidad del documento en cuestión, fácilmente tendríamos que llegar también a dudar o poner en tela de juicio todos los documentos pasados ante Notario, ya fuesen privados, Instrumentos Públicos y aún las mismas escrituras porque en todos estos casos podría presentarse una confabulación semejante a la que supone el Tribunal. Pero el Código Civil es claro y rotundo al establecer en su artículo 2576 que "En el Notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él pasan....". Lo que la ley presume, lo que supone, pues, no es la falsedad, la ilicitud y la falta de autenticidad de los actos y contratos pasados ante notario, como lo supone, en este caso el Tribunal Superior de Pereira, sino todo lo contrario, presume y supone la veracidad, la licitud y la autenticidad. Contra la buena fe del Notario Público no caben suposiciones. Sus actos, como tal, se reputan perfectamente lícitos y ciertos a la luz de la ley, y para desconocerles esa licitud y esa certeza se necesita prueba plena y completa y una decisión judicial que haga la declaración pertinente.

"Ahora bien: Si lo que le faltó a ese escrito, para ser una escritura pública completa, fue la inserción en el protocolo o la inclusión en los libros originales del Despacho del Notario, cosa que no se hizo por "ignorancia supina" del funcionario, según el concepto del Tribunal, entonces nos hallaríamos ante un instrumento público defectuoso, lo que equivaldría, según el inciso segundo

del artículo 1760 del Código Civil, a un documento privado auténtico. Y lo anterior porque en la confección de dicho instrumento intervino un funcionario público llamado expresamente para tal fin, en quien la ley tiene depositada la fe pública y de quien no se puede suponer no ciertos o falsos los actos que como tal rubrica. Y como la autenticidad hace relación a que realmente el instrumento fue otorgado por la persona o personas que en él se expresan y un Notario en ejercicio de sus funciones y dentro de su jurisdicción confirma dicho hecho, es de tener como cierto, como real todo el contenido de ese documento y por lo tanto considerarlo como auténtico. Una acta de nacimiento sentada ante un párroco es un instrumento público, y también lo es una acta de reconocimiento sentada ante un juez. Cómo no lo es, entonces la sentada ante un notario público?

"Por lo tanto, al negarle el Tribunal Superior de Pereira al documento de que venimos ocupándonos, no solamente su carácter de instrumento público sino también su calidad secundaria de documento privado simplemente auténtico, desconociendo por otra parte el valor probatorio de los dos testimonios atrás analizados, viola los artículos 594, 637, 639, 640, 641, 642 y 646 del Código Judicial, y los artículos 1760 inciso 2º, 1761, 1765, 2547 y 2576 del C. Civil y como consecuencia los artículos 1º, y 4º numeral 3º de la Ley 45 de 1936.

"**Prueba sumaria.**—Avanzando más el Tribunal de Pereira en el análisis demoledor de esta prueba, después de desconocerle el valor de instrumento público y el de documento privado reconocido o auténtico, procede a apreciar este documento como prueba sumaria, concluyendo que aun considerada como tal, por haber sido dicho documento otorgado ante más de dos testigos, ese medio probatorio no puede sustituír al que de manera perentoria reclama la ley de filiación natural en el ordinal 3º del art. 4º ya que esa misma ley establece en el art. 29 que **"no es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley"**. Es decir, para el H. Tribunal de Pereira, la investigación de la paternidad natural y su comprobación está sometida a prueba taxativa, a una clase especial de pruebas fuera de la cual no hay salvación. El Tribunal, al interpretar el numeral 3º del artículo 4º en la forma como lo hace, da a entender que solamente las cartas del pretendido padre son válidas como pruebas, o sus escritos de puño y letra. Es decir, que si el presunto padre no sabe escribir, aún dictando a un funcionario público y ante testigos un escrito que contenga una confesión inequívoca de paternidad natural y rogando a otro que firme dicha declaración por él, no se está ante una confesión inequívoca de tal paternidad.

"Esta es la más restringida de las interpretaciones de la ley y en mi concepto la más errónea. Además, al hacer la transcripción del artículo 29 de la Ley 45 de 1936 en la forma y términos como lo hace el Tribunal, se trasluce otro error y es el de confundir el reconocimiento voluntario, como el acta de nacimiento firmada por quien reconoce, la escritura pública, el testamento o la manifestación directa y expresa hecha ante un Juez, con los elementos probatorios que pueden servir para la investigación y declaración judiciales de la paternidad natural. Pues si es cierto que el documento que analizamos no constituye por sí solo un reconocimiento voluntario, por no ser una acta de nacimiento, ni una escritura pública, ni un testamento, ni una manifestación directa y expresa del presunto padre ante un Juez, sí constituye por lo menos una confesión inequívoca de paternidad, con valor de plena prueba, que dá lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, al tenor de lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Pues en último caso tendría que tomarse, por lo menos como el **"escrito cualquiera"** de que trata la disposición antes expresada. Y con esta finalidad precisamente fue allegado dicho documento al juicio. Como elemento probatorio, como una manifestación inequívoca de paternidad, para obtener dicha declaración judicial: Si se hubiera considerado en el primer sentido, es decir, como reconocimiento voluntario, entonces, como se dijo atrás, no se habría acudido a un juicio sobre filiación natural, porque éste sobraba.

"Por tales razones no resulta acertado el Tribunal al afirmar que en virtud del artículo 29 ya transcrito, no puede tenerse como prueba sumaria el documento en mención.

Finalmente sostiene el Tribunal que no "podrá hablarse de reconocimiento tácito del escrito tantas veces mencionado, ya que la parte demandada lo ha desconocido al contestar la demanda, y por otro lado el abogado de la misma parte en su alegato de audiencia dijo que "El documento de autos, puede sí denunciar una confabulación entre las personas que aparecen firmantes y las que figuran como reconocidas para apoderarse por medios ilícitos de los bienes que Andrés Corcino Correa dejó a su muerte...." lo que significa "que

no existe basamento para admitir que el documento no ha sido redarguído de falso".

Anda también equivocado el Tribunal al considerar que con eso basta para tenerse como redarguído de falso un documento. No se dió cuenta que para tacharse de falso un documento es preciso que el punto se resuelva mediante un incidente o articulación, y en nuestro caso ese incidente no fue provocado. Además, no es en el alegato de audiencia de segunda instancia donde se debe de proponer tales tachas, pues éstas no son admisibles sino "hasta la citación para sentencia", (artículo 649 del C. J.). Auto éste de citación para sentencia, que como lo dice el comentarista Julio González Velásquez, "cierra, por decirlo así, la gestión de los litigantes en el negocio y los coloca comúnmente en una situación de pasividad hasta proferir el fallo del caso". (Manual Práctico de la prueba civil, pág. 257). La audiencia se produce después de dictado dicho auto de citación, cuando ya dicho auto está en firme, esto es, cuando ya está precluído el término para formular tachas. De suerte que con esta apreciación viene el Tribunal a interpretar equivocadamente los artículos 649 y 391 del C. Judicial.

"En consecuencia, con esta tercera estimación que hace el Tribunal del documento que nos ocupa, viola por error de derecho en la apreciación de esta prueba los artículos 1º, 4º ordinal 3º y 29 de la Ley 45 de 1936; también los artículos 391, 594, 647 y 649 del C. Judicial.

Prueba testimonial

"Pero al estudiar la prueba de este proceso, el Tribunal no sólo yerra en la apreciación del documento ya visto, sino que también incurre en error manifiesto de derecho al apreciar los testimonios que acreditan el estado de posesión notoria de hijos naturales de los demandantes respecto del señor Corcino Correa. E incurre en dicho error cuando manifiesta que "la prueba testimonial que a este negocio se trajo acusa deficiencias esenciales, en forma tal que sólo sobreestimándola equivocadamente podría tenerse como base para una declaración sobres paternidad natural". Pues que "....el conocimiento de los testigos no abarca ni la infancia ni la mocedad de esos presuntos hijos, en forma tal que pudiera decir, sin riesgo de equivocarse, quién proveyó al sustento de los mismos o a su educación y vestido", y que "de allí el fundamento principal para desechar esa prueba testimonial sobre posesión notoria".

"Esta apreciación del Tribunal es errónea porque dentro de este proceso encontramos una serie de testimonios que analizándolos conjuntamente, esto es, coordinando los distintos hechos conocidos por los diversos testigos, se llega a la certeza del estado de la posesión notoria en cuestión".

"Los testimonios citados y reproducidos en el cargo son los de Enrique Nieto, Osías Rojas, Juan Carvajal y Eudoro Naranjo. El recurrente dice que el Tribunal desechó los primeros con razones inaceptables y que el último no lo tuvo siquiera en cuenta".

Y concluye así su acusación:

"Todos estos testigos ya vistos dicen haber conocido a don Corcino Correa por un espacio de más de 20 años y haberse dado cuenta directa y personalmente del trato que de hijos les daba a los tantas veces nombrados Zapata, Martínez y León. Es la prueba testimonial más completa, porque además de que cada testigo explica de manera clara y lógica los hechos que narra, unos con otros guardan una estrecha relación, es decir, no se contradicen sino que coinciden y complementan de manera perfecta. Y al desecharlos el Tribunal por las razones ya vistas incurre, como lo he expuesto, en error de derecho, ya que esta prueba es plena y completa y por lo tanto suficiente para demostrar el estado de posesión notoria de los antes nombrados Zapata, Martínez y León como hijos naturales del señor Corcino Correa, y por lo tanto da lugar a declarar la paternidad natural judicialmente, de conformidad con el numeral 5º del art. 4º de la Ley 45 de 1936.

No sobra agregar aquí, que los demás testimonios que analiza el Tribunal en su sentencia contribuyen a darle fuerza a los antes comentados. Pues no obstante que los deponentes dan cuenta de meros hechos relativos a las relaciones de don Corcino Correa con sus hijos naturales, narran algunos de importancia suma como las atenciones de los referidos hijos para con el anciano Correa en la ciudad de Calarcá cuando éste estaba reducido a la cama y hasta su muerte. La declaración de **Leonardo Pérez,** practicante del Hospital de Calarcá, que tampoco la toma en cuenta el Tribunal y que aparece a folio 36 vto., y 37 del cuaderno 3º es también de suma importancia, pese a que apenas vino a conocer las relaciones de los señores Zapata, Martínez y León con el señor Correa en los últimos años de su vida. Al omitir el Tribunal la apreciación de esta prueba incurre en otra falta legal.

"El Tribunal ha estimado, además, que para de-

mostrar la posesión notoria por medio de prueba testimonial es preciso que el testigo haya percibido los hechos que revelan dicha posesión por más de diez años de manera continua. Esta apreciación, en mi concepto, es equivocada y no responde a ninguna exigencia legal. Pues lo que la ley exige es que se demuestre por cualquier clase de prueba dicho hecho, por un lapso de más de diez años. Es decir, que si se demuestra con prueba testimonial, al tenor de lo exigido por el artículo 399 del C. Civil, puede ser con cinco testigos, por ejemplo, que la hayan percibido por cinco años y otros cinco para el resto del tiempo. Mas en ninguna parte la ley procedimental ni la sustantiva exige que el testigo lo sea de hechos consecutivos por más de diez años. Esta resulta, también, otra apreciación errónea del Tribunal.

Resumiendo, el Tribunal Superior de Pereira, por haber incurrido en error de derecho en la apreciación del documento visto a folios 26 y 27 del cuaderno principal y del cual he tratado, por haber incurrido en el mismo error en la apreciación de la prueba testimonial que analicé y por no haber apreciado en forma alguna otros testimonios, al proferir el fallo que acuso desechó las peticiones de la parte demandante, absolviendo de todos los cargos a la demandada, no obstante que la prueba aludida, interpretada en forma correcta, da lugar a declarar judicialmente la paternidad natural demandada. Y como consecuencia de dicho error considero que se han violado las siguientes disposiciones de la ley sustantiva: artículos 1758, 1760 inciso 2º, 1761, 1765, 2547 y 2576 del C. Civil; los artículos 1º, 4º, numerales 3º y 5º y 6º de la Ley 45 de 1936, este último en relación con los artículos 397, 398 y 399 del C. Civil, lo mismo que el artículo 29 de la Ley 45 antes referida. Y del C. Judicial los artículos 391, 593, 594, 603, 605, 637, 639, 640, 641, 642, 646, 647 y 649".

Estudio del cargo

Puede dividirse en dos partes el único cargo que formula el recurrente: error de derecho en la apreciación del documento presentado por la parte demandante como prueba de la filiación, e indebida apreciación de la prueba testimonial.

I.—Pasa a estudiarse la primera acusación.

El recurrente sostiene que el documento o acta notarial que aparece a folios 26 y 27 del cuaderno principal, es un instrumento público o un documento privado reconocido o auténtico, o, al menos, una prueba sumaria. Y que el Tribunal incurrió en error de derecho al negarle estas condiciones, con violación de los artículos 1.758, 2.547, 2.576, 1.760, 1.761, 1.765 del C. Civil y 594, 637, 639, 640, 641, 642, 647 y 649 del C. Judicial, e infracción indirecta de los artículos 1º y 4º, numeral 3º de la Ley 45 de 1936.

Según lo afirma la parte actora, el documento materia de la acusación fue elaborado por el Notario Público de Salento el día 4 de abril de 1938 en la casa de habitación del causante Corcino Correa, quien hizo llamar a aquel funcionario para que extendiera un acta de reconocimiento de sus hijos naturales; que el Notario y los testigos lo firmaron y que a ruego de Correa, imposibilitado para firmar, lo suscribió Marco T. Orrego. Su tenor es como sigue:

"En el Municipio de Salento, Departamento de Caldas, República de Colombia a cuatro de abril de 1938, yo Andrés Corcino Correa mayor de edad, vecino del Municipio de Salento ya dicho, declaro: que soy soltero cedulado con el número 326547, natural y vecino de este Municipio, de sesenta y cinco años de edad, hijo de Juana María Santos. Que durante mi vida he obtenido los siguientes bienes inmuebles y muebles:....

CUARTO.—Que reconoce y es su voluntad reconocerlos como sus hijos a los señores Marco Antonio Zapata, Zabulón Zapata; Pedro Antonio Martínez, María del Rosario Martínez, Dolores Martínez y Claudina León. Hago esta declaración porque me encuentro en peligro de muerte y quiero que en tal caso dejar constancia de mis herederos legítimos. En constancia firmo el presente ante el señor Notario del circuito de Salento con los testigos señores Ernesto Ramírez, Félix Ríos; Cesáreo Loaiza. Rogado por el señor Andrés Corcino Correa que manifiesta no poder lo hace el señor Marco T. Orrego.—Marco T. Orrego.—Ernesto Ramírez.—Testigo, Félix Ríos.—Cesáreo Loaiza. Justino Ocampo del B., Notario".

El Juzgado a quo consideró que si bien no se trataba de escritura pública, al menos sí constituía un instrumento público en virtud de haber sido pasado ante un Notario en ejercicio de sus funciones, quien lo firmó y selló. El recurrente sustenta en primer término esta tesis. En cambio, para negarle esa calidad el Tribunal expresó que por instrumento público se entiende el que ha sido expedido por el competente funcionario en ejercicio de sus funciones, dentro de su jurisdicción territorial y con observancia de las previsiones legales al respecto. Y agrega:

"A la luz de estos raciocinios surgen deducciones de orden práctico que pueden formularse por vía de ilustración del tema debatido en este litigio: Si un ciudadano comparece al despacho notarial y solicita que se extienda un acta de nacimiento y reconocimiento de hijo natural, y esa formalidad se cumple por el funcionario, entonces se ha operado un acto público y el documento que tal constancia comprende tiene el carácter de instrumento público; si no se trata ya del acta de nacimiento, sino del reconocimiento formal de un hijo natural por ante Notario, entonces lo indicado es que se extienda la respectiva escritura pública con el lleno de todas las formalidades propias de ese acto si tal cosa se hace, entonces el reconocimiento se cumple por virtud de un documento público como es la escritura.

"Aquí no se trata de ninguna de las dos formalidades comentadas; el hecho es totalmente diferente: dícese que un ciudadano ha querido que conste en papel sellado una declaración alusiva al reconocimiento de hijos naturales y ha llamado al Notario y a testigos para que firmen esa manifestación escrita. Ya no se trata de un documento público toda vez que han faltado formalidades esenciales a éste como son las de inserción en el protocolo o inclusión en los libros originales del despacho, se trata de un simple documento privado al cual se ha querido poner por vía de atestación la firma del Notario".

Concluye de lo anterior el Tribunal que al tenor del art. 2º de la Ley 45 de 1936 no se ha acreditado en ninguna forma el reconocimiento de los demandantes como hijos naturales de Corcino Correa, pues el tal instrumento no es escritura ni documento público.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 1.758 del C. C., define lo que se entiende por instrumento público así: "es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario". Y añade: "Otorgado ante el Notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública".

No hay la menor duda, pues, de que si bien es cierto que toda escritura pública es un documento público, puede haber documentos públicos, en cambio —y los hay de muy diversa índole—, que no son escrituras públicas. Tales, por ejemplo, las actas de estado civil, los certificados expedidos por funcionarios sobre hechos sucedidos ante ellos en ejercicio de sus funciones, las sentencias y providencias dictadas en el curso de los juicios.

De consiguiente, por ante Notario pueden producirse escrituras públicas y simples documentos públicos. Porque las funciones del Notario no se reducen al otorgamiento de las escrituras públicas, como muy bien lo dice el artículo 2.546 del C. C.: "La recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia pública, conforme a la ley, están a cargo del Notario Público". El artículo 2577 ibidem, repite que cuando los instrumentos se otorgan ante Notario y éste los custodia en el respectivo protocolo, son escrituras públicas; y agrega que por ante él se otorgan los actos y contratos relativos a inmuebles "y los demás actos y contratos respecto de los cuales la ley exige que su constancia quede consignada en escritura o instrumento público".

Así, pues, de lo dicho por el Tribunal en los párrafos transcritos de su sentencia y de lo dispuesto en los artículos del C. C., que acaban de citarse, no aparece en forma alguna que aquél haya identificado las escrituras y los documentos públicos. En consecuencia, el fallo acusado no viola por este aspecto el artículo 1758 del C. C.

Para que un escrito constituya documento público se requieren cuatro condiciones: 1) que esté autorizado por un funcionario público; 2) que el mismo tenga autorización legal para abonarlo; 3) que obre dentro del territorio de su jurisdicción; y, 4) que la autorización se haga con las formalidades legales.

Solamente los requisitos primero y tercero se cumplen a cabalidad en el caso de autos.

Justiniano Ocampo declara que en su condición de Notario fue llamado a casa de Corcino Correa, que como tal escribió el acta personalmente y que reconoce su firma al pié de ella (C. 3, folio 26); que el señor Correa le manifestó que su voluntad y firme deseo era que "en el acta notarial" quedaran reconocidos como hijos naturales los demandantes (ibidem fol. 27), y que deseaba hacer "una atestación notarial" para ese efecto (ibidem fol. 26 vta.).

De la declaración de Ernesto Ramírez (C. 3 fol. 13 y 14) se deduce igualmente que el Notario de Salento obraba en esa ocasión en su calidad de tal. Marco T. Orrego (C. 3 fol. 19 vta.) dice que Correa le manifestó ese día que había mandado a llamar al Notario de Salento para arreglar sus cosas por encontrarse enfermo. El documento expre-

sa que se firma por ante el Notario de Salento, y al pie de la firma de éste aparece la palabra "Notario" y el sello de la Notaría.

Por los hechos anotados no existe la menor duda de que el señor Justiniano Ocampo obró ese día y en tal acto dentro de su jurisdicción y en la creencia de que cumplía funciones de Notario.

Como las declaraciones de Corcino Correa no se extendieron llenando las formalidades de la escritura pública, no tienen valor legal de reconocimiento. Pero la circunstancia de que la pieza de autos no sea una escritura pública, no significa que tampoco pueda ser un documento público si reúne los requisitos que para éste exigen la ley y la jurisprudencia.

Queda por ver si los requisitos segundo y cuatro también se encuentran cumplidos en el caso que se estudia, es decir, si el documento se otorgó con las formalidades legales y si el Notario tenía facultades para autorizarlo.

Las formalidades propias de la escritura pública no se cumplieron seguramente por ineptitud del Notario, ya que él mismo declara que el causante le manifestó su voluntad de reconocer a sus hijos naturales. Debe examinarse entonces si se encuentran reunidos los requisitos indispensables para que el documento sea público, sin ser escritura.

El documento público debe provenir del funcionario u otorgarse ante él. El que se examina fue escrito por el mismo funcionario quien además, puso al pié la palabra "Notario" y el sello de la Notaría. Se trata de documento extendido ante el Notario del respectivo circuito por dictado del causante y lleva la firma de tres testigos. Por el otorgante firma el señor Marco T. Orrego, "rogado por el señor Andrés Corcino Correa", según constancia escrita de puño y letra del Notario.

Sinembargo, no es el caso de estimarlo como documento público. Se trataba de un acto de reconocimiento de hijos naturales y la ley exige la formalidad esencial de la escritura pública cuando ha de cumplirse ante Notario. La autorización del acto por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones lo hace auténtico, pero para que el instrumento en que conste adquiera el carácter de documento público es indispensable que el acto se haya celebrado con los requisitos de forma exigidos en la ley y por ante funcionario competente. Y la Ley, se repite, exigió la formalidad especial de la escritura pública para el reconocimiento de hijos naturales ante Notario.

Además, los Notarios no están facultados para otorgar documentos privados ni para recibir declaraciones de reconocimiento de hijos naturales. Por ante ellos se otorgan escrituras públicas o documentos públicos como actas de estado civil, pero respecto a los privados su intervención se limita al reconocimiento de las firmas de los otorgantes, y a su protocolización si así lo desea el interesado. De manera que en el caso presente no existió documento público porque no se expidió con las formalidades legales y porque el Notario no obró con facultad legal para el acto.

Más clara aparece esta conclusión si se relaciona con el artículo 1760 del C. Civil. En efecto, dice este texto que cuando el instrumento público en general (comprendiendo aquí las escrituras públicas) no se requiere como solemnidad imperativa, si queda defectuoso por faltas en su forma valdrá como instrumento privado siempre que esté firmado por las partes. En cambio no existe texto alguno que le dé a la escritura pública el valor de instrumento público cuando aquélla no se perfecciona por defectos en su forma. Dice la primera parte del artículo citado: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esta solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Según este inciso, el reconocimiento que Corcino Correa y el Notario de Salento quisieron cumplir, debe mirarse como no celebrado. Pero en cuanto a su valor como simple prueba para la declaración judicial, es pertinente la segunda parte del citado texto que expresa: "Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes".

En el caso que se analiza no hay duda de que tanto el otorgante como el Notario quisieron extender un acta de reconocimiento de hijos naturales. Mas debido a ignorancia del último, realmente censurable, no se perfeccionó la escritura pública, por no habérsele dado encabezamiento de tal y no haberse llevado al protocolo. Esos vicios de forma y la incompetencia ya anotada del susodicho funcionario convirtieron el escrito en documento privado, inadecuado como medio de reconocimiento pero apto como prueba de la filiación.

Ha de estudiarse entonces si debe prosperar la acusación de haber desestimado el Tribunal ese

documento privado negándole autenticidad para los efectos del ordinal 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, es decir, rechazándolo no ya como prueba de reconocimiento de hijos naturales, sino como medio de convicción para que se haga la declaración judicial.

Para los fines del ordinal citado puede decirse que este documento privado proviene del presunto padre? La Sala no vacilaría en responder afirmativamente en el supuesto de que el documento fuera auténtico (art. 1.761 del C. C.).

La Ley autoriza expresamente tanto la firma a ruego en instrumentos públicos, como el reconocimiento de documentos privados ante funcionarios públicos. Y hecho esto así, el documento produce el mismo efecto y tiene idéntico valor que si llevara la firma personal del otorgante o de quien lo reconoce. El art. 2.586 del C. C., es muy claro: "Si alguno de los OTORGANTES no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego un testigo diferente de los instrumentales, que reúna las circunstancias que en estos se requieren".

Y vale observar que para el reconocimiento de un documento privado no se requieren testigos. Es suficiente la atestación del Notario o del Juez y su secretario.

Pero el documento privado no adquiere la calidad de auténtico sino cuando es reconocido por las partes o sus causahabientes ante funcionario competente. Es decir, el reconocimiento es un acto distinto del otorgamiento del escrito. En los documentos públicos no se necesita aquél, pues de por sí son auténticos. Los privados, en cambio, sólo adquieren autenticidad por virtud de tal reconocimiento.

En el caso de autos el Notario no hizo otra cosa que escribir las declaraciones de Correa y poner al pie del texto su firma y el sello. No se cumplió el acto de reconocimiento de las firmas. Siendo un simple documento privado, el acta de reconocimiento era necesaria para que adquiriera el carácter de auténtico.

El art. 646 del C. J., dice cómo se verifica el reconocimiento de documentos privados ante juez o notario. Se exige "la atestación" del funcionario, es decir, que dé fe sobre el conocimiento personal que tenga de quien reconoce el documento. Si éste se firmó a ruego, quien lo mandó firmar debe declarar si es cierto su contenido, según el artículo 642 ibídem. Y esta formalidad no se cumplió en el caso que se estudia. Por tanto, no es posible admitir que la autenticidad del documento sea consecuencia de haberlo reconocido ante el Notario que intervino en su redacción. Consta que el señor Correa se limitó a otorgarlo por medio de testigo rogado. La Corte, en Sentencia de 11 de abril de 1946, Tomo LX, pág. 381, dijo: "Si el documento está firmado a ruego, porque su autor no podía o no sabía firmar, es necesario que diga si el documento se extendió de su orden, si rogó a otro que lo firmase en su nombre y, además, debe responder si también es cierto su contenido (artículo 642 del C. J.). Esto se explica porque es muy posible que se haya abusado de quien no sabía escribir haciéndole creer que el contenido es el que oyó leer y no lo era. Le queda al obligado el derecho de negar el contenido del documento y declarar que rogó se firmara en su nombre, si así lo hizo".

Y en estas condiciones, para que el documento privado que se aduce como prueba de la filiación pudiera admitirse como realmente originario del causante, era necesario que los demandados así lo reconocieran o que, al menoos, no lo hubieran rechazado, o bien, que los actores probaran su autenticidad. Mas como aquéllos en forma expresa manifestaron que no aceptaban el referido documento, le correspondía a la parte actora la prueba de su autenticidad.

Según dice el recurrente, el Tribunal estimó que para los efectos del numeral 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, solamente son admisibles cartas o escritos que lleven la firma de puño y letra del presunto padre, y no cuando han sido firmados a ruego. La Sala observa que en parte alguna de la sentencia recurrida el Tribunal sostiene esa doctrina. El Sentenciador rechazó el documento presentado por no haberse probado su autenticidad, y no por haber sido firmado a ruego. Es decir, de acuerdo con la doctrina expuesta por el Tribunal, si dicho documento fuera auténtico, sería prueba suficiente para la declaración judicial de la paternidad natural con base en el numeral 3º del artículo citado.

En efecto, dice el Tribunal:

"No se cmplió la formalidad preindicada con relación al documento que se dice otorgado por Corcino Correa para reconocer a determinados hijos como naturales y de ahí que tal escrito no sea **auténtico** a los ojos del juzgador y por ende no pueda fundar ese **convencimiento inequívoco** de que su autor fue el aludido Correa ya pasado a mejor vida. Se podría argumentar en contrario diciendo que la ley asigna al documento privado no reconocido la fuerza de prueba sumaria cuando está otorgado ante dos testigos por lo menos, pero si es verdad que la ley reviste de calidad de prue-

ba sumaria al instrumento privado no reconocido, también es cierto que este medio probatorio no puede sustituír al que de manera perentoria reclama la ley de filiación natural en el ordinal tercero de su artículo 4º Es esa misma ley la que en su artículo 29 expresa: "**No es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley**". Este precepto confirma la tesis que se viene sosteniendo por la Sala, o sea la que los medios escogidos por el legislador para acreditar la calidad de hijo natural son taxativos, limitados y expresos, y que no hay ni puede haber valoración probatoria que los sustituya".

Podría decirse que con las declaraciones examinadas atrás se prueba suficientemente el otorgamiento del documento y la firma a ruego por el causante, lo cual establece su autenticidad. Pero para tal fin el Tribunal consideró insuficientes esas declaraciones, y el recurrente en casación no acusa la sentencia por error de hecho ni de derecho en la apreciación de dichos testimonios, estimándolos como prueba de la autenticidad del escrito. Si bien es cierto que en el cargo se habla de error en la apreciación de declaraciones, es únicamente respecto a la prueba de posesión de estado civil de hijo natural.

En estas condiciones la Sala no puede revisar el criterio del Tribunal sobre este aspecto de la sentencia, ya que el recurso de casación limita la competencia de la Corte al estudio de los cargos concretos que el recurrente formule en su demanda.

La acusación, pues, no prospera.

Posesión de estado de hijo natural

En la segunda parte del cargo único, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal por error maniifesto "de derecho" en la apreciación de los testimonios que acreditan el estado de posesión notoria de hijos naturales de los demandantes.

El Tribunal consideró insuficiente la prueba testimonial allegada al proceso con el fin de demostrar esta causal, porque adolece de deficiencias esenciales que impiden pronunciar la declaración de paternidad natural con fundamento en ella.

El Tribunal no desconoció que la prueba testimonial fuera pertinente para demostrar la posesión de estado civil, pues de haberlo dicho sí hubiera incurrido en error de derecho por violación del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y del 399 del C. C., conforme a los cuales dicha posesión se demuestra por un conjunto de testimonios que establezcan en forma evidente el trato continuo, notorio y explícito de padre a hijo en calidad de tal.

El Tribunal rechazó esta prueba por deficiente, no por impertinente. De manera que el error de derecho que se alega no puede existir.

Dice también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al considerar que para establecer la prueba de la posesión de estado de hijo natural se requería que cada testigo depusiera sobre los hechos constitutivos de ella durante un lapso de diez años,, siendo así que al tenor del artículo 398 del C. Civil lo que importa es que del conjunto de testimonios aparezca que durante diez años o más el presunto padre le hubiera dado al pretendido hijo el trato público y notorio en las condiciones requeridas por la ley.

Evidentemente, no puede exigirse que los testigos depongan por separado necesariamente sobre un lapso mínimo de diez años, porque eso sería confundir los requisitos que la ley establece para la prueba de la posesión de estado, con los que la ley procesal determina para la validez de cada testimonio. Importa solamente que del conjunto de declaraciones aparezca en forma clara e indudable, que el presunto padre trató al demandante como hijo, proveyendo a su educación y sostenimiento, presentándolo como tal, y que sus deudos y amigos, o el vecindario en general, lo hubieran reputado así durante un período no inferior a diez años. Ningún inconveniente puede haber para que algunos testigos depongan sobre un período determinado inferior a diez años, y otros sobre un tiempo distinto ulterior o anterior, siempre que respecto de cada período exista un conjunto de testimonios de los cuales se deduzcan en forma clara y precisa las condiciones que se acaban de explicar, y, además, que del conjunto de ellos aparezca demostrado que tales hechos ocurrieron durante diez años continuos por lo menos.

Mas el Tribunal rechazó la prueba testimonial aducida en razón de su deficiencia para demostrar las condiciones indispensables que acreditan la posesión notoria de hijo natural durante diez años continuos. No habiendo demostrado el recurrente el error del sentenciador en este punto, la acusación no tiene ninguna importancia.

No obstante que el recurrente habla sólo de error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, como a lo largo del cargo acusa la sentencia del Tribunal por no haber estimado suficientes esas declaraciones para constituír prueba de la posesión de estado, conforme a la jurispru-

dencia de la Corte debe aceptarse que en el fondo está también formulando la acusación por error de hecho manifiesto.

Examinadas por tal motivo las declaraciones que se mencionan en la demanda de casación, se encuentra que anduvo acertado el Tribunal al desconocerles mérito para fundamentar una declaración de hijos naturales, pues solamente las de Juan Carvajal (folios 17-18 C. N° 3) y Nicolás Luna (folio 22 v. idem) reúnen los requisitos indispensables para esta clase de prueba. Las de Enrique Nieto (folio 7 C. 3), Osías Rojas (f. 12 C. N° 3) y Eudoro Naranjo (f. 30 C. 3), son de una notoria deficiencia en cuanto a los hechos que relacionan y al apoyo que dan a sus afirmaciones.

Del estudio de conjunto de las referidas declaraciones no aparece en forma inequívoca que Zabulón Zapata hubiera tratado en forma notoria y pública a los demandantes como hijos, durante un espacio mínimo de diez años. Para que tal prueba exista, la ley exige un conjunto de declaraciones que no dejen duda alguna al respecto. De manera que con base en sólo dos declaraciones, no es posible admitir la existencia de esta causal.

Los otros testigos por lo general se limitan a manifestar que Zapata trataba como hijos a los demandantes, y que eran considerados como tales. Pero no expresan en forma concreta, clara, que no deje dudas sobre la veracidad de sus dichos, las circunstancias y los hechos de los cuales se pueda deducir ese tratamiento y la existencia de la fama respectiva.

En las circunstancias anotadas la prueba es notoriamente insuficiente. Al apreciarlo así el Tribunal se ajustó rigurosamente a la ley.

El cargo, pues, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira con fecha 18 de febrero de 1952, en el juicio ordinario de Marco A. Zapata y otros contra los herederos de José Corcino Correa.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

EL ARTICULO 398 DEL DECRETO 1125 DE 1950 NO ES APLICABLE AL CASO EN QUE LOS SINDICADOS SEAN PARTICULARES SOMETIDOS A LA JUSTICIA PENAL MILITAR

1.—De los artículos 425 a 429 del Decreto Nº 1125 de 1950 (Código de Justicia Penal Militar), que en lo esencial indican la forma de proceder en el acto de la audiencia en el Consejo de Guerra, no se infiere la necesidad de formular a los Vocales el cuestionario o cuestionarios escritos, para que en ellos se haga la calificación de los hechos materia del debate.

2.—El artículo 398 del Decreto Nº 1125 de 1950 dice relación al caso de procesos en que los sindicados son personal de soldados, suboficiales, marinería o personal auxiliar civil que forma parte de las fuerzas militares, conforme a lo dispuesto por el artículo 386 del mismo Decreto; pero dicho artículo no es aplicable cuando los sindicados son particulares sometidos a la Justicia Penal Militar, en cuyo caso las disposiciones aplicables son las contenidas en los artículos 425 a 429 del mencionado Decreto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio dos de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Comando General de las Fuerzas Militares, en sentencia de 7 de diciembre de 1951, condenó a Félix Segura, entre otros, a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de los delitos de asonada y homicidio en los agentes de policía Misael Bejarano y Marco Buitrago Cuervo, reconociendo complicidad correlativa respecto del último ilícito.

El procesado Segura interpuso recurso de casación contra dicho fallo y confirió poder al abogado Bernardo Galvis Alvarez, quien presentó a la Corte la demanda correspondiente, en la cual invoca la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

En las horas de la tarde del 21 de mayo de 1950, el agente de policía Misael Bejarano Aguilera capturó en lugar público del Municipio de Tena a Rodolfo Niño, quien en estado de embriaguez promovía escándalo, y al cual, por otros motivos, las autoridades del lugar habían dado orden de detener.

Opuso resistencia Niño y al emplear la fuerza el policía para dominarlo, dió ello origen a reacción y una multitud que atribuyó carácter político al asunto, quiso impedir al agente de la autoridad el cumplimiento de su deber, con tan mala suerte que en pocos minutos perdió la vida, como también Marco A. Buitrago Cuervo, otro agente de la policía que quiso defender a su compañero, pero con la contingencia de que su fusil no disparó. Uno de los amotinados lesionó además a Jaime Cotrino, Secretario de la Alcaldía.

Se dirigió luégo el ataque contra el Cuartel de la policía, que fue defendido por el cabo Guillermo Duarte y el agente José Miguel Rodríguez, ayudados por varios civiles, resultando herido éste y Roberto Amaya.

En la madrugada siguiente llegaron refuerzos de la policía al mando del teniente Alvaro Rojas Orjuela, de quien se dice que por su orden se dió muerte a Graciliano Rodríguez Rodríguez, Luis Tunjano, Jesús Ovalle y José Domingo Garzón, de quienes se afirma, igualmente, que se les dió muerte a bala por la policía, al primero dentro del caserío y a los demás a la salida del mismo. Parece que estos cuatro hombres pertenecían al

grupo de los que la víspera habían atacado a Bejarano Aguilera y a sus compañeros.

Actuación procesal

Correspondió conocer del proceso a la Justicia Militar y el Consejo de Guerra Verbal reunido para fallar el negocio en primera instancia, dictó sentencia el 2 de mayo de 1951 y se impuso allí a Félix Segura ocho años de presidio, como responsable de asonada y homicidio cometidos en las personas de los agentes Bejarano Aguilera y Buitrago Cuervo. Se sostiene allí que el homicidio fue cometido en las circunstancias del artículo 385 del Código Penal.

En el acta de audiencia se dice:

"....Habiendo terminado totalmente la actuación de la defensa, el señor Presidente del Consejo procedió a declararlo en sesión secreta e hizo despejar el recinto de todos aquellos que no formaban parte del Consejo por no ser miembros de él. Terminada la sesión secreta de los miembros del Consejo, el señor presidente reanudó la sesión pública y de pies y en presencia de los reos, conforme lo ordena el artículo 429 del C. P. M. (Decreto 1125 de 1950) pronunció el siguiente veredicto, no sin antes dejar constancia expresa de que durante la sesión secreta del Consejo se había dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 425 a 428 del C. P. M., antes citado:

"Este Consejo de Guerra Verbal declara en conciencia a Félix Segura responsable de haber participado personalmente en el movimiento tumultuario ocurrido en la tarde del 21 de mayo de 1950, en la población de Tena (Cund.), con el propósito de impedir por la fuerza que el agente Misael Bejarano Aguilera llevara a la cárcel a Rodolfo Niño, atacando a los policiales de palabra y de obra.

"Este Consejo de Guerra Verbal declara en conciencia a Félix Segura responsable de haber agredido con el propósito de dar muerte, y mientras formaba parte de un grupo de personas que en forma tumultuaria atacaban a la policía en la tarde del 21 de mayo de 1950, en la población de Tena (Cund.), a los agentes Misael Bejarano y Marco Antonio Buitrago Cuervo por medio de arma cortopunzante, y al mismo tiempo que tales agentes eran igualmente atacados por Luis Tunjano o Gil e Ismael Pérez, lo cual ha impedido, por tanto establecer y determinar cuál fue el autor de la muerte de tales agentes, estando, además, los agentes agredidos y muertos en condiciones de inferioridad, dado el número superior de los atacantes", (fs. 335).

El Comando General de las Fuerzas Militares, en lo relativo al procesado Félix Segura confirmó el fallo en cuanto a la pena principal impuesta.

Demanda

El demandante combate la sentencia recurrida, considerando que es violatoria de la ley procedimental, porque a los Vocales del Consejo de Guerra Verbal no se les presentaron los cuestionarios escritos para que sobre ellos hicieran la calificación de los hechos que fueron materia del debate.

Concreta así el cargo en la demanda:

"Como lo pueden establecer los H. Magistrados a los Vocales del Consejo de Guerra, no se les sometió a su consideración los cuestionarios, que ordena la norma trascrita y la ausencia de ese requisito es fundamental para esta clase de juicios, por cuanto que los vocales no pudieron apreciar todas las circunstancias que antecedieron a los delitos de homicidio y asonada, porque iba a ser juzgado Félix Segura.

"De otro lado, las respuestas que dieron los Vocales y que aparecen en el acta de audiencia del Consejo de Guerra, que aparecen transcritas en esta demanda, no se pueden estimar desde un terreno legal, como que ellas sean un reflejo absoluto de la conciencia de los Vocales, porque no tuvieron a la vista los cuestionarios, que el Juez de derecho, estaba obligado a presentarles, cuestionarios en donde se debían de señalar con claridad los elementos estructurales de los delitos de asonada y homicidio, para que los Vocales hubieran podido dar su veredicto, con plena certeza, en su delicada misión de administrar justicia".

Se violaron, se estima en el libelo, los artículos 26 de la Constitución Nacional, 398 del Decreto Nº 1125 de 1950 (Código de Justicia Penal Militar) y 28 de la Ley 4ª de 1943.

Concepto de la Procuraduría

Sostiene el señor Procurador Delegado en lo Penal que no tiene fundamento la causal cuarta de casación alegada y pide a la Corte, en consecuencia, que no case el fallo recurrido del Comando General de las Fuerzas Militares, porque el juzgamiento del procesado se hizo con plena observancia de las leyes preexistentes al acto que se le imputó, como lo ordena el artículo 26 de la Constitución, que invoca el demandante, y que la

cita que hace éste de los artículos 398 del Decreto 1125 de 1950 y 28 de la Ley 4ª de 1943 no son pertinentes al caso, porque a Félix Segura se le juzgó por el procedimiento de Consejo de Guerra Verbal, cuya audiencia se regula entonces por los artículos 425 a 429 del aludido Decreto, propios de los procesos mayores y ordinarios.

Se considera:

Este proceso se juzgó de acuerdo con el Código de Justicia Penal Militar contenido en el Decreto Nº 1125 de 1950.

Los artículos 425 a 429, en su orden, del mencionado Decreto dicen:

"Artículo 425. Terminada la exposición del Fiscal, y del defensor, el Presidente declara cerrado el debate, y el Consejo se constituye en sesión secreta para deliberar y decidir. Iniciada la deliberación no podrá suspenderse, y durante ella ninguno de los miembros del Consejo podrá comunicarse con persona alguna extraña al mismo Consejo".

"Artículo 426. Terminada la deliberación el Presidente del Consejo preguntará a cada uno de los vocales si el sindicado N. N., es responsable, sí o nó, de los hechos que motivaron la convocatoria del Consejo, especificándolos claramente. Los Vocales del menos antiguo al más antiguo, contestarán: "De acuerdo con mi conciencia, el sindicado N. N., sí es o nó es, responsable de los hechos". Finalmente el Presidente del Consejo, en la misma forma, dirá si el reo es, o no es, responsable".

"Artículo 427. A medida que cada uno de los Vocales contesta, el Presidente toma nota de su respuesta, anotando finalmente su propia declaración. Terminado el acto, el Presidente procederá al escrutinio de las respuestas, cuyo resultado por mayoría es el veredicto del Consejo".

"Artículo 428. Siempre que se proceda por varios cargos, o cuando sean varios los reos, el Presidente hará a los Vocales preguntas separadas para cada cargo y para cada reo".

"Artículo 429. Terminado el escrutinio de las respuestas, se reanuda la sesión pública. El Presidente, en presencia de los reos, y de pies todos los presentes, pronunciará el veredicto del Consejo, según los resultados de la votación, en la siguiente forma: "Este Consejo de Guerra Verbal declara en conciencia a N. N., responsable, o no responsable, de los hechos..... (aquí los hechos que motivaron la convocatoria del Consejo de Guerra)".

De los artículos transcritos, que en lo esencial indican la forma de proceder en el acto de la celebración de la audiencia en el Consejo de Guerra, no se infiere la necesidad de formular a los Vocales el cuestionario o cuestionarios escritos a que alude la demanda, para que en ellos se haga la calificación de los hechos materia del debate, y esta sola consideración es suficiente para determinar que en la tramitación del proceso a estudio no se violó norma constitucional ni legal alguna.

El artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 que se estima violado en el libelo, exige se someta al Jurado, al principiar la audiencia pública, el cuestionario respectivo, pero sucede que esta ley no rige sino para procesos de que conoce la justicia penal ordinaria.

La acción relativa a la formalidad del cuestionario la sustenta el actor también con fundamento en el artículo 398 del Decreto Nº 1125 de 1950. Mas es de observar que esta disposición dice relación al caso de procesos en que los sindicados son personal de soldados, suboficiales, marinería o personal auxiliar civil que forma parte de las fuerzas militares, conforme a lo dispuesto por el artículo 386 del mismo Decreto; y el caso de autos es muy distinto toda vez que se trata de sindicados particulares sometidos a la Justicia Penal Militar, en cuyo caso las disposiciones aplicables son las contenidas en los artículos 425 a 429 de dicho Decreto.

En efecto, la Sección Tercera del Capítulo Segundo del Título IV del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 1125 de 1950), bajo el epígrafe "primera instancia" hace referencia a que para el personal señalado en el artículo 386, dicha primera instancia se surte "con intervención de los Consejos de Guerra ordinarios".

Allí se fijan las reglas a seguir en esta categoría de Consejos.

El Capítulo 3º del mismo Título, en su Sección primera determina las ritualidades propias del juicio cuando se trata de juzgar con el procedimiento acordado para los "procesos mayores" cuando los sindicados tienen grado de oficial, o son personal administrativo civil que forme parte de las Fuerzas Militares o particulares sometidos a la Jurisdicción Penal Militar.

Rige aquí también lo establecido en los capítulos anteriores (artículo 411) con las modificaciones que expresan los artículos 412 y 413 para juzgar a los oficiales con grado de Capitán o Mayor. Dentro de tales normas está la que cita la deman-

da, el artículo 398, cita equivocada como ya se expresó.

El Título V, en cambio está destinado a establecer las reglas a que debe someterse el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra, que tiene su desarrollo en la ley diferente y más sumario que el prescrito para los juicios que se acaban de citar.

De este Capítulo hacen parte las disposiciones antes transcritas (artículos 425 a 429) y que fueron las tenidas en cuenta para juzgar al recurrente Segura.

De manera, que conforme al estatuto que se aplicó al proceso no hay lugar al cuestionario escrito antes de que las partes hagan uso de la palabra, puesto que "todo procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales es oral, y solamente debe quedar por escrito el acta de la reunión y la sentencia del Consejo con las firmas correspondientes", como lo prescribe el artículo 434 del Decreto Nº 1125 de 1950 citado.

No prospera, pues, la causal cuarta alegada en el libelo.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, NO INVALIDA la sentencia dictada por el Comando General de las Fuerzas Militares, de fecha siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.—Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.—José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PRUEBA DE LA LEGITIMA DEFENSA.— CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—REQUISITOS DE LA DEMANDA CUANDO SE INVOCA ESTA CAUSAL

El objeto de prueba de la legítima defensa comprende los varios elementos que la integran y que la doctrina ha clasificado y ordenado así: agresión o ataque injustos al bien o interés jurídicamente protegido (la integridad física, por ejemplo), actualidad o inminencia del ataque o agresión en forma tal que constituyan un riesgo o peligro no evitables de otro modo, consiguiente necesidad inaplazable de ejercer la defensa, y proporcionalidad entre el ataque y la defensa o reacción defensiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio cinco de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno).

Vistos:

El defensor de **Manuel Ramírez Melo** (nacido en Villeta, de 55 años en 1948, casado, agricultor, analfabeto) impugnó ante la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del diez y nueve de febrero del año antepasado (1951), por la cual —de conformidad con el artículo 374 (2º) de la ley penal— Ramírez fue condenado a la pena de un año de presidio por las lesiones que el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete causó a su cuñado Cayetano Castillo, en el sitio "El Balzal", Municipio de Villeta.

Cumplidas las normas propias del recurso, la Corte lo decide en el presente fallo, con vista en las tesis expuestas por las partes (Procurador y demandante).

A). El proceso contra Ramírez

Manuel Ramírez y Cayetano Castillo, poseían (o poseen) predios limítrofes en la región ya nombrada. Esta vecindad, así como la posición topográfica del uno en relación con el otro, crearon —parece que contra la voluntad de Castillo— una servidumbre de tránsito en perjuicio de su predio y en favor del de Ramírez, cuyo uso por parte de éste produjo naturales fricciones, la última de las cuales el Alcalde de Villeta resolvió en contra de Ramírez y le impuso la obligación de construír o reconstruír las cercas que le correspondían. El reclamo que le hicieron la hija y la esposa de Castillo (ésta hermana de Ramírez) el día mencionado, fue la causa del choque en que aquél fue por éste tan gravemente lesionado (ruptura de los huesos del antebrazo izquierdo), sin más testigos que Angela Ramírez, Olinda Castillo y José David Ortiz Castillo, esposa, hija y nieto —respectivamente— y de Castillo, Waldina Rincón, amante de un hijo de Ramírez.

Terminada la investigación, se calificó y falló, mediante las providencias que en seguida se resumen:

a) Auto del Juez 1º Penal del Circuito de Facatativá, del diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, por el cual —rechazada la justificación de la legítima defensa y reconocida la riña imprevista— se abrió juicio criminal contra Manuel Ramírez por el delito de lesiones en Cayetano Castillo;

b) Sentencia de primer grado, del veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta, por la cual —reconocida la legítima defensa— el Juez absolvió a Ramírez, y

c) Sentencia de segundo grado, del diez y nueve de octubre del año antepasado (1951), por la cual el Tribunal revocó la sentencia absolutoria del Juez de Facatativá y, en su lugar, y con aplicación de los artículos 374 (inciso 2º) y 384 de la ley penal, condenó a Ramírez a la pena de un año de presidio.

B). La demanda y su respuesta

El defensor recurrente, previo un resumen de los testimonios de Waldina Rincón, Marco Lino Vega, Miguel Guana y Víctor Zapata, y de la versión que el procesado dió ante el funcionario instructor —según los cuales la acción de Ramírez se concretó a defenderse del ataque de Castillo— invocó, con apoyo en el Código de Justicia Penal

Militar (artículo 97 Ley 3ª de 1945), la causal segunda de casación allí establecida.

Partiendo del concepto de que la legítima defensa aparece de las pruebas practicadas en el sumario y en el juicio sin lugar a "vagas y ambiguas interpretaciones", y de que el Juez de primera instancia reconoció que Ramírez actuó en tal estado, el "que se desprende de determinados hechos", "el Tribunal —deduce el recurrente— dictó la suya negando el valor probatorio que tienen esos hechos que establecen la legítima defensa, y no los tuvo en cuenta el H. Tribunal a pesar de estar acreditados en el proceso, por errada apreciación o interpretación de los mismos, o por ligereza en el estudio de las pruebas que obran en esta causa". Hay un hecho que tiene el sentido común —asevera— y que de por sí solo basta estructurar la legítima defensa: mi cliente —afirma— portaba un azadón, instrumento de trabajo, en el momento en que los hechos se sucedieron; Cayetano Castillo, el agresor, y Olinda Castillo, su hija, esgrimieron armas homicidas, peinillas. Esto está plenamente establecido —termina— con declaraciones que prestan mérito probatorio, y que no fueron tachadas".

El Procurador, no sin antes anotar el error en la referencia a la ley de casación aplicable (por cuanto no se trata de proceso militar), conceptúa que el demandante omitió cuestiones esenciales en la fundamentación del recurso, tales como el estudio de los elementos de la legítima defensa, el de la prueba que el Tribunal tuvo como base de la responsabilidad, el de la crítica de los testimonios de los Castillo en que el Tribunal fundó su fallo, ya que la simple referencia a los de Rincón, Vega, Guana y Zapata no cumple las exigencias que la ley determina en cuanto a la causal invocada, como tampoco la alusión al fallo de primera instancia, que ninguna relación tiene con el recurso.

C). Examen del recurso

El examen del recurso —dados la esencia y propósito de la impugnación— encierra dos cuestiones: el objeto de prueba de la eximente alegada, esto es, lo que debe probarse y lo que se probó en el juicio.

El objeto de prueba de la legítima defensa comprende los varios elementos que la integran y que la doctrina ha clasificado y ordenado así: agresión o ataque injustos al bien o interés jurídicamente protegido (la integridad física, por ejemplo), actualidad o inminencia del ataque o agresión en forma tal que constituyan un riesgo o peligro no evitables de otro modo, consiguiente necesidad inaplazable de ejercer la defensa, y proporcionalidad entre el ataque o agresión y la defensa o reacción defensiva.

Concretada la objeción a la apreciación —errada según la demanda— de los testimonios, que fundó el rechazo de la eximente, por cuanto el Tribunal dió mayor valor a los de los familiares del agredido que a los de los trabajadores y amigos del agresor, el demandante debía haber analizado comparativamente la prueba favorable y la adversa con referencia a los mencionados factores componentes de la justificación, y de este análisis deducir clara y lógicamente el error imputado al fallador de segundo grado. La omisión de este análisis, cuya forma y contenido señala el artículo 531 de la ley procesal civil (aquí aplicable en virtud de la facultad del artículo 7 de la penal), no permite hacer un examen a fondo del recurso, lo que tampoco impide demostrar brevemente la inconsistencia del motivo de impugnación.

La apreciación que de la prueba testimonial hizo el Tribunal no es equivocada. Dos grupos de testigos se enfrentaron —en efecto— en este proceso: Angelina Ramírez, Olinda Castillo y José David Ortiz Castillo, esposa, hija y nieto del lesionado, respectivamente, de una parte, quienes imputan a Ramírez la iniciativa de la agresión porque la presenciaron, y Waldina Rincón (amante de un hijo del agresor), Miguel Guana, Marco Lino Vega y Víctor Zapata, asalariados de aquél, que la atribuyen a Castillo, aunque —con excepción de la Rincón— no la presenciaron. Y ésta, si en su primer testimonio respalda la tesis defensista de Ramírez, en la confrontación con Olinda Castillo, no sólo afirma la mutua agresión sino que revela la amenaza de Ramírez de dar muerte a Castillo aunque le tocara pagarla en el panóptico.

Aún en el supuesto de que las afirmaciones en favor del lesionado fueren interesadas, concepto muy relativo porque la esposa, hija y nieto de Castillo son hermana, sobrina y nieto (colateral) de Ramírez, y de que merecen mayor credibilidad las de Guana, Vega, Zapata y Rincón, y tenidas en cuenta éstas con prescindencia de las otras, la conclusión no podría ser diversa a la que adoptó el Tribunal, esto es, a la existencia de la riña imprevista como circunstancia modificadora de la responsabilidad, y no a la eximente, como equivocadamente la dedujo el Juez de primera instancia.

D). Decisión del recurso

Como el motivo de la impugnación — errada apreciación de los hechos— no fue fundada, es de obligada aplicación al artículo 569 de la ley procesal penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el Procurador Delegado, NO CASA, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual condenó a Manuel Ramírez Melo a un año de presidio por las lesiones causadas en riña imprevista, a Cayetano Castillo, en el sitio y día indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — **Alejandro Camacho Latorre.** — **Francisco Bruno.** — **Luis Gutiérrez Jiménez.**—**José Amadeo Rey,** Oficial Mayor

DELITOS DE VIOLACION DE DOMICILIO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD.— EL DOLO ES INDIVISIBLE E INCOMUNICA BLE, AL MENOS POR EL ASPECTO DE LOS ACTOS REALES CONFIGURATIVOS DEL DELITO

1.—El fuero domiciliario está garantizado nada menos que en la Carta Fundamental (artículo 23); y ésta dispone que se tenga facultad para afectarlo, para lo cual se requieren las siguientes formalidades: a). Que exista mandamiento escrito de autoridad competente; b). Que este mandamiento se haya dictado con pleno cumplimiento de las normas establecidas para este efecto en la ley; y c). Que la orden tenga su motivación en hechos o circunstancias previstas previamente en la misma ley.

Para garantizar completamente la consagración y amparo de este derecho, el legislador, en los artículos 320 y siguientes de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), reguló minuciosa o detalladamente los casos, condiciones, circunstancias y formalidades sin cuya observancia no es dable proceder a requisas o allanamientos de la propiedad particular o del fuero domiciliario, so pena de incurrir en delito o delitos.

Si la violación de esta norma constitucional procede de los particulares, se incide en la comisión del delito de violación de domicilio, previsto, definido y castigado en el artículo 302 del Código Penal.

En el caso de que este acto se consume por parte de un funcionario o empleado público, se incurre en el mismo delito así calificado, según lo dispone el artículo 303 ibídem.

2.—Principio de derecho universal es el de que el dolo no es divisible ni comunicable, al menos por el aspecto de los actos reales configurativos del delito, y que, consecuencialmente, cada sujeto debe responder de sus actos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Gaceta—11

Vistos:

El señor Humberto Benedetti, por escrito del 16 de julio de 1949, dirigido a la Corte, presentó denuncio contra el doctor Ramón P. de Hoyos, en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar, por los delitos de abuso de autoridad y violación de domicilio.

El denuncio, en su parte pertinente dice:

"El día ocho del mes de julio en curso, entre once y once y treinta a. m., se presentaron a mi casa de habitación ubicada en el Barrio del Cabrero, Melecón Nº 33, de esta ciudad, seis individuos quienes manifestaron a mi señora esposa doña Purificación Vargas Gaviria de Benedetti Vergara que eran detectives y que se disponían a practicar una requisa en mi casa. Como yo estaba fuéra de la casa, mi esposa les manifestó que aguardaran un tanto y entonces ella llamó a su tío, el doctor Daniel Vargas Vélez, a la Clínica Vargas, donde se hallaba y éste acudió inmediatamente a mi hogar. Así las cosas, informado el doctor Vargas Vélez de lo que ocurría, uno de los mentados detectives le mostró una orden escrita, firmada por el Gobernador Hoyos, en la cual se decía que podían requisar los sitios que consideraran necesarios, en persecución de objetos de dudosa procedencia.

"Enterado el doctor Vargas Vélez de todo, protestó de la medida, pero los funcionarios que allí se encontraban le hicieron ver que no podían desistir de la requisa, pues cumplían órdenes superiores. El allanamiento se realizó y los agentes de la autoridad registraron todos los apartamentos de mi habitación y no hubo escaparte, baúl, maleta o mueble alguno que escapara al registro, sin que pudiera encontrarse, como era lógico, nada que pudiera calificarse de "objetos de dudosa procedencia".

"Ese mismo día en las horas de la tarde, acompañado de mi hermano el señor Eduardo Benedetti Vergara, fui a la Gobernación del Departamento a inquirir del Gobernador doctor Hoyos las razones de tal medida. Este me hizo saber que sí había firmado la orden general de requisa, pero

que apenas cumplía órdenes superiores, procedentes de la Secretaría de la Presidencia de la República y me hizo ver que bien podía quejarme. En efecto, ese mismo día envié un radio al señor Presidente doctor Ospina Pérez, cuya respuesta es la que copio en el acto: "SB—2. Presidencia de la República. Bogotá, 12 de julio MC. Humberto Benedetti Vergara. — Cartagena. Refiriérome suyo del ocho para el Excmo. señor Presidente e infórmole que ni suscrito ni funcionario alguno de la Presidencia ha dado orden requisar su casa. Del contenido de su radiograma he informado al señor Gobernador".

"En estas circunstancias resolví quejarme a los señores Fiscales del H. Tribunal de Justicia y estos funcionarios, en oficio Nº 52, que acompaño en copia auténtica, solicitaron información al señor Gobernador, quien así lo hizo en oficio Nº 822 del 13 de este mes y año, que también acompaño auténtico. Esta nota del señor Gobernador vino acompañada de una copia de la orden de requisa, que a la letra dice: "Los Agentes de la Seguridad Nacional, portadores de la presente orden, están autorizados para requisar minuciosamente los sitios que crean necesarios en persecución de objetos de dudosa procedencia, armas y municiones. Cartagena, julio 6 de 1949. (Fdo.), Ramón P. de Hoyos, Gobernador. — Hay un sello que dice: Gobernación del Departamento.—Bolívar.— Colombia".

La Corte procedió a ordenar la investigación correspondiente, y, al efecto, comisionó a la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito de Cartagena para que se adelantaran las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Y puesto que a pesar de la plausible diligencia de la entidad comisionada no hubiera sido posible el pleno cumplimiento de la comisión, este Despacho comisionó a otros diligentes funcionarios, sin que a éstos tampoco les hubiera sido posible conseguir y allegar los comprobantes indispensables, razón por la cual, previo concepto del señor Procurador General de la Nación (fs. 73), en cumplimiento de los artículos 436 y 438 del Código de Procedimiento Penal, se dictó el auto de 28 de agosto de 1951 (fs. 77 a 80) por medio del cual se sobreseyó temporalmente a favor del acusado, por considerar entonces que, en presencia de las pruebas de la investigación, no había basamento para deducir la inocencia o la responsabilidad del denunciado, relacionadas con la existencia de los ilícitos aludidos en el memorial que motivó la investigación. Consecuencialmente, por medio de la misma providencia y en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 438 ya citado, se ordenó reabrir la mencionada investigación con el objeto de obtener la totalidad de las pruebas ordenadas por auto de veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (fs. 13), sin que este esfuerzo hubiera dado resultado positivo.

En esta situación, se declaró cerrada la investigación y se ordenó correr el traslado correspondiente al señor Procurador. Este funcionario en detenido concepto del 22 de mayo del año en curso, solicitó de la Corte:

"1º Que se dicte auto de proceder contra el doctor Ramón P. de Hoyos como infractor de alguna de las disposiciones de que trata el Capítulo IV, Título XI y Libro Segundo del Código Penal, referentes a los "Delitos contra la inviolabilidad del domicilio';

"2º Que sobresea definitivamente en favor del mismo Dr. Hoyos, por abuso de autoridad y otras infracciones, y

"3º Que ordene sacar copia de lo conducente para investigar la responsabilidad de los detectives que hicieron la requisa en casa del señor Humberto Benedetti (Artículo 21 de la Constitución)".

Procedente parece observar que el mismo señor Procurador, en concepto del 22 de agosto de 1951 (fs. 73 a 76), emitido en este mismo negocio, había optado porque se dictase sobreseimiento temporal en favor del denunciado, pues que hasta en ese momento en el informativo no había fundamento probatorio para enjuiciar, o mejor, para formar juicio alguno sobre la inocencia o responsabilidad del doctor Ramón P. de Hoyos, y, por consiguiente, pidió que se reabriera la investigación a fin de que se practicasen las pruebas que se anotan en el concepto indicado.

Sobre el particular, dijo:

"Realmente el acervo probatorio que forma el expediente, en su estado actual, es insuficiente para crear alguna convicción acerca de la responsabilidad o inocencia del procesado. Para ello es necesario que se establezcan hechos puntualizados por el instructor en el auto de fecha 7 de octubre de 1949. Esta providencia apenas fue cumplida en parte, pues de las cinco pruebas decretadas allí, sólo se evacuaron satisfactoriamente 3".

"Por lo tanto, debe averiguarse a la Prefectura Nacional de Seguridad por los nombres de los detectives que en comisión especial fueron enviados a Cartagena en el mes de julio de 1949 y los motivos para el desarrollo de tal comisión.

"En consecuencia, la Procuraduría conceptúa que la investigación debe proseguirse sobre la base del cumplimiento de las diligencias ordenadas en el auto del 7 de octubre de 1949 ya citado y que faltan por practicar, dictando un sobreseimiento de carácter temporal".

Se ordenó en tal providencia que se averiguara el nombre de los detectives enviados por el Mayor Lamus Pulido en comisión a Cartagena, con el objeto de recibirles declaración sobre los motivos de aquélla y sobre los demás hechos inherentes a su cometido (fs. 29).

El funcionario comisionado solamente pudo descubrir que durante el mes de julio de 1949 habían salido en comisión, por motivos de orden público y por cuenta de la Prefectura Nacional de Seguridad, los detectives números 531, 576 y 100, correspondientes a Gerardo Rueda Rueda, Ricardo Plazas y Sofía Domínguez, dato que reposa en la declaración del señor Alvaro Salón Becerra, Jefe de Personal del Departamento de Investigación Criminal (fs. 86).

A Ricardo Plazas y Sofía Domínguez no se les pudo hallar para recibirles declaración. El señor Gerardo Rueda Rueda declaró (fs. 105) que era evidente que había hecho parte del detectivismo desde el 7 de febrero de 1949 hasta el 7 de febrero de 1952; que por haber renunciado, no desempeñó el cargo desde el 1º de junio de 1950 hasta diciembre del mismo año; que evidentemente su placa había correspondido al Nº 531, pero que nunca había estado en comisión en Cartagena, menos en alguno o algunos de los días del mes de julio de 1949; que no conoció esta ciudad sino hasta marzo de 1951, y que, por otra parte, no había conocido al señor Ricardo Plazas ni a Sofía Domínguez, compañeros de la comisión de que se trata en el informe del señor Alvaro Salón Becerra (fs. 86).

Ahora bien: sin que de la práctica de alguna de las pruebas decretadas por medio de los autos de 23 de agosto y 7 de octubre de 1949 (fs. 13 y 29) se hubieran modificado los hechos demostrados, hasta cuando el señor Procurador emitió su concepto del folio 73, este mismo funcionario en su vista última (fs. 111), opta porque la Corte enjuicie al denunciado como responsable del delito de violación de domicilio, por considerar que en autos existe la plena prueba de los tres elementos configurativos del delito, previsto, definido y castigado en el artículo 303 del Código Penal. Opina, además que debe sobreseerse definitivamente por razón del delito de abuso de autoridad denunciado, porque uno de los elementos constitutivos de éste —el obrar expresamente contra la ley o extralimitándose en su aplicación (art. 171 del Código Penal)— configura, cabalmente, uno de los elementos esenciales para la existencia del delito de violación de domicilio, previsto en el artículo 303 citado.

Más adelante, cuando se estudie en el fondo el problema referente a la existencia de los delitos denunciados y a la determinación de si existe o no la prueba de responsabilidad penal, habrá oportunidad de estudiar el concepto del distinguido funcionario.

La anterior es la síntesis de la historia procesal de la investigación. Debe la Sala, entrar a estudiar cuál o cuáles hechos se hallan evidentemente establecidos.

Resulta de autos:

El doctor Ramón P. de Hoyos fue designado por el Ejecutivo Nacional para desempeñar el cargo de Gobernador del Departamento de Bolívar; tomó posesión de este cargo y estuvo en su ejercicio precisamente el día 8 de julio de 1949. Son hechos probados: 1º) con la copia del Decreto Ejecutivo Nº 00889 del 31 de marzo del citado año; 2º) con la copia del acta de posesión, y 3º) con el certificado del folio 16 del expediente, de donde se desprende el último hecho, es decir, que en la fecha a que se refiere el denuncio el doctor Ramón P. de Hoyos se encontraba ejerciendo el cargo de Gobernador de aquel Departamento.

En uno de los días de julio de 1949 la Prefectura Nacional de Seguridad, por motivos de orden público, remitió en comisión a la ciudad de Cartagena a varios elementos del detectivismo, quienes, al llegar a cumplir sus funciones, deberían obrar bajo la dirección u órdenes del mencionado Gobernador, para lo cual la misma Prefectura giró al doctor Guillermo Ramírez Calderón la suma de doscientos pesos a fin de que fuese entregada al Gobernador para atender a los gastos de la comisión.

Estos hechos se hallan establecidos mediante las piezas siguientes:

El denunciado, al preguntársele por el funcionario instructor, si era evidente que el 9 de julio de 1949 habían llegado de Bogotá algunos detectives y si era cierto que habían estado en su despacho en solicitud de autorización para practicar requisas en algunas casas de la ciudad, contestó: "Sí es cierto que dos o tres detectives, cuyos nombres no recuerdo, estuvieron en mi despacho de Gobernador en esos días y me entregaron una co-

municación en que constaba que eran detectives de la Policía Nacional. Yo tuve que firmar esa comunicación en señal de que habían llegado a la ciudad y me los habían presentado, como una señal de que habían cumplido un deber. Otro día vinieron a mi despacho y me pidieron que les pusiera una constancia escrita de que ellos eran detectives y de que podían hacer requisas en la ciudad, y yo les puse, de mi puño y letra, más o menos, lo siguiente: Los señores tales o cuales son detectives de la Policía Nacional, en comisión secreta del Gobierno y pueden hacer, **dentro de la ley,** las requisas que bien tuvieren".

Al ser interrogado si recordaba qué autoridad había ordenado la indicada comisión, contestó: "No recuerdo precisamente pero sí podría decir que de una oficina dependiente del Ministerio de Guerra o del Ministerio de Gobierno. Es una sección de uno de esos Ministerios". Y al preguntársele sobre si fue sabedor de los motivos de la comisión, dijo: "Ellos no me dijeron y era tan secreta la misión que traían que me manifestaron que ni con la Policía Nacional de la ciudad (División Bolívar) ni con ningún detective querían tener contacto" (fs. 42).

Tal declaración está de acuerdo, en el fondo, con el texto de la comunicación que el mismo doctor Hoyos dirigió a los señores Fiscales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, comunicación visible a folio 1 vuelto.

El doctor Guillermo Ramírez Calderón (fs. 27) dice en lo pertinente: "... Oficialmente sólo tuve conocimiento de la presencia de los detectives en cita al recibir un marconigrama fechado en Bogotá el seis de julio, cifrado, y firmado por el Mayor Alfonso Lamus Pulido, Prefecto Nacional de Seguridad, en el cual se me decía que por conducto del Banco de la República se había girado a mi nombre la suma de doscientos pesos y se me ordenaba que se los entregase al señor Gobernador del Departamento de Bolívar, advirtiéndole a dicho funcionario que dicha suma de dinero debía invertirse por él en los "gastos extraordinarios, comisión orden público" diciéndole al señor Gobernador que los detectives deberían llevar a Bogotá los correspondientes recibos de los gastos efectuados con esos dineros. El ocho de julio del año en curso cobré en el Banco de la República los doscientos pesos en referencia, pues hasta ese día no habían llegado a Cartagena, e inmediatamente me dirigí al despacho del señor doctor Ramón P. de Hoyos, en esa fecha Gobernador del Departamento de Bolívar". El declarante presentó el recibo de haber entregado la citada suma, que es del siguiente tenor: "Recibí del doctor Guillermo Ramírez Calderón, Jefe de la Seguridad y Extranjería de Bolívar, Cartagena, la suma de doscientos pesos ($ 200.00) moneda legal a que se refiere el marconigrama cifrado, fecha seis de julio de 1949. (Fdo.) Ramón P. de Hoyos, Gobernador.—Hay un sello que dice: Gobernación del Departamento. Bolívar.—Colombia".

Este declarante, lo mismo que el anterior, no pudo precisar el nombre y número de los detectives en comisión, como tampoco pudo saber el motivo de ésta. En el texto de su exposición se transcribió el marconigrama anunciativo del giro, que dice: "Jordel/254-53-318-Time-1741 —Bogotá, julio 6TH-Bug-HJO8.—COE/Jefe Seguridad y Extranjería.— Cartagena. (Insertos aparecen en clave grupos de letras que el declarante manifiesta traducen lo siguiente: Conducto Banrepública giráronse nombre suyo doscientos pesos sírvase entregarlos Gobernador advertirle deben invertirse gastos extraordinarios comisión orden público detectives deben traer gastos efectuados ese dinero". Al final del marconigrama en perfecto castellano se lee: "Mayor Alfonso Lamus Pulido Prefecto Nacional de Seguridad".

De autos resulta también plenamente establecido que un número indeterminado e innominado de detectives llegaron a la Gobernación del Departamento de Bolívar con el fin de que el señor Gobernador atestase que tenían ese carácter o condición, que como tales, podían practicar las requisas que consideraran necesarias, "en persecución de objetos de dudosa procedencia, armas y municiones". El señor Gobernador consecuente con la insinuación de los detectives, les firmó la orden siguiente: "Los agentes de la Seguridad Nacional, portadores de la presente orden, están autorizados para requisar minuciosamente los sitios que crean necesarios en persecución de objetos de dudosa procedencia, armas y municiones". Esta orden aparece firmada por el señor Gobernador Hoyos y tiene fecha 6 de julio de 1949. Los detectives una vez que obtuvieron la orden, emprendieron el cumplimiento de su misión y así fue como, entre las once y las once y media del día once del mismo mes y año citados, llegaron a la casa de habitación del señor Humberto Benedetti Vergara, indicaron a la señora esposa de éste la finalidad de su presencia allí, pero como no estuviese presente su señor esposo, se limitó a llamar telefónicamente a su tío, doctor Daniel Vargas Vélez, quien inmediatamente concurrió a la citada casa,

manifestándoles tanto éste como la señora Purificación Vargas de Benedetti, que les extrañaba la requisa por estimar que no tenía fundamento, y que, como los detectives insistiesen, les dieron permiso de penetrar, habiendo aquéllos cumplido su misión en la forma como lo refiere el denunciante y su esposa.

Estos hechos resultan establecidos con el denuncio juramentado del señor Humberto Benedetti Vergara (fs. 4, 5 y 8 vto.) ya transcrito y con la declaración de la señora Purificación Vargas de Benedetti (fs. 29 vto.) y del doctor Daniel Vargas Vélez (fs. 26).

La primera dice en lo pertinente: "Eran como las once del día ocho de julio del año en curso cuando se presentaron unos señores tocando a la puerta de la casa. Yo me encontraba ocupada en los quehaceres de la casa bañando a uno de mis hijos y les dije que me permitieran un momento. Salí y me dijeron que venían a requisar la casa, entonces les manifesté que yo no podía aceptar porque mi esposo no se encontraba. Traté de localizar a mi señor esposo y no pude conseguirlo porque el teléfono no comunicaba, entonces llamé a mi tío, el doctor Daniel Vargas, quien vino a los pocos momentos y les preguntó a los detectives lo que se les ofrecía, quienes le mostraron la orden del señor Gobernador. Una vez llegado mi tío le mostraron la orden del señor Gobernador y entonces procedieron a requisar la casa abriendo yo todos los escaparates y ellos examinaban todo minuciosamente, levantando ropas y todo cuanto había. En el patio había una mata de ahullama y la levantaron para ver si debajo de ella había alguna cosa oculta hasta el punto de que la mata se murió. La requisa duró como un cuarto de hora..."

El segundo dice también en lo pertinente: "Inmediatamente me trasladé a la casa mencionada y encontré a varios detectives que hacían la solicitud a la señora para verificar la requisa. Ellos me mostraron entonces una orden de carácter indeterminado firmada por el señor Gobernador en que autorizaba a los señores presentes para hacer una requisa en la ciudad. En vista de la insistencia de los detectives se aceptó que entraran y revisaran todas sus dependencias..." (fl. 26).

El hecho de que los detectives hubieran llegado a la Gobernación con el fin de obtener la orden de requisa, solamente está acreditado con la propia afirmación del acusado, quien, para ser más explícito, transcribió la orden, la cual debe reputarse auténtica no solamente por proceder del mismo denunciado, sino porque en el expediente no hay constancia de que no sea verdadera.

De suerte que resulta plenamente demostrado que los hechos sucedieron en la fecha del denuncio, no por inspiración directa, aislada o personal del denunciado, sino para cumplir órdenes emanadas de funcionario o funcionarios del Ejecutivo Nacional, superiores jerárquicos del señor Gobernador del Departamento de Bolívar.

Estudiados estos hechos frente a los elementos probatorios de autos, es procedente estudiar y analizar sus repercusiones jurídicas en el campo de nuestra legislación positiva.

Se considera:

Nuestra legislación constitucional y legal, en su propósito de regular la totalidad de las actividades sociales, para darles un ordenamiento jurídico positivo, ha promulgado normas que precisan o definen los derechos y obligaciones del Estado frente a los derechos y obligaciones del individuo. De suerte que ha regulado, hasta donde le ha sido posible, estas facultades o derechos, abarcando, ya la órbita espiritual, ya la individual, la material o económica, ya hasta la órbita social, comprendiendo en esta última la familiar o doméstica. Estas normas han sido inspiradas por el supremo concepto de la libertad y dignidad humana.

En efecto, la Constitución en su artículo 23, estatuyó con relación a estos últimos derechos: "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos definidos previamente en las leyes.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial".

Quiere decir lo anterior que el fuero domiciliario está garantizado nada menos que en la Carta fundamental. Y que ésta dispone que se tenga facultad para afectarlo, para lo cual se requieren las siguientes formalidades: a). Que exista mandamiento escrito de autoridad competente; b). Que este mandamiento se haya dictado con pleno cumplimiento de las normas establecidas para este efecto en la ley; y c). Que la orden tenga su motivación en hechos o circunstancias previstos previamente en la misma ley.

Para garantizar completamente la consagración y amparo de este derecho, el legislador, en los ar-

tículos 320 y s. s., de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), reguló minuciosa o detalladamente los casos, condiciones, circunstancias y formalidades sin cuya observancia no es dable proceder a requisas o allanamientos de la propiedad particular o del fuero domiciliario, so pena de incurrir en delito o delitos.

Si la violación de esta norma constitucional procede de los particulares, se incide en la comisión del delito de violación de domicilio, previsto, definido y castigado en el artículo 302 del Código Penal, disposición que dice: "El que se introduzca arbitrariamente o de una manera engañosa o clandestina en habitación ajena, contra la voluntad de quien vive en ella, se le impondrá prisión de seis meses a un año".

En el caso de que este acto se consume por parte de un funcionario o empleado público, se incurre en el mismo delito así calificado, según lo dispone el artículo 303 ibidem que reza: "El funcionario o empleado público que abusando de sus funciones penetre en una habitación o la registre, se le impondrá prisión de seis meses a dos años".

"Si el abuso consistiere en introducirse en tal lugar sin la observancia de las formalidades señaladas por la ley, la sanción de que trata el inciso anterior se reducirá a la mitad".

Por consiguiente, en armonía con esta disposición penal y teniendo en cuenta la imputación que se ha hecho en el denuncio de haberse consumado por parte del doctor Hoyos el delito contra la inviolabilidad del domicilio, deben ser tres los elementos que se hallen absolutamente comprobados:

1º Que el doctor Hoyos tenía en la fecha de autos el carácter de funcionario o empleado público;

2º Que existió la penetración a la casa del denunciante y su registro;

3º Que esta penetración y registro se efectuaron por el detectivismo abusando el doctor Hoyos del ejercicio de sus funciones como Gobernador del Departamento de Bolívar, o extralimitándose en sus facultades legales o constitucionales sobre el particular.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de hacer un detenido y minucioso estudio de las disposiciones que se dejan anotadas, como también de las disposiciones reglamentarias de la inviolabilidad del domicilio, previstas en la Ordenanza 65 de 26 de abril de 1928 (Código de Policía del Departamento de Bolívar), llega a la conclusión de que, analizadas las probanzas de autos, hay fundamento para enjuiciar al denunciado por estar absolutamente probados todos y cada uno de los elementos constitutivos del mencionado delito, y, en efecto, expone sobre el particular y en la parte correspondiente:

"El primer requisito está cumplido, porque tanto la persona que dió la orden o autorización de allanamiento del domicilio ajeno, como los sujetos que la realizaron, eran, el uno, funcionario público (el Gobernador), y los otros (detectives) empleados públicos".

"El segundo requisito también ocurre, porque no solamente hubo penetración en la casa del señor Humberto Benedetti, "sino registro de ella, pues los detectives inspeccionaron todos los apartamentos, de mi habitación y no hubo escaparate, baúl o maleta o mueble alguno que escapara al registro, como lo afirma el denunciante y lo corroboran su esposa y el Dr. Daniel Vargas Vélez.

"Y sobre este elemento del delito cabe decir que los moradores no dieron su consentimiento espontáneo para la ronda, sino que accedieron a ella por la forma coactiva como se les exigió la entrada a la casa. En efecto, la señora de Benedetti se negó en un principio a ello, alegando que su marido no se encontraba allí en esos momentos; entonces llamó a su tío, el Dr. Vargas Vélez, quien permitió la ronda, "en vista de la insistencia de los detectives. Así lo declaró él".

"Y doña Purificación de Benedetti depone:

"Ellos (los detectives) manifestaron que de todas maneras requisaban la casa y que esperaban que viniera el esposo para hacerlo; y en vista de la insistencia de los detectives, se aceptó la requisa.

"Respecto del tercer elemento del ilícito —abuso de funciones— aparece igualmente manifiesto.

"Es sabido que el abuso o arbitrariedad consiste en que el funcionario o empleado público obra sin razón ni derecho en determinado caso, imponiendo sólo su caprichosa voluntad. Es un desconocimiento de las respectivas normas positivas que regulan la situación presentada.

"En el caso **sub judice** se allanó y registró la casa habitada por el señor Benedetti y su familia, sin estar pendiente ninguna investigación de orden penal, ni concurrir tampoco ninguna de las hipótesis que señala el Código de Policía del Departamento de Bolívar.

"A este respecto conviene transcribir lo que dice el Jefe de la Sección de Investigación Criminal de Bolívar, doctor Ramírez Calderón:

"Preguntado:— Diga el declarante si usted llegó a tener conocimiento de que el señor Humber-

to Benedetti Vergara fuera contrabandista de armas? Contestó: Hasta el día de hoy (6 de octubre de 1949) **no tengo conocimiento alguno de que el señor Humberto Benedetti Vergara** sea o no contrabandista, pues no conozco a dicha persona, así como tampoco sé a qué clase de actividades se dedica.

"Por su parte, el procesado no adujo la menor prueba para justificar el hecho. Por el contrario, él afirma en su indagatoria:

"No he dado orden a ningún detective ni el día mencionado, ni antes ni después para que requisara la casa del señor Humberto Benedetti Vergara.

"Con lo cual se pone de presente que en manos del Gobernador no había documento o dato alguno que explicara la mencionada medida contra la paz del domicilio.

"Pero como el allanamiento se llevó a término, precisamente, por la orden o autorización general expedida por dicho funcionario a los detectives para "requisar minuciosamente los sitios que crean necesarios en persecución de objetos de dudosa procedencia, armas y municiones", el Gobernador entonces aparece como autor mediato e intelectual del delito investigado, o al menos como cómplice primario, ya que sin la aludida autorización el hecho no se hubiera realizado (Art. 19 del C. P.). Este acto eficaz del funcionario es el vínculo que lo une y enlaza con el ilícito cometido por sus agentes (los detectives) en la habitación del señor Benedetti".

Esta Sala estaría de acuerdo con el razonamiento y conclusiones deducidas por el señor Procurador Delegado en lo Penal, si resultara demostrado que el señor ex-Gobernador Hoyos procedió en el caso de autos independientemente, o sea, en virtud de su propia o personal iniciativa, como director o jefe supremo de la administración pública departamental, puesta bajo su cuidado. Aparece establecido todo lo contrario, o al menos, no hay probanza de que los detectives cuyo número, nombre y condición de empleados o funcionarios públicos se desconoce, hubieran actuado única y exclusivamente en virtud de la inspiración y mandato del señor ex-Gobernador.

Principio de derecho universal es el de que el dolo no es divisible ni comunicable, al menos por el aspecto de los actos reales configurativos del delito, y que, consecuencialmente, cada sujeto debe responder de sus actos.

El doctor Hoyos se limitó a prestar su auxilio a unos agentes de la Prefectura General de Seguridad quienes, en comisión de orden público, viajaron en uno de los días de julio de 1949 a la ciudad de Cartagena, en donde deberían, entre otras cosas, practicar requisas en busca de "elementos de dudosa procedencia, armas y municiones", pues debe recordarse o no dejar desapercibido el hecho importante de que por aquellos días advino desconcierto, incertidumbre e inseguridad por parte de los ciudadanos y por parte del Estado, encargado por la Constitución y la ley para ejecutar todos aquellos actos que considerara necesarios para la preservación del orden público. Entre tales actos debió contarse el contenido en la orden del seis de julio, firmada a los detectives por el señor Gobernador, a fin de que, requisando lugares sospechosos en donde pudiera atentarse contra el orden público, se velase, se resguardase y se asegurase el mencionado orden público.

Pero resulta que tal acto o tales actos no fueron inspirados por el señor ex-Gobernador acusado, sino por la Prefectura General de Seguridad, prueba que se desprende de la declaración del señor ex-Prefecto General de Seguridad, Alfonso Lamus Pulido (fl. 64 vto.) y del doctor Guillermo Ramírez Calderón (fl. 27), quienes en parte alguna afirman que la comisión detectivesca hubiera arribado a Cartagena por insinuación, mandato o inspiración del denunciado. No importa para el caso que los detectives hubieran llegado allí a actuar bajo la dirección del señor Gobernador, porque lo cierto es que, de un momento a otro, llegaron a la Gobernación los detectives e insinuaron al doctor Hoyos que para facilitar su misión consideraban necesario que les diese una orden para atestar su condición de tales y que como tales quedaban facultados para practicar las requisas que se consideraran indispensables para la salvaguardia del orden público, muy seguramente confiada a su cuidado en el caso particular de autos. No debe olvidarse tampoco que los declarantes citados afirman que los detectives habían sido remitidos por la Prefectura General de Seguridad.

Entonces es lógico concluír que el denunciado no hizo otra cosa que cumplir con su deber al no poner obstáculo alguno a la comisión y dar facilidades para que la misión realizara de la mejor manera su cometido. Si hubiese procedido en contrario, es incuestionable que el acusado hubiera incurrido en el delito de abuso de autoridad previsto, definido y castigado por el artículo 181 del Código Penal. El doctor Hoyos no podía oponerse a medida alguna, procedente de sus superiores jerárquicos que lo eran en este caso, funcionarios

del Ejecutivo Nacional, menos en tratándose, como se trataba, de cuestiones de orden público.

Si los detectives procedieron como aparece de autos, es porque en poder de la Prefectura General de Seguridad y del Gobierno Nacional reposaban los documentos, testimonios, indicios o hechos sin los cuales no era dable ordenar requisas en las personas o allanamientos en las casas. Si tales autoridades no tenían este fundamento, formada con estos elementos, si pudo haber alguna anormalidad o defecto al practicar la requisa de autos, la responsabilidad les incumbe a éllos y no al Gobernador quien, en este caso, no hacía otra cosa sino cumplir con su deber.

El denunciado, tanto en su informe del folio 1 vto., como en declaración indagatoria del folio 41 vto., no afirma sino que cumplió con el deber de facilitar a los detectives la comisión que llevaban de Bogotá muy especialmente de alguna autoridad dependiente del Ministerio de Guerra o del de Gobierno, autoridad que no era otra sino la Prefectura General de Seguridad, como se deduce claramente del dicho del ex-Director de esta oficina y de la declaración del doctor Guillermo Ramírez Calderón.

Si esto es así, como realmente lo es; si los motivos determinantes de las actuaciones del funcionario, acusado se justifican desde el punto de vista del sentido común, de la lógica, de concepto de "orden público" ya anotado, y aún de las propias permisiones legales; y si, por último, esta especie de confesión no ha sido infirmada por probanza alguna en contrario —puesto que en este particular la confesión debe tenerse como indivisible— debe inferirse que las actuaciones del doctor Hoyos no comportan ni podrían comportar responsabilidad alguna, menos teniendo en cuenta que no viene al caso investigar si la Prefectura de Seguridad, o el Ejecutivo Nacional, tenían en su poder los fundamentos exigidos por los artículos 320 y ss., del Código de Procedimiento Penal o por las correspondientes disposiciones legales del Código de Policía del Departamento de Bolívar, que señalan las normas sobre el allanamiento, porque no se trata en este caso de investigación penal contra estas autoridades, ni por consiguiente, de definirles o nó responsabilidad. Por otra parte, como ya se ha dicho, el informativo no suministra prueba alguna sobre esta cuestión (artículo 255 ibidem).

En obedecimiento a los razonamientos expuestos, la Corte, apartándose del criterio del señor Procurador Delegado en lo Penal, estima que no es el caso de dictar llamamiento a juicio contra el denunciado por razón del delito de violación de domicilio, porque, como queda analizado, de los hechos demostrados no se deduce la prueba de ninguno de los elementos constitutivos de este ilícito, y entonces es procedente dictar, en su lugar, un sobreseimiento definitivo.

Abuso de autoridad

Idénticas razones a las aducidas para concluír que no existe responsabilidad por violación de domicilio, conllevan a declarar que tampoco puede encontrarse en las actividades del Gobernador acusado abuso de autoridad para configurar una infracción de esta clase. Por consiguiente se impone sobreseer también definitivamente por este cargo.

Como lo solicita la Procuraduría, debe sacarse copia de lo pertinente para averiguar la presunta responsabilidad que por los hechos comprobados pueda caber a los detectives que practicaron el allanamiento a que se refiere el denuncio, o a las personas bajo cuyo mandato obraron éstos, y así habrá de ordenarse en la parte resolutiva de este fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º—Sobreseer definitivamente a favor del doctor Ramón P. de Hoyos, en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar, por considerar que no es responsable de los delitos de violación de domicilio y abuso de autoridad de que trata el denuncio, y

2º—Por la Secretaría de la Sala compúlsese copia de lo indispensable con el objeto de que se averigüe el delito o delitos en que hayan podido incurrir los detectives o personas bajo cuyo mandato obraron y de que trata el proceso, ya que de autos aparecen cargos en su contra.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno.— Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez.— José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

CONVERSION DE PENAS.—LA BUENA CONDUCTA ANTERIOR COMO CIRCUNSTANCIA DE MENOR PELIGROSIDAD. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—El artículo 45 del Código Penal fijó la duración de las penas para los delincuentes normales, y respecto de la de presidio, dijo que sería de uno a venticuatro años, es decir, que no se puede imponer una sanción de esa clase inferior a un año ni mayor de veinticuatro. Pero, como en la práctica se presentan situaciones en que por la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad no es posible aplicar las sanciones dentro de los precisos límites establecidos por el precitado artículo 45, para resolver esta dificultad, se estatuyó en el artículo 60: "Cuando al aplicar las sanciones que establece la ley penal sea necesario sustituir una privativa de la libertad por orta de la misma especie, hacer cómputos o determinar proporciones, tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio".

Con esta norma, la posible contradicción entre la parte general del Código y la parte especial, en lo relativo a los máximos y mínimos de las sanciones, quedó solucionada, y el fenómeno que se observa tiene un aspecto secundario y no esencial, porque no se rompe la unidad del sistema.

Acerca del punto debatido, la Corte, que en un principio sólo había aceptado la conversión de unas sanciones por otras para los casos de concurso de delitos, sancionados con penas diferentes, sentó, posteriormente, la siguiente doctrina:

"Pero cabe observar a esa doctrina que no es aquél precisamente el caso indicado para que la conversión opere, como que la sanción aplicable entonces es la correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, se entiende que con pena de la misma calidad, y, además, la conversión, que en un evento dado aumenta la cantidad, al cambiar, por ejemplo, presidio por prisión, permite conceder beneficios como la condena condicional. Ocurrencias en que cabe tener en consideración el citado artículo 60, cuya finalidad se llena en situaciones como la aquí contemplada". (Sentencia de 6 de julio de 1949; G. J., Nos. 2075-2076, página 410).

Por lo tanto, al imponer el Tribunal, en su sentencia, la pena de ocho meses de presidio y no convertir o negarse a convertir esta sanción por la de prisión, violó los mencionados artículos 45 y 60 del Código Penal.

2.—Como lo dijo la Corte: "De que no conste en forma convincente la mala conducta, no puede pasarse a afirmar que haya sido buena, porque tanto la una, como la otra deben estar probadas concretamente, en hechos o de manera positiva. Y si ni lo uno ni lo otro se halla demostrado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena, ni como problemente mala, no habrá de agravarse la pena, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia" (Sentencia de 10 de mayo de 1947).

3.—En casación, no basta hacer la simple afirmación de que a los hechos imputados al procesado estuvo presente la circunstancia eximente invocada; es necesario que el actor demuestre esa situación jurídica, mediante el estudio de los elementos que la integran y sus consecuencias sobre la responsabilidad del imputado. Las simples consideraciones abstractas acerca de la modalidad excluyente de responsabilidad y sobre sus repercusiones en el patrimonio moral del ofendido, no bastan para que la Corte pueda entrar en el estudio de fondo del motivo invocado, porque su actividad en el recurso extraordinario de que aquí se trata, se concreta a las razones de hecho y de derecho aducidas en la demanda; por eso, la tesis que no es sustentada debidamente, es completamente inoperante e innocua.

4.—La Corte, al rectificar doctrinas anteriores, ha sentado que lo firme e inmodificable del auto de proceder es su parte resolutiva, o sea la calificación genérica que allí se haga del delito objeto del proceso; siendo, por el contrario, materia de rectificación

ulterior, de acuerdo con lo probado y alegado en el curso del juicio, el pliego de cargos contenido en la parte motiva de esa providencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez).

Vistos:

Por sentencia de fecha seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, el Tribunal Superior de Neiva condenó a Alberto Falla Falla, por el delito de lesiones personales inferidas a Tobías Perdomo, a las penas principales de ocho meses de presidio y multa en la cantidad de sesenta y seis pesos, lo mismo que a las accesorias correspondientes.

El defensor del sentenciado interpuso el recurso de casación contra tal sentencia, el cual le fue concedido, y oportunamente presentó la demanda respectiva, invocando las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala, procederá a estudiar las causales invocadas, en el orden en que han sido presentadas por el actor.

Causal Primera: Violación de la ley penal

Con base en esta causal, el demandante ataca la sentencia, por considerar que el fallador aplicó indebidamente la ley penal, al imponer al sentenciado una pena mínima de ocho meses de presidio, pues con ello se quebranta lo dispuesto por el Artículo 45 del C. P., que fija un año como mínimo de duración de la mencionada pena, y agrega textualmente: "..... Esta fijación tiene una base en los principios de readaptación social de los delincuentes, según los cuales no deben aplicarse penas de corta duración y de calidad grave. Ahora bien, la sentencia viola esta norma legal y este principio en que tal norma se funda y aplica al señor Falla ocho meses de presidio, violando o dejando de aplicar el Artículo 60 del C. P., pues no hizo, como ha debido hacerlo, la conversión a prisión, lo cual hubiera hecho posible la aplicación de la condena condicional, a la cual el condenado tenía derecho, dada su buena conducta anterior y sus excelentes antecedentes de todo orden y las circunstancias en que el hecho se realizó, que lo presentan como elemento útil a la sociedad y en manera alguna peligroso".

El Procurador Delegado en lo Penal, examina la causal primera, tomando en cuenta las razones alegadas por el demandante y las finalidades que éste persigue, como son la conversión de la pena de presidio en prisión, y como consecuencia de esta conversión, el otorgamiento de la condena condicional. Dice que el Tribunal al imponer al sentenciado la pena de ocho meses de presidio, absteniéndose de hacer la conversión correspondiente, infringió los artículos 45 y 60 del Código Penal, como lo sostiene el demandante, por lo cual debe prosperar, por este aspecto la causal primera, pero que no ocurre lo mismo con el segundo cargo relativo a la misma causal, porque el actor no hace ninguna demostración en cuanto a los requisitos que el artículo 80 del Código Penal exige para el otorgamiento del beneficio de la condena condicional y ante tal deficiencia, la Corte no puede avocar oficiosamente ese punto, porque la casación no es una tercera instancia, sino un debate de derecho en que se confronta la sentencia demandada con la ley.

Se considera:

Los hechos materia del proceso, radican en que el procesado Alberto Falla Falla, lesionó con arma contundente (piedra) a Tobías Perdomo, en la noche del quince de enero de mil novecientos cuarenta y seis, porque el último por medio de palabras soeces ofendió el honor de la madre del primero, en la cantina de propiedad de Isabel Polanía, ubicada en la población de Campoalegre y como consecuencia de esa agresión, la víctima sufrió heridas que le ocasionaron diez y seis días de incapacidad y como secuela, una perturbación funcional transitoria del órgano de la masticación, por la pérdida del canino superior izquierdo.

El Tribunal Superior de Neiva al determinar la pena imponible al acusado, dedujo en favor de éste la circunstancia especial de atenuación de la sanción, consistente en haber actuado en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación y aplicó en su mínimo el inciso 1º del artículo 374 del Código Penal en relación con el artículo 28 de la misma obra.

Acerca de este punto afirma el Tribunal en la sentencia recurrida:

"La disposición aplicable es el artículo 374, in-

ciso primero del C. P., que establece un mínimo de dos años de presidio y multa de doscientos pesos en los casos de lesiones que producen perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro. Teniendo en cuenta que la perturbación del órgano de la masticación, sufrida por el ofendido, sólo existe en grado mínimo y que el procesado no es persona socialmente peligrosa, la sanción debe fijarse en el mínimo citado, que se reduce a la tercera parte con aplicación del artículo 28 del mismo Código, quedando así en ocho meses de presidio y en $ 66.00 de multa las sanciones imponibles".

La tesis del defensor concerniente a la conversión de la pena de presidio en prisión, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 45 y 60 del Código citado, fue rechazada por el Tribunal, no obstante que el fallo recurrido contiene el siguiente aparte:

"El artículo 45 del C. Penal es una disposición que determina la duración de las penas de maneral general y significa que, por voluntad del legislador, cada delito en particular no podrá tener señalada en la respectiva disposición una penalidad mayor del máximo ni menor del mínimo indicado en aquella norma. Es por eso por lo que no se encuentra en la parte especial del Código una infracción cuyos límites traspasen la duración normativa del artículo 45".

En este aparte, se incurre en el fallo recurrido en una contradicción, porque acepta que cada delito no podrá tener señalada en la respectiva disposición, en su máximo y en su mínimo, una penalidad distinta de la indicada en el artículo 45 del estatuto represivo y sin embargo, no dió aplicación al artículo 60 del mismo para colocar sanción imponible dentro de los límites señalados en aquella disposición.

Como lo sostiene con acertado criterio jurídico el Procurador Delegado en lo Penal, las normas que contiene la parte general del Código y las que consagra la parte especial de la misma obra, se dirigen a formar un todo armónico y sistemático en mira a reprimir eficazmente la delincuencia y constituír un medio defensivo de los intereses sociales.

El artículo 45 de la obra en referencia, fijó la duración de las penas para los delincuentes normales y respecto de la de presidio, dijo que sería de uno a veinticuatro años, es decir, que no se puede imponer una sanción de esa clase inferior a un año ni mayor de veinticuatro. Pero como en la práctica se presentan situaciones en que por la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad no es posible aplicar las sanciones dentro de los precisos límites establecidos por el precitado artículo 45, para resolver esta dificultad se estatuyó en el artículo 60:

"Cuando al aplicar las sanciones que establece la ley penal sea necesario sustituír una privativa de la libertad por otra de la misma especie, hacer cómputos o determinar proporciones, tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio".

Con esta norma, la posible contradicción entre la parte general del Código y la parte especial, en lo relativo a los mínimos y máximos de las sanciones, quedó solucionada y el fenómeno que se observa tiene un aspecto secundario y no esencial, porque no se rompe la unidad del sistema.

Acerca del punto debatido, la Sala que en un principio sólo había aceptado la conversión de unas sanciones por otras para los casos de concurso de delitos, sancionados con penas diferentes, sentó posteriormente la siguiente doctrina:

"Pero cabe observar a esa doctrina que no es aquél precisamente el caso indicado para que la conversión opere, como que la sanción aplicable entonces es la correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, se entiende que con pena de la misma calidad, y además, la conversión, que en un evento dado aumenta la cantidad al cambiar, por ejemplo, presidio por prisión, permite conceder beneficios como la condena condicional. Ocurrencias en que cabe tener en consideración el citado artículo 60, cuya finalidad se llena en situaciones como la aquí contemplada". (Sentencia de 6 de julio de 1949.—Casación de Luis Carlos Klinger. G. J. Ns. 2075-2076, página 410). Por lo tanto al imponer el Tribunal en su sentencia la pena de ocho meses de presidio y no convertir o negarse a convertir esta sanción por la de prisión, violó los mencionados artículos 45 y 60 del Código Penal y la demanda debe prosperar con base en el cargo examinado, relativo a la causal primera de casación alegada.

El segundo cargo que formula el demandante con base en la causal primera, por haberse negado en la sentencia recurrida el otorgamiento al sentenciado de la condena condicional, no puede prosperar por las razones siguientes:

En primer lugar, porque el actor en su libelo no hace demostración alguna sobre la concurrencia en el caso de autos de los requisitos que exige el artículo 80 del Código Penal, para que sea viable la concesión del beneficio mencionado. Y como la

Sala no puede oficiosamente entrar en el análisis y estudio del problema planteado, por no tratarse de una tercera instancia, sino de un recurso extraordinario de confrontación de la sentencia demandada con la ley, es al recurrente a quien corresponde presentar las razones de orden jurídico demostrativas de que el fallador de segunda instancia violó la ley penal sustantiva. Sólo así, la Corte puede hacer un estudio detallado del motivo planteado en la demanda.

En segundo lugar, las constancias de autos son deficientes en lo relativo a la personalidad del procesado y especialmente en cuanto a su conducta anterior.

Hay constancias de que el acusado Alberto Falla está sindicado por el delito de hurto, que el Juez de primera instancia le dictó auto de proceder y que el Superior, revocó esta providencia y en cambio, dictó sobreseimiento temporal (folios 12 y 17 C. 1º).

Pero no se sabe cómo terminó ese proceso y sería inexacto sostener que carece de antecedentes judiciales y que su conducta ha sido siempre buena.

El artículo 80 ya mencionado, consagra la condena condicional como un beneficio excepcional dirigido a la reabilitación del condenado, previo el lleno de los siguientes requisitos: a). Que sobre el sentenciado no haya recaído ninguna condena; b). Que su conducta haya sido siempre buena; c). Que el Juez tenga la convicción de que el individuo que va a gozar de ese beneficio, dada su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir; y d). Que la pena que se imponga sea de arresto no mayor de tres años o de prisión que no exceda de dos.

De estos presupuestos, los dos primeros no están demostrados satisfactoriamente, porque aunque las simples sindicaciones o los sumarios seguidos contra una persona no implican forzosamente su malà conducta anterior, cuando se trata de la gracia indicada, aparte de la inexistencia de condenas anteriores, la ley exige que la conducta del agraciado "haya sido siempre buena" y que el Juez tenga la convicción de que no es peligroso para la sociedad y de que no volverá á delinquir y estos requisitos, no se deducen de las constancias que arroja este proceso. La sindicación de que se ha hablado a la cual recayó un sobreseimiento temporal, es un interrogante que da lugar a dudas sobre la conducta anterior del sentenciado y que no permite al Juzgador tener la convicción de su carencia de peligrosidad y de que en el futuro no volverá a incurrir en violaciones de la ley penal.

Por lo demás, acerca de este punto de vista, ya la Corte había sentado la siguiente doctrina:

"De que no conste en forma convincente la mala conducta, no puede pasarse a afirmar que haya sido buena, porque tanto la una como la otra deben estar probadas concretamente, en hechos o de manera positiva. Y si ni lo uno ni lo otro se halla demostrado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena, ni como probablemente mala, no habrá de agravarse la pena, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia". (Sentencia de 10 de mayo de 1947.—Casación de Agustín Niño).

Bastan estas consideraciones, para concluír que en esta parte no prospera la causal estudiada.

Causal Segunda. — Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Sobre esta causal dice el demandante: que el Tribunal apreció equivocadamente los hechos relativos a la agresión sufrida por el procesado Falla Falla de parte de su contendor y las circunstancias en que ésta se realizó y por eso, desechó que aquél había actuado con la concurrencia de la legítima defensa del honor.

Este punto de vista, se sostiene en la demanda en los siguientes términos:

"Esta apreciación es errada, porque en las agresiones al honor no puede procederse, en su interpretación, con el mismo criterio que en frente a las agresiones contra la integridad física o la vida, ya que el honor es ante todo un patrimonio social, y es ante la sociedad que se mantiene o se pierde, y no por el hecho material de la agresión física, sino por el consentimiento pasivo de esa agresión. El hombre que recibe una bofetada en pleno rostro, o ve seducida su mujer o su hija, no está deshonrado por el hecho físico mismo, del cual él no es responsable. Solamente queda deshonrado cuando es ya cierto que conciente (sic) pasivamente y sin protesta, la agresión, es decir: cuando es un hecho demostrado que carece de capacidad para luchar por su derecho y que lo abandona a la acción agresiva de cualquiera".

Dice la Procuraduría que la invocación en casación de la causal segunda, impone al actor dos deberes ineludibles para que pueda prosperar:

"1º—Demostrar que la sentencia recurrida hizo

mala interpretación o apreciación de los hechos, indicando cuáles, al darles un válor probatorio que no tienen, o al negarles el que sí tienen, o al no tomarlos en cuenta, a pesar de hallarse acreditados en el proceso, o, en fin, al desechar la manifiesta contradicción que tales hechos impliquen.

"2º—Demostrar igualmente que esa mala apreciación o interpretación de los hechos incide directamente en los elementos constitutivos del delito, o en los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o en las circunstancias que hayan influído en la adaptación de la medida represiva".

Es decir, que la primera parte de la causal se refiere a los presupuestos o premisas, fundados en los hechos y las pruebas, que deben plantearse para llegar a la segunda parte —conclusión— de carácter netamente jurídico, sobre los elementos del ilícito, los de la responsabilidad y las modalidades específicas que operen en la aplicación de la pena".

Y en el caso presente, se invoca la causal segunda por medio de un simple alegato, sin que se precise con claridad los hechos que hubieran sido mal interpretados o aquellos a los que se les hubiera dado un valor probatorio que no tenían o bien los que no fueron tomados en cuenta, no obstante estar demostrados. Tampoco en la demanda se demostró, que esa mala interpretación de los hechos tenga relación directa con la eximente de responsabilidad que se alega. Porque no basta en casación, hacer la simple afirmación de que a los hechos imputados al procesado estuvo presente la circunstancia eximente invocada; es necesario que el actor demuestre esa situación jurídica, mediante el estudio de los elementos que la integran y sus consecuencias sobre la responsabilidad del imputado. Las simples consideraciones abstractas acerca de la modalidad excluyente de responsabilidad y sobre sus repercusiones en el patrimonio moral del ofendido no bastan para que la Sala pueda entrar en el estudio de fondo del motivo invocado, porque su actividad en el recurso extraordinario de que aquí se trata se concreta a las razones de hecho y de derecho aducidas en la demanda y por eso, la tesis que no es sustentada debidamente es completamente inoperante e inocua, y la causal alegada no prospera.

Causal tercera.—Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.

Sobre esta causal afirma el recurrente que el Tribunal desestimó en la sentencia la circunstancia modificadora de la responsabilidad del procesado, consistente en la riña suscitada para él de modo imprevisto, la cual había sido reconocida plenamente en el auto de enjuiciamiento y a causa de esa desestimación lo condenó por un delito más grave que aquel por el cual se le dictó auto de proceder, violando en esa forma las garantías constitucionales y legales sobre el derecho de defensa de los acusados, toda vez que el auto de proceder es el pliego de cargos que el Estado les formula para que se defiendan de ellos y no de otros de calidad más grave, que no conoce el procesado.

Se considera:

Consta del proceso que el Juez Segundo Penal del Circuito de Neiva, al calificar el negocio en el fondo con fecha diez y siete de julio de mil novecientos cuarenta y siete, imputó al procesado Falla Falla el delito de lesiones personales perpetrado en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación (Art. 28 del C. Penal). Y a continuación, dice:

"Esta modalidad del dolor e ira por grave e injusta provocación ya quedó admitida por el Juzgado cuando se resolvió el incidente de excarcelación, fuera de que también se perfila la riña imprevista, **pues a ella pretendió llevarlo Perdomo cuando se le lanzó a pegarle,** como lo dicen Isabel Polanía y Manuel Molano". (Subraya la Sala).

Apelado el auto de proceder, el Tribunal al conocer del recurso, nada dijo sobre las circunstancias modificadoras de la responsabilidad y la sanción. Solamente afirmó que existía la prueba requerida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de proceder contra Falla Falla como responsable del delito de lesiones personales ocasionadas a Tobías Perdomo y confirmó la providencia de primera instancia, sin modificación alguna.

En la sentencia de primera instancia, se condenó al procesado Falla Falla, como responsable del delito de lesiones y se le reconocen las modalidades atenuantes de la ira e intenso dolor por grave e injusta provocación y la riña imprevista, deduciendo la pena imponible de la aplicación del inciso primero del artículo 374 del C. Penal, relacionándolo con los artículos 28 y 384 de la misma obra.

El Tribunal Superior de Neiva, al revisar la

sentencia antes relacionada, sólo reconoció la excusa de provocación (art. 28 del C. P.) y negó la concurrencia a los hechos de la circunstancia de la riña imprevista, por cuanto no había habido entre los contendores el cambio de golpes, el combate singular, las mutuas ofensas reales, que sustancialmente caracterizan dicha figura. El Tribunal, expone sus puntos de vista en la siguiente forma:

"En la ocurrencia de autos, el mismo procesado ha dicho que descargó la piedra con que hirió a Perdomo cuando lo ofendía de boca, sin que se hubiera trabado en riña... Para la Sala esta última circunstancia no se realizó, pues no es riña el trabarse de palabra..."

Los antecedentes antes relacionados dan asidero para sostener que la causal tercera de casación alegada por el actor, no es viable por las siguientes razones:

Las afirmaciones que se hacen en el auto de proceder de primera instancia, donde se aludió como dice en forma muy acertada la Procuraduría, "de manera muy superficial a la riña imprevista" no implican la inclusión precisa y concreta en dicha providencia, de tal circunstancia como concurrente a los hechos por los cuales se responsabiliza al procesado, porque auncuando el Juzgado del Circuito habla de que se perfila la riña imprevista, inmediatamente después de hacer esta afirmación, la destruye diciendo "pues a ella pretendió llevarlo Perdomo cuando se lanzó a pegarle", es decir, que dicho Juez al hacer esta consideración, descarta el cambio recíproco de golpes en lo cual radica la esencia de la riña, en otros términos, que sólo se presentó un amago de riña, pero no la riña misma.

Finalmente afirma el Procurador Delegado en lo Penal:

"Porque aceptando, en gracia de discusión, que el auto de proceder reconoció en favor del acusado la riña imprevista y la excusa de provocación, tal reconocimiento no implica que la sentencia definitiva tuviera que fallar, necesariamente, conforme a ese pliego de cargos.

"En efecto, la H. Corte, al rectificar doctrinas anteriores, ha sentado que lo firme e inmodificable del auto de proceder es su parte resolutiva, o sea la calificación genérica que allí se haga del delito objeto del proceso; siendo, por el contrario, materia de rectificación ulterior, de acuerdo con lo probado y alegado en el curso del juicio, el pliego de cargos contenido en la parte motiva de esa providencia.

"Esto, porque el mismo artículo 431 del Código de Procedimiento Penal estatuye que en la parte motiva del enjuiciamiento se defina genéricamente el hecho que se imputa al procesado, "con las circunstancias conocidas que lo especifiquen"; y que en la parte resolutiva se haga el llamamiento por el delito respectivo, "sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

Esta doctrina fue adoptada por la Sala, para no dar al auto de proceder un carácter definitivo y dominante en el proceso, una especie de derecho adquirido para una de las partes, porque ello conduciría a la tesis de que la sentencia es un acto secundario y mecánico, siendo así que es en ésta donde se resuelven con absoluto poder jurisdiccional todos los objetivos del proceso y se adapta la pena imponible al delicuente, de acuerdo con su personalidad y con las circunstancias que hubieran concurrido a la comisión del ilícito. Sólo en esta forma, cuando el Juzgador encuentre que ha habido una errada apreciación de los hechos y del derecho en lo relacionado con la figura específica que se plantea en la parte motiva del auto de proceder, puede corregirla y colocar al delincuente en la situación jurídica que realmente le corresponde, todo esto fundado en el interés público que rige el proceso penal, y en ejercicio de la función de defensa de la sociedad contra los delincuentes. (G. J. Nos. 2068-2069, pág. 381).

En consecuencia, la causal tercera antes examinada no está probada y tampoco puede prosperar.

Como se ha admitido que la causal primera de casación debe prosperar por uno de los aspectos alegados en la demanda, por haberse violado en la sentencia recurrida los artículos 45 y 60 del Código Penal, debe invalidarse el fallo y dictar el que corresponda.

Dadas las consecuencias que el ilícito dejó al ofendido y de que se ha hablado en otro lugar, es aplicable al procesado el artículo 374, inciso primero del Código Penal, que señala una sanción de dos a cinco años de presidio y multa de doscientos a cuatro mil pesos.

Como no están acreditadas las circunstancias de peligrosidad especial del acusado Falla Falla, debe fijársele el mínimo de la pena, como lo hicieron los juzgadores de instancia y en estas condiciones, le corresponden dos años de presidio y doscientos pesos de multa, sanciones que se reducen a la tercera parte por haber cometido el hecho delictuoso con la concurrencia de la circunstancia

modificadora de la responsabilidad consistente en la ira e intenso dolor por grave e injusta provocación, es decir, ocho meses de presidio y sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 66.66) de multa.

Pero como de conformidad con el artículo 45 del estatuto represivo, no puede imponerse pena de presidio inferior a un año, deben convertirse los ocho meses de presidio en la pena inmediatamente inferior, es decir, en prisión, de acuerdo con la regla consignada en el artículo 60 de la obra mencionada. Hechas las operaciones correspondientes, da un resultado de doce meses de prisión, que es la sanción imponible; la multa es la misma que se ha indicado en el aparte anterior.

Las penas accesorias, son las que se determinaron en la sentencia recurrida, a excepción de la pérdida de la patria potestad, y la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, que deben ser por un tiempo igual al de la pena principal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Neiva por la cual condena al procesado Alberto Falla Falla, como responsable del delito de lesiones personales a la pena principal de ocho meses de presidio y multa por valor de sesenta y seis pesos moneda corriente y en su lugar, lo condena a la pena principal de doce meses de prisión y sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos de multa, a la suspensión de la patria potestad y a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal; las demás penas accesorias, son las que se imponen en la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre — Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ENEMISTAD COMO CAUSA DE RECUSACION

Para que proceda la recusación por enemistad, es preciso que ésta exista y que sea grave, según el precepto contenido en el artículo 73, inciso 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Además, de conformidad con el artículo 76 de la misma obra, a la recusación propuesta deben acompañarse las pruebas y han de exponerse los motivos en que aquélla se funde.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y seis de mil novecientso cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez).

Vistos:

En el proceso contra Facundo Valencia Mena por peculado y falsedad en documentos públicos que se adelantó a virtud de denuncio que presentó Juan J. Vásquez al Juez del Circuito en lo Penal de Istmina el 18 de julio de 1952, cuando se hallaba resuelto el recurso de alzada que interpuso el apoderado del procesado contra el auto que negó la revocatoria de la detención de éste, el mismo representante de Valencia Mena recusó al Magistrado sustanciador del Tribunal Superior de Quibdó doctor Rogerio Patiño G., por enemistad.

No aceptó el doctor Patiño G. el motivo de recusación y las diligencias pasaron a la Sala Dual para resolver el incidente. Esta decidió con fecha 14 de marzo del año en curso que no era el caso de declarar separado del negocio al Magistrado y dispuso enviar el expediente a la Corte, a fin de que se falle en definitiva el incidente.

El apoderado del recusante pidió reposición del auto anterior y en subsidio apelación. Negado el primer recurso se concedió el segundo, no sin que el Tribunal reconociera la carencia de objeto de éste, por cuanto por ministerio de la ley su providencia no podía quedar en firme sino cuando el superior resolviera sobre el particular, de acuerdo con lo establecido por el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal.

Y ello es así, como lo expresa la Procuraduría, a quien se pasó el negocio en virtud del recurso de apelación interpuesto, porque el superior en estos casos no conoce ni califica el impedimento en virtud de un recurso de apelación, sino que esa jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el Tribunal de ser infundado el impedimento o recusación y porque incidentes de esta naturaleza se resuelven de plano, sin que sea necesaria tramitación alguna distinta, como en casos semejantes lo ha resuelto esta Sala. Lo anterior explica por qué la Corte entra a decidir.

El apoderado de Valencia Mena alega que cuando el doctor Patiño G., era Juez Superior, en los negocios en que aquél figuraba como abogado, dejó traducir su malquerencia contra el recusante, tanto en su comportamiento social como oficial, y que siendo luego Magistrado, ha puesto de manifiesto esa malquerencia en providencias que se han dictado en el sumario contra Agustín Cardona por bigamia y en el de peculado contra Facundo Valencia; asimismo, que en providencia de 20 de febrero de 1953 dictada en este expediente, lo ataca injustamente cuando en ella dice que el recusante carece de ética personal y social.

El Magistrado doctor Patiño G., manifestó que cuando era Juez Superior, en un proceso por homicidio, el veredicto del Jurado fue favorable al acusado, pero que por motivos legales, fue declarado contraevidente; que en un sumario contra Agustín Cardona Dix por bigamia se solicitó la excarcelación con fundamento en una carta en que se decía que la cónyuge del procesado había muerto y como en vista de esa carta se verificó el nuevo matrimonio, había obrado de buena fe Cardona Dix. Que este recurso fue rechazado por cuanto que no se podía confundir una carta privada con un documento público para atribuírle valor a aquélla en lo relativo a la defunción aludida.

Los cargos, pues, de recusación, no los aceptó el Magistrado Patiño G., y dijo, en cambio no tener motivos de enemistad graves, por lo cual no se declara legalmente impedido.

Los restantes Magistrados, en auto del 14 de marzo último, resolvieron que no era el caso de declarar separado del conocimiento del negocio al Magistrado doctor Patiño G., y dispusieron remi-

tir el expediente a la Corte para la resolución definitiva del incidente.

Se considera:

Para que en casos como éste, prospere el impedimento o recusación, es preciso que exista enemistad y que ésta sea grave, según el precepto contenido en el inciso 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Además, de conformidad con el artículo 76 de la misma obra, a la recusación propuesta deben acompañarse las pruebas y han de exponerse los motivos en que aquélla se funde.

El doctor Ramón Lozano Garcés, apoderado del procesado en el caso a estudio, expuso varios motivos que consideró procedentes para alegar la recusación, pero no adujo las pruebas legales de ella; y según se ha dicho ya es preciso demostrar por parte de quien alega la recusación, no sólo su existencia, sino también que ella es grave. El caso no puede quedar al capricho del interesado, porque a un litigante no conforme con la decisión del Juez, le bastaría recusarlo alegando la enemistad, por ejemplo, no porque realmente exista ésta, sino porque así lo estima desde un punto de vista personal lo que es inadmisible.

"Y no es necesario señalar las consecuencias de semejante procedimiento —ha dicho la Sala—, si se admitiera. Equivaldría a la implantación de una teoría de superlativa inmoralidad, si ya no fuera absurda de por sí. Sería erigir en causal de impedimento el empleo de la doctrina o la ley cuando no encuadra a los intereses de una parte. Valdría para pregonar esta extravagante tesis: se puede acusar a quien falle sin conformarse a los puntos que el recusante sostenga.

"Enojarse con el Juez porque resolvió algo que contraría los anhelos de quien esperaba una solución distinta, no es de buen recibo en el campo profesional, pero, en fin, es frecuente y se explica. Pero hacer de ello un motivo de recusación, ni es corriente, por fortuna, ni se entiende ni se explica, ni puede admitirse..." (GACETA JUDICIAL, tomo LXIII, pág. 812).

A la recusación propuesta se agregó sólo copia de un memorial de denuncio presentado contra el recusado, pero no es él suficiente a demostrar la enemistad grave. De otra parte, las opiniones dadas en la providencia de fecha 20 de febrero último suscrita por el Magistrado doctor Patiño G., y en que el doctor Lozano Garcés motiva la recusación, no pueden por sí solas determinar la enemistad grave a que alude el inciso 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal citado.

No está probada la causal de recusación propuesta y por consiguiente no es el caso de separar del conocimiento de este negocio al Magistrado recusado.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó doctor Rogerio Patiño G., no está impedido para conocer del proceso adelantado contra Facundo Valencia Mena por el delito de peculado y el de falsedad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez.—Julio E. Argüello, Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.— ES CAUSA DE NULIDAD EL QUE UNA DE JURADOS NO REUNIERA LAS CONDI BORO LA LISTA O QUE HAYA MUERTO VERIFICARSE EL SORTEO. — TAMPOCO UN MIEMBRO DEL JURADO

NULIDADES CONSTITUCIONALES. —NO PERSONA QUE FIGURA EN LA LISTA CIONES PARA SERLO, CUANDO SE ELA- DESPUES DE ELABORADA Y ANTES DE LO ES LA VIOLACION POR PARTE DE DE SUS DEBERES LEGALES

1.—Como lo ha dicho la Corte, en los procesos penales se pueden presentar dos clases de nulidades: absolutas o sustanciales, y relativas o formales. Las primeras son aquellas que violan normas positivas del derecho penal, o que lo afectan en su contenido esencial y que son insubsanables por el decurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervinieron en el juicio. Son aquellas que salvaguardia ampliamente nuestra Carta en su artículo 26. Tales disposiciones, por ser de orden público, son obligatorias, en su aplicación, para los funcionarios y las partes. No se pueden desatender, omitir o violar, sin incurrir en nulidad absoluta de lo actuado, la que puede y debe ser declarada por el juzgador, aún oficiosamente. Las segundas hacen referencia a las disposiciones reguladoras del procedimiento penal; son subsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervienen en el juicio.

Estas últimas nulidades que miran a las normas procedimentales, son contingentes y, por consiguiente, subsanables, y no producen efectos sino cuando las partes reclaman su declaratoria, por considerar que, al dejar vigentes los vicios que las configuran, podrían lesionar su derecho de defensa. Constituyen una protección que el legislador confiere al ciudadano en la legislación positiva procedimental, la cual entraña la potestad de renunciarla, si así se quiere. Puede solicitarse su declaratoria dentro de los términos y del modo establecido en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

Las nulidades absolutas o sustanciales no son taxativas; advienen cuando por algún aspecto se viola la norma constitucional (artículo 26). En esto se diferencian de las relativas o formales, atinentes al proceso penal, que son taxativas, esto es, que deben estar previamente consagradas en la legislación para que el fallador tenga potestad de declararlas. Por esta razón, para interpretarlas, no es aplicable el criterio analógico, sino el restrictivo: el juzgador no puede, por motivo alguno, deducirlas, crearlas o fundamentarlas en hechos o actos que la ley no ha previsto. Esta función es privativa del legislador.

2.—El hecho de que una de las personas incluídas en la lista elaborada por el Tribunal no hubiera tenido las cualidades necesarias para servir el cargo de jurado, en el momento en que aquél elaboró dicha lista, no es causal de nulidad, porque auncuando la ley ha querido que la lista sea de doscientas personas hábiles, en la mayoría de los casos, en el momento del sorteo, este número ha disminuído, por muerte, por ausencia, por impedimento, por excusa, etc., de alguna o algunas de ellas.

3.—La demostración de que uno de los ciudadanos que figuraba en la lista elaborada por el Tribunal y que fue pasada al Juzgado Superior para servir el cargo de Jurado, en el momento de esa elaboración y en el acto de los sorteos, había fallecido, no puede estimarse como causal de nulidad constitucional o como nulidad formal o adjetiva.

4.—La violación personal que los jueces de conciencia realizan con menoscabo de los deberes que les impone la ley, no implica el desconocimiento de las garantías procesales que el poder público debe amparar y proteger en la celebración del juicio. El quebrantamiento de un deber impuesto por la ley como norma que debe guiar la conducta de los jueces de conciencia en la celebración de la audiencia, constituye un delito de preva-

ricato, al tenor del artículo 529 del Código de Procedimiento Penal.

Pero ese mismo hecho —violación personal de un mandato legal—no entraña omisión alguna en el cumplimiento de las formalidades propias del juicio. Si ese hecho tuviera fuerza para generar una nulidad constitucional, también debería erigirse en nulidad del mismo orden la violación de las normas impuestas a las partes o al público por el artículo 530 del Código citado. Y el elogio o la censura que los defensores o el público hacen a los miembros del Jurado en la audiencia, no implican omisión o violación de normas procedimentales.

5.—Nuestra legislación en materia de procedimiento penal, al par que acoge la tesis general de la indivisibilidad procesal (artículos 50, 52 y 54), consagra positivamente excepciones, como la prevista en el artículo 430 ibídem.

Es decir, respetando estrictamente el principio de la litis consortio o la llamada continencia de la causa, debe definirse la situación jurídica del ciudadano o ciudadanos respecto de quienes la prolongación de la investigación, motivada por la existencia de otro u otros responsables, otro u otros elementos probatorios de la imputabilidad o de la inocencia, podría lesionar su derecho constitucional de ser juzgados a la mayor brevedad posible, consultando también el principio universal que aspira a la economía procesal. Ello no significa que se divida la continencia de la causa; el proceso es uno solo. Lo que ocurre es que, respetando su unidad, se define la responsabilidad en distintas etapas o actos procesales.

Otra excepción al principio general de la unidad procesal es la establecida en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando en el proceso se advierte o que el hecho imputado no se ha consumado, o que el acusado o acusados no han ejecutado el hecho o hechos que se dicen delictivos por la ausencia de prueba al respecto, o que el hecho denunciado no está erigido como delito en nuestra norma penal, o porque han advenido hechos que indican al Juez que la acción penal no puede continuarse o proseguirse. En cualquiera de estos supuestos, el Juez está en la imperiosa obligación de dictar la correspondiente sentencia por medio de la cual disponga la cesación del procedimiento, sin perjuicio de ordenar también su prosecución, si existe prueba de imputabilidad penal contra otro u otros ciudadanos, o porque hay posibilidad de obtener datos comprobatorios indispensables para la ejecución completa de la administración de justicia.

Esta aparente división de la unidad del proceso o de las providencias judiciales no solamente se excepciona en obedecimiento al principio de la economía procesal, sino para resguardar esenciales normas que precisan las nociones de la competencia y la jurisdicción, por ejemplo, cuando en una determinada investigación resultan responsables sometidos por la ley para su juzgamiento a fueros especiales o distintos. De aquí lo dispuesto por el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez).

Vistos:

El procesado Marco Fidel Salazar recurrió en casación contra la sentencia de fecha seis de febrero de mil novecientos cincuenta y dos por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo condenó a la pena principal de veintidós años de presidio por los delitos de homicidio y robo.

Sometido el negocio a la tramitación que le es propia, ha llegado el momento de decidir.

Hechos

En tiempo anterior al mes de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho, en la vereda de "El Remanso", Municipio de San Cayetano, del Distrito Judicial de Bogotá, Marco Fidel Salazar Gómez y Oliverio Gómez su pariente, resolvieron fingir una sociedad irregular que tendría como finalidad la compra, venta y sacrificio de ganado vacuno en la región citada; ante la insolvencia del segundo que era notoria, resolvieron también fingir una serie de negocios recíprocos para aparentar que poseían dinero, para poder así entrar en

negocios con Pedro Ignacio Sarmiento, propietario de inmuebles y ganados en el lugar.

Así fue como el veinticuatro de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, llegaron aquellos individuos a la casa de Sarmiento y le propusieron la compra de varias cabezas de ganado. Después de convenido el precio, y por cuanto Salazar y Gómez no hubieran pagado de contado, convinieron que irían sacando los semovientes a medida que cubrieran su valor; compraron luego una "pastada" a Tobías Pachón que tenía éste en predios de Miguel Zabala, para mantener allí el ganado a medida que lo fueran tomando del predio de Sarmiento. El primero de marzo siguiente regresaron Salazar y Gómez a la finca de Sarmiento, conversaron con él, inspeccionaron el ganado y parece que separaron las cabezas negociadas para volver el día siguiente por ellas. Efectivamente, el dos de marzo siguiente, previo acuerdo, Salazar y Gómez se dirigieron a la casa de Sarmiento, y una vez allí, con el mismo pretexto del negocio del ganado, bajaron a un sitio retirado donde se encontraba el último de los nombrados construyendo una cerca, en asocio de sus cuñados César y Elsa Rojas. Una vez allí, aprovechando que Sarmiento se agachaba para ejecutar su labor, Oliverio Gómez le asestó dos machetazos que le causaron la muerte inmediata, al paso que Marco Fidel Salazar hirió mortalmente a la menor Elsa Rojas. Atemorizado el menor César ante la crueldad del ataque, quiso huír, pero Salazar y Gómez le dieron alcance y también le causaron la muerte, asestándole sendos machetazos. Luégo, con inusitada tranquilidad, regresaron estos sujetos a casa de Sarmiento e hicieron comprender a su esposa Blanca Rojas, la necesidad de que le llevara el almuerzo a su marido al sitio donde se hallaba porque se encontraba muy ocupado. Después de que la infortunada mujer dió de comer a sus visitantes, salió desapercibida con el almuerzo, tomando la delantera; la seguía Oliverio, luego su hermana Saturia Rojas y por último, Salazar; a algunas cuadras de distancia, Oliverio se adelantó a Blanca y la ultimó a machete destrozándole la cabeza, al paso que Salazar, hacía lo mismo con Saturia, a quien para ocultarla, la arrastraron y lanzaron a un zanjón cercano.

Consumados estos hechos, Salazar y Gómez volvieron a la casa de Sarmiento, sacaron veintidós semovientes que había en el potrero y los llevaron a la "pastada" que habían comprado a Pachón, no sin que pernoctaran en casa de Guillermo Malaver, dado que no alcanzaron a llegar al lugar de su destino; al siguiente día, en asocio de Malaver y otro ciudadano, dejaron el ganado en el potrero tomado a Pachón. Allí se encontraba Hernán Téllez quien había ido a negociar dos reses con Pachón, pero como no se pusieran de acuerdo en el precio, Salazar y Gómez le ofrecieron el ganado que habían llevado. Téllez les prometió que el día siguiente regresaría, y, efectivamente, el cuatro de marzo, en asocio de Eccehomo Gómez, inspeccionó el ganado, lo negoció y entregó parte del precio, pidiendo plazo para el resto que cubriría en dos contados. En esa misma fecha, Téllez sacó un novillo para sacrificarlo y marcó o puso fierro al restante.

El hallazgo de los cadáveres lo hicieron dos campesinos el viernes cinco de marzo quienes pusieron el hecho en conocimiento del Alcalde de San Cayetano, funcionario que inició la investigación.

El Juzgado Tercero Superior de Bogotá llamó a responder en juicio a Salazar por homicidio con caracteres de asesinato, y por robo, dictó sobreseimiento definitivo en favor de otros sindicados, y en cuanto a Oliverio Gómez declaró extinguida la acción penal por haber fallecido.

En fallo de primera instancia se condenó a Salazar a la pena principal de veinte años de presidio en consideración a que hubo concurso real o material de delitos y por lo tanto tenía actualidad la disposición contenida en el artículo 33 del Código Penal en cuanto ordena aplicar la sanción para el delito más grave —asesinato en este caso.— En el fallo de segunda instancia se aumentó esa pena en dos años, desestimando la tesis del Juzgado en cuanto sostuvo que en el caso tenía aplicación el artículo 32 del mismo Código "como si se tratara en el caso concreto de los homicidios, de un delito continuado".

Demanda

El apoderado del procesado ataca la sentencia de segundo grado porque en su concepto, el proceso está viciado de nulidad, es decir, considera que por este motivo resulta demostrada la causal prevista en el numeral cuarto del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se fundamenta la demanda en los siguientes motivos:

1º Que cuando se verificaron los sorteos de Jurados, figuraba en la lista correspondiente el nombre de "Alfredo Cadena D' acosta" ya fallecido, y en consecuencia afirma que esa lista no era correcta ni legal.

2º Que aparece demostrado que durante las deliberaciones del Jurado el Juez se comunicó en dos ocasiones con éste, no pudiendo hacerlo por prohibición legal. En síntesis, sostiene el actor que esta comunicación del Juez con los Jurados en el acto de la conferencia para emitir el veredicto, pudo tener influencia en su contenido o eficacia contra los intereses individuales del procesado.

3º Que no estando ejecutoriado el auto de fondo del siete de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, dictado por el Juez Tercero Superior, se celebró la audiencia y se pronunció el veredicto con violación del artículo 196 del Código de Procedimiento Penal. "Según el auto de proceder —afirma la demanda— dictado contra mi defendido, es providencia que debe ser consultada puesto que contenía SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO a favor de otros coprocesados es claro que mientras no se surtiera esta consulta no debe considerarse como ejecutoriado".

Al respecto afirma el actor que siendo el auto de fondo una pieza procesal indivisible, auncuando en ella queden comprendidas una disposición u orden de enjuiciamiento y otra u otras de sobreseimiento definitivo, mientras no se surta la consulta con relación a estos últimos no podría considerarse ejecutoriado aquél para proseguir la tramitación del juicio. "El auto calificatorio del sumario es uno —dice la demanda— **aunque contenga enjuiciamientos o sobreseimientos,** puesto que su encargo es decidir sobre el mérito de la investigación e iniciar el plenario, en caso de llamamiento a juicio. De esta UNIDAD del auto calificatorio se desprende su **indivisibilidad,** ya que el llamamiento a juicio o el sobreseimiento son puntos accidentales, que no influyen en la esencia de la providencia, que es la calificación sumarial". Concluye sosteniendo que, puesto que aquí el auto de fondo contenía provisión de sobreseimiento definitivo a favor de otros sindicados y no fue consultado antes de proseguirse el juicio, concurre la causal del numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que estima fundamental para que se case la sentencia.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal después de detenido y razonado estudio se pronuncia en el sentido de que no se case la sentencia demandada por haber llegado a la conclusión de que no están comprobados, o no son aceptables, los motivos que el demandante estima como constitutivos de la causal prevista en el numeral 4º del artículo 567 de la obra citada.

Se considera:

Tiene dicho la Corte que en los procesos penales se pueden presentar dos clases de nulidades: absolutas o sustanciales, y relativas o formales; que las primeras son aquellas que violan normas positivas del derecho penal, o que lo afectan en su contenido esencial y que son insubsanables por el decurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervinieron en el juicio. Son aquellas que salvaguardia ampliamente nuestra Carta en su artículo 26, cuando dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Tales disposiciones, por ser de orden público, son obligatorias, en su aplicación, para los funcionarios y las partes. No se pueden desatender, omitir o violar, sin incurrir en nulidad absoluta de lo actuado, la que puede y debe ser declarada por el juzgador aún oficiosamente. Las segundas hacen referencia a las disposiciones reguladoras del procedimiento penal; son subsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervinieron en el juicio.

Estas últimas nulidades que miran a las normas procedimentales, son contingentes y por consiguiente, subsanables, y no producen efectos sino cuando las partes reclaman su declaratoria por considerar que, al dejar vigentes los vicios que las configuran, podrían lesionar su derecho de defensa. Constituyen una protección que el legislador confiere al ciudadano en la legislación positiva procedimental, la cual entraña la potestad de renunciarla, si así se quiere. Puede solicitarse por las partes su declaratoria dentro de los términos y del modo establecido en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

Las nulidades absolutas o sustanciales no son taxativas. Advienen cuando por algún aspecto se viola la norma constitucional (artículo 26). En esto se diferencian de las relativas o formales atinentes al proceso penal, que son taxativas, esto es que, deben estar previamente consagradas en la legislación para que el fallador tenga potestad de declararlas. Por esta razón, para interpretarlas, no es aplicable el criterio analógico, sino el restringido. El juzgador no puede, por motivo algu-

no deducirlas, crearlas o fundamentarlas en hechos o actos que la ley no ha previsto. Esta función es privativa del legislador y no del Juez.

Es de observar que el actor en el recurso estima que las causales de nulidad son de orden constitucional, y no del adjetivo o formal. Por eso dice: "Comienzo por advertir que la nulidad que vicia, en mi concepto, este proceso, no es de las adjetivas y que expresamente consagra el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, sino nulidad sustantiva y que se funda en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Sentados estos principios, procede el estudio de cada uno de los motivos que en concepto del demandante, dieron nacimiento a las nulidades en que se apoya para alegar la existencia de la causal prevista en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Primer motivo. **Defecto de la elaboración de la lista de Jurados que el Tribunal pasó, para el año de 1950, al Juzgado Tercero Superior.**

Para demostrar este motivo el demandante presentó el certificado expedido por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de junio de 1952, del cual se deduce que en la lista confeccionada o formada por el citado Tribunal y contentiva del nombre de los ciudadanos aptos para servir el cargo de Jurados en el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito, figuró el nombre del doctor "Cadena D'Costa Alfredo" (fl. 5, cuaderno 4º), y la copia del acta de defunción del mismo doctor, de fecha 9 de junio de 1952, expedida por el Registro Civil, en donde consta el deceso del mencionado ciudadano a las tres de la tarde del 9 de diciembre de 1946, es decir, con anterioridad a la fecha en que el Tribunal elaboró la lista de los doscientos nombres de las personas que debían servir el cargo de Jurados en ese Juzgado.

El reparo no puede aceptarse como motivo de la causal, porque:

a). Si el Tribunal, al elaborar la lista indicada, omitió investigar si todas y cada una de las personas que allí figuraban vivían, y por consiguiente, eran aptas para servir el cargo de Jurados, incurrió en una falta investigativa, que no puede conformar el acto o hecho violatorio de la pauta constitucional y legal que consagra la garantía en la defensa de los ciudadanos. Por esta razón, no puede reputarse este acto como causal de nulidad sustantiva.

Tampoco procede tenerlo como causal de nulidad adjetiva o formal, de las taxativamente consagradas en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de esta misma razón. Si la ley no ha establecido este hecho como causal de nulidad, el fallador no puede tomarla como tal sin incurrir en usurpación de una función que compete al legislador.

Podría pensarse que el hecho alegado queda comprendido en la causal prevista en el numeral 4º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Figurar en la lista de los **sorteados** para integrar el Jurado alguna persona que no pertenezca a la lista de los designados **o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo**" (subraya la Corte).

De modo que en armonía con esta disposición la causal debe reunir alguna o todas las condiciones siguientes:

1º Que el ciudadano inhábil haya sido **sorteado** para servir el cargo de Jurado;

2º O que no pertenezca a la lista elaborada por el Tribunal para servir el mismo cargo; y

3º O que el sorteado no tenga las cualidades necesarias para servir el cargo vr. gr., que se establezca en forma debida que en el momento del sorteo ya no existía o que había muerto.

Ciertamente que aquí no aparece la probanza de que el doctor Alfredo D'Costa hubiera salido **sorteado** en el Juzgado Tercero Superior para servir el cargo de Jurado en este proceso, ni en la primera diligencia general, ni en ninguna de las parciales. Si los documentos presentados por el actor (fs. 5 y 6 del cuaderno 4) pudieran tener eficacia para establecer procesalmente los hechos allí anotados, podría sustentarse que si existió anomalía al respecto, ella consistió en la elaboración de la lista hecha por el Tribunal para pasarla al Juzgado Tercero Superior, pero ya se vió que este vicio no está erigido en causal de nulidad sustancial ni en nulidad adjetiva.

Por eso la Corte ha dicho que ciertamente es necesario ordenar la reposición del proceso "en todos los casos en que han existido errores o irregularidades en la diligencia de **sorteo** (se subraya) de jurados". (Casación de 18 de noviembre de 1940. GACETA JUDICIAL, tomo L, Nos. 1964-65. pág. 541).

El hecho de que el doctor Cadena D'Costa no hubiera tenido "las cualidades necesarias para servir el cargo" de jurado en el momento en que el Tribunal elaboró la lista, tampoco es causal de

nulidad, porque aun cuando la ley ha querido que la lista sea de doscientas personas hábiles, en la mayoría de los casos, en el momento del sorteo, este número ha disminuído, por muerte, por ausencia, por impedimento, por excusa, etc., etc., de alguno o algunos de ellos.

"Es cierto que la ley ha querido —ha dicho esta misma Sala— que la lista de Jurados sea de doscientos nombres, esto es, que ése es el número que considera adecuado para que no sean siempre las mismas personas las que juzguen los procesos penales, por los inconvenientes de todo orden que se pueden suponer, sobre todo si es menor el número. Pero eso no quiere decir que la falta o exceso comporte nulidad, porque entonces no hay incertidumbre sobre quiénes salgan elegidos a la suerte. De lo contrario, todo sorteo sería casi siempre nulo, porque en la lista figuran personas que o se mueren, o se ausentan, o en quienes concurren luégo circunstancias que les impidan cumplir con ese deber. Y en las poblaciones en que el número de habitantes no es muy crecido, y en las cuales funcionan Juzgados Superiores, no es fácil encontrar ese número de ciudadanos que reúnan las condiciones para ser elegidos como jueces de conciencia" (sentencia de 4 de agosto de 1948 GACETA JUDICIAL tomo LXIV Nos. 2062-63 pág. 538. Casación del 17 de agosto de 1945).

b). La demostración de que uno de los ciudadanos que figurabá en la lista elaborada por el Tribunal y que fue pasada al Juzgado Tercero Superior para servir el cargo de Jurado, en el momento de esa elaboración y en el acto o momentos de los sorteos, había fallecido, no puede estimarse como causal de nulidad constitucional o como nulidad formal o adjetiva.

Sin embargo, tampoco existe esta comprobación, porque los documentos presentados por el demandante no fueron traídos a los autos por "disposición del Juez o funcionario instructor, ya de oficio, ya a petición del procesado, o del Agente del Ministerio Público, o de la parte civil" (art. 207 del Código de Procedimiento Penal). De suerte que como fueron presentados o traídos informalmente, la Corte no puede estimarlos como comprobante de la causal.

En consecuencia, debe rechazarse el cargo analizado.

Segundo motivo. **Haberse comunicado los Jurados con el Juez a tiempo de las deliberaciones para emitir el veredicto.**

El recurrente funda este motivo de la causal en que durante la deliberación privada de los jueces de conciencia para verter su veredicto —deliberación que duró, según afirma, dos horas aproximadamente— aquéllos llamaron al señor Juez que presidía la audiencia en dos ocasiones "para consultarle sobre algún aspecto del proceso", y que, por consiguiente, esta comunicación indebida influyó poderosamente en la determinación del indicado veredicto. Dice al respecto el demandante: "Nadie, pero absolutamente NADIE, puede en la hora procesal actual, afirmar con responsabilidad, que la conferencia que el señor Juez tuvo con los Jurados, en dos ocasiones, no tuvo importancia, ni que influyó poco en la determinación del veredicto. Es obvio, por mil razones, que crudamente no se consignó la conferencia primera y la conferencia segunda. Pero por qué se contraría la lógica de los acontecimientos humanos y más en fines de la justicia penal, y se niega tan enfáticamente, y sin base distinta que una suposición que perjudica al procesado, que tales conferencias no influyeron en la determinación del veredicto?".

Para comprobar los hechos constitutivos de la causal el recurrente relaciona una afirmación que el mismo señor Juez formula en la parte motiva de la sentencia, afirmación que es del siguiente tenor: "Durante la deliberación del Jurado, que se prolongó por espacio aproximado de dos horas, el suscrito Juez fue llamado en dos ocasiones para consultarlo sobre un aspecto del proceso". Además, con anterioridad al pronunciamiento de esta sentencia el señor defensor del procesado había solicitado del mismo funcionario una certificación sobre tales hechos, certificación que dice: "Es un hecho cierto que durante la deliberación del Jurado —que duró por espacio de dos horas aproximadamente— y antes de producirse el veredicto en la causa adelantada contra Marco Fidel Salazar por los delitos de homicidio y robo, el suscrito Juez fue llamado en dos ocasiones —sin que pueda precisar el tiempo de duración de estas cortas conferencias— por los señores Jueces de conciencia para consultarlo sobre algún aspecto del proceso".

Es indiscutible que con estos documentos quedan establecidos plenamente los hechos fundamentales. Con todo, es lo cierto que mediante estas dos comunicaciones nadie podía sostener que lo

que fue materia de las conferencias entre los señores Jueces de conciencia y el señor Juez hubiera influído, poco o mucho, en la concepción del veredicto de autos y en su pronunciamiento. Esta probanza, vaga o nula sobre este particular, no sirve de base para alegar la existencia de la nulidad constitucional expuesta como motivo de la causal.

Si la ley exige a los Jurados examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa del acusado; no traicionar los intereses de éste ni los de la sociedad que lo juzga; no escuchar en el desempeño de este cometido, ni el odio, ni el temor, ni el afecto; decidir con absoluta imparcialidad y honradez sin atender mandato distinto del de su personal conciencia y con íntima convicción acerca de la realidad de los hechos sobre los cuales se le interroga, y no olvidar que en esta materia la sociedad les confía la más sagrada y augusta de las misiones y la que les impone mayores responsabilidades presentes y futuras, es natural también que aquélla les proporcione ampliamente todos los medios a fin de que sobre su criterio o sobre su conciencia no obren dictados distintos a los enumerados, sino que su veredicto sea el producto exacto y libre de toda coacción moral o material. Estas especialísimas condiciones han quedado establecidas en el artículo 27 de la Ley 4ª de 1943, que sustituyó el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal.

Por esta misma razón, incluso, el artículo 529 ibidem, califica como prevaricadores a los Jueces de conciencia que para desempeñar esta augusta misión desatienden estos indeclinables mandatos y los hace acreedores a sufrir la pena o penas consagradas en nuestra legislación.

Esta disposición dice lo siguiente: "Desde el momento de ser notificados de la designación, aun cuando las audiencias ya hubieren concluído, los Jurados no podrán tener comunicación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como Jueces. La violación de lo anterior hará incurrir al responsable en el delito de prevaricato, sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiere propuesto".

El artículo 27 de la Ley 4ª de 1943 estatuye también que durante las deliberaciones los Jueces de conciencia no pueden comunicarse con persona extraña.

Sin embargo, si lo anterior es evidente, es incuestionable también que si uno o varios de los miembros del Jurado viola estas normas, no por ello viene a conformarse la causal de nulidad constitucional alegada, pero en cambio se incurre en delito de prevaricato.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al contestar este motivo de la causal, cita la siguiente doctrina de la Corte:

"La violación personal que los Jueces de conciencia realizan con menoscabo de los deberes que les impone la ley, no implica el desconocimiento de las garantías procesales que el poder público debe amparar y proteger en la celebración del juicio. El quebrantamiento de un deber impuesto por la ley como norma que debe guiar la conducta de los Jueces de conciencia en la celebración de la audiencia, constituye un delito de prevaricato al tenor del artículo 529 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero ese mismo hecho —violación personal de un mandato legal —no entraña omisión alguna en el cumplimiento de las formalidades propias del juicio. Si ese hecho tuviera fuerza suficiente para generar una nulidad constitucional, también debería erigirse en nulidad del mismo orden la violación de las normas impuestas a las partes o al público por el artículo 530 del Código citado. Y el elogio o la censura que los defensores o el público hacen a los miembros del Jurado en la audiencia, no implican omisión o violación de normas procedimentales.

"Si en la celebración del juicio y en relación de las partes que en él intervinieron, se observan las formalidades de los artículos 471, 528 y 531 y demás disposiciones reglamentarias de los juicios en que interviene el Jurado, es indudable que en esos actos se cumplen todas las ritualidades exigidas por la ley, a las cuales está obligado el juzgador, y la violación de una norma de conducta que ejecuta un miembro del Jurado, conlleva una responsabilidad personal, pero no un cercenamiento de las garantías constitucionales" (Casación de Miguel Angel Rivàs Neiva. GACETA JUDICIAL números 2025 a 2027 bis, pág. 1021).

Por otra parte, como ya se dijo, aquí no aparece demostrado que las conferencias del Juez con los Jurados hubieran influído en el veredicto. Ni siquiera resulta establecida la naturaleza y contenido de las mencionadas conferencias. Sobre simples suposiciones no se puede levantar una nulidad como base de causal de casación. Para ello se requiere la prueba completa o concluyente.

Los hechos analizados no constituyen el motivo de la causal alegada, que, como dice el recurren-

te, considera de orden sustantivo o constitucional. Mucho menos pueden formar nulidad adjetiva, puesto que no está prevista expresamente en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

Es suficiente lo dicho para deducir que esta causal o motivo es inadmisible por no tener consistencia jurídica y procesal.

Tercer motivo. **El auto de proceder no estaba ejecutoriado cuando se celebró la audiencia pública, porque no se habían consultado los sobreseimientos de que trata la misma providencia.**

Funda este motivo en que por medio del auto de fondo del siete de abril de mil novecientos cuarenta y nueve el señor Juez Tercero Superior llamó a juicio a Marco Fidel Salazar Gómez en su condición de responsable de los delitos de homicidio consumados en las personas de Pedro Ignacio Sarmiento, Blanca Rojas de Sarmiento, Elsa, César, Alirio y Saturia Rojas, y robo consumado contra el primero de los nombrados, en cuantía mayor de dos mil pesos; en que por medio del mismo auto se declaró extinguida la acción penal contra Oliverio Gómez Alvarez por fallecimiento de éste y se ordenó la cesación del procedimiento en su contra; en que también se sobreseyó definitivamente en favor de Eva Pinzón, Celestino Usaquén, Saúl Moreno, Amadeo Gómez, Eccehomo Castiblanco, Hernán Téllez y Eccehomo Gómez, con orden de compulsar la copia o copias del caso para consultar al Tribunal Superior tanto la cesación del procedimiento como los sobreseimientos definitivos, y en que, sin haberse hecho estas consultas, sin ejecutoriar el auto, se celebró la audiencia pública, en donde se pronunció el veredicto condenatorio contra el defendido del demandante.

Al consumarse estos hechos procesales el actor considera quebrantado, entre otros, el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal que estatuye que "toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no debe ser consultada".

Incluso reputa violado el principio de la indivisibilidad de las providencias judiciales, defendido por los doctrinantes y expositores, pues supone que aquí al permitir la celebración de la audiencia sin haberse consultado la cesación del procedimiento y los sobreseimientos definitivos, podría darse el caso de que dentro del mismo proceso se pronunciaran fallos contradictorios en el supuesto de que la cesación del procedimiento y los sobreseimientos no fuesen confirmados por el superior. Para el efecto afirma:

"Si se interpretara de otra manera el expediente o el proceso, se violaría la norma que establece la litis consorcio procesal, que no es otra cosa que una acumulación subjetiva u objetiva, tramitada en forma unitaria. No aceptar la tesis expuesta llevaría al absurdo de sostener que el presente juicio debió tener dos autos calificatorios del sumario: uno de enjuiciamiento y otro de sobreseimiento definitivo. Esto sería desconocer la teoría de la litis consorcio, que es subjetiva, como en el presente caso en que una infracción se atribuye a varias personas, y objetiva cuando varias infracciones se atribuyen a un mismo sujeto".

Teóricamente y acogiendo irrestrictamente el principio de la indivisibilidad de las providencias judiciales, podría tener razón el demandante en este cargo. Pero resulta que nuestra legislación en materia de procedimiento penal, al par que acoge la tesis general de esta indivisibilidad procesal (artículos 50, 52 y 54), consagra positivamente excepciones como la prevista en el artículo 430, ibidem, que estatuye:

"Cuando el auto de proceder no fuere apelado y los procesados, siendo varios, no fueren todos llamados a juicio, o cuando haya serios motivos para temer que existen otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, se sacará copia del proceso para la consulta del sobreseimiento o la continuación de la investigación, **sin suspender el juicio"** (subraya la Corte).

Es decir, respetando estrictamente el principio de la litis consorcio o la llamada continencia de la causa, debe definirse la situación jurídica del ciudadano o ciudadanos respecto de quienes la prolongación de la investigación motivada por la existencia de otro u otros responsables, otro u otros elementos probatorios de la imputabilidad o de inocencia, podría lesionar su derecho constitucional de ser juzgados a la mayor brevedad posible, consultando también el principio universal que aspira a la economía procesal. Ello no significa que se divida la continencia de la causa. El proceso es uno solo. Lo que ocurre es que, respetando su unidad, se define la responsabilidad en distintas etapas o actos procesales.

En este proceso precisamente se dió el evento del concurso de delitos y delincuentes. En obedecimiento al principio de economía procesal impuesto o establecido en el artículo 430 del Código

de Procedimiento Penal, se llamó a juicio al procesado Salazar Gómez, se declaró la terminación procedimental contra Oliverio Gómez porque había muerto, se sobreseyó definitivamente en favor de otras personas indagatoriadas pero respecto de quienes no aparecía cargo comprobado, y se ordenó que se compulsaran las copias indispensables para consultar la orden de cesación del procedimiento y los sobreseimientos definitivos con el Tribunal Superior. Se tomaron estas determinaciones exclusivamente para evitar al procesado Salazar Gómez dilaciones investigativas que pudieran lesionar su derecho de ser juzgado. De suerte que siendo así los hechos, no aparece violación procedimental alguna determinante de nulidad constitucional.

Otra excepción al principio general de la unidad procesal es la establecida para cualquiera de los casos contemplados en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando en el proceso se advierte, o que el hecho imputado no se ha consumado, o que el acusado o acusados no han ejecutado el hecho o hechos que se dicen delictivos por la ausencia de prueba al respecto, o que los hechos denunciados no están erigidos como delitos en nuestra norma penal, o porque han advenido hechos que indican al Juez que la acción penal no puede continuarse o proseguirse. En cualquiera de estos supuestos el Juez está en la imperiosa obligación de dictar la correspondiente sentencia por medio de la cual disponga la cesación del procedimiento, sin perjuicio de ordenar también su prosecución si existe prueba de imputabilidad penal contra otro u otros ciudadanos, o porque hay posibilidad de obtener datos comprobatorios indispensables para la ejecución completa de la administración de justicia. Por estas razones la Corte dijo en auto del 5 de julio de 1944:

"El artículo 153 que figura entre las disposiciones generales de la actuación procesal fue traído a la nueva ordenación del procedimiento que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados, que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de su sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada con marcada desidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso, y manteniendo en estado de zozobra para el procesado, en el segundo". (GACETA JUDICIAL, tomo LVII, página 658).

Al respecto dijo la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal en su exposición de motivos:

"No hay derecho para mantener a una persona ligada a un proceso penal, cuando desaparecen las bases de la sindicación. Hoy no se observa esa doctrina. Quien tiene la desgracia de ser indagatoriado, carga con la calidad de sindicado hasta que se califique el mérito del sumario, aun cuando desaparezca el delito o se demuestre la inocencia. Este sistema contraría al simple criterio común, que enseña que el procedimiento penal debe garantizar los derechos de los inocentes, y aplicarse solamente a quienes resultan comprometidos en una infracción del código penal".

Esta aparente división de la unidad del proceso o de las providencias judiciales no solamente se excepciona en obedecimiento al principio de la economía procesal, sino para resguardar esenciales normas que precisan las nociones de la competencia y la jurisdicción, por ejemplo, cuando en una determinada investigación resultan responsasables sometidos por la ley para su juzgamiento a fueros especiales o distintos. De aquí que el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal haya dicho:

"Si en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo anterior, alguna o algunas de las personas justiciables estuvieran sometidas a fuero especial, conocerá del proceso con respecto a éstas exclusivamente la autoridad encargada de tal fuero, para lo cual el funcionario instructor sacará copia de lo actuado, la enviará a la autoridad competente y pondrá a disposición de los Jueces ordinarios el proceso original".

Estas excepciones ha tenido que establecerlas la legislación procesal, forzada por la realidad de nuestro ambiente social, geográfico, de aptitud científica en las investigaciones, etc., y por el propósito inquebrantable de administrar rápida y oportuna justicia.

Todo lo cual indica que no tiene consistencia alguna el motivo alegado como causal de casación, a lo cual debe agregarse el importante de que el demandante carece de personería sustantiva para proponerlo, porque los intereses defensables de su poderdante no se relacionan con la disposición de cesación del procedimiento contra Oliverio Gómez y de sobreseimiento en favor de otras personas designadas en la parte motiva del auto de fondo, porque a este respecto ha dicho la Corte en repe-

tidos fallos que "El primer aspecto que debe estudiarse en cada juicio, según lo tiene establecido la jurisprudencia uniforme, es la capacidad jurídica de las partes, o sea la personería sustantiva de ellas, porque si dicha capacidad falta, la demanda no puede prosperar" (Casación 8 de noviembre de 1940, GACETA JUDICIAL N° 1961, página 128).

No está, pues, probada la causal cuarta de casación alegada.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, NO INVALIDA la sentencia de fecha seis de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y por medio de la cual se condenó a Marco Fidel Salazar Gómez a sufrir la pena principal de veintidós años de presidio por los delitos de homicidio y robo a que el proceso se refiere.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.—Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello, Secretario.

DELITOS DE VIOLACION DE DOMICILIO Y DE VIOLENCIA CARNAL. — PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO DE VIOLACION DE DOMICILIO, NO SE REQUIERE EN EL AUTOR DOLO ESPECIFICO DE HACER TAL COSA

1.—El bien jurídico tutelado por el artículo 302 del Código Penal, y que el delincuente lesiona, es el de la paz y autonomía de la persona dentro de su domicilio o morada, el derecho de vivir pacíficamente en él, libre de la presencia del intruso.

Jurídicamente, para los efectos de la incriminación, no es necesaria la prohibición expresa del habitante de la casa, hecha al que invade su domicilio. Basta que, por las circunstancias en qu el hecho tiene su cumplimiento, se deduzca claramente la voluntad contraria del morador, o en otros términos "que el medio empleado contenga en sí mismo implícito ese rechazo, como ocurre con la clandestinidad y el engaño". Es decir, que el delito se estructura por la mera penetración al domicilio, en forma clandestina.

2.—El artículo 302 del C. P., —sobre inviolabilidad del domicilio— no exige de parte del responsable un dolo específico de violar el domicilio ajeno; sólo consagra un dolo genérico, o sea, el conocimiento y voluntad de entrar en una morada ajena, contra la voluntad de su morador, o de una manera clandestina. De tal suerte que si el responsable viola el domicilio ajeno para cometer otro delito, en principio, puede darse el concurso de infracciones, de jure condito.

3.—De acuerdo con el artículo 255 del C. de P. P., la confesión libre y espontánea hecha por el procesado, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito. Pero, como en el presente caso la negativa del acusado — con respecto al hecho del acoplamiento carnal con la Chaparro — se encuentra desvirtuada con pruebas que merecen credibilidad, y por otra parte aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito, tiénese que la confesión de Pinto Ramírez no puede temerse como indivisible, como la estimó el Tribunal, apreciándola erradamente, dejando, de la misma manera equivocada, de tener en cuenta los testimonios de Leonor Chaparro y de Díaz Mejía, que contradicen abiertamente dicha confesión.

4.—El primer inciso del artículo 316 del Código Penal tipifica el delito de violencia carnal por el hecho de someter a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral. Es decir, que el delito tiene su cumplimiento, desde el punto de vista material u objetivo, por la penetración del miembro viril en la vagina o en el ano de la víctima. Por lo tanto, es autor principal de dicho delito quien realice esa clase de acciones físicas y psíquicas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre).

Vistos:

En sentencia de seis de septiembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, condenó a José de la Paz o Pacífico Díaz y a Félix Martín Pinto Ramírez a las penas principales de dos años y cuatro meses de prisión, para el primero, y de un año y dos meses de la misma pena para el segundo, como responsables del delito de violencia carnal; y los absolvió del delito de violación de domicilio por el cual también habían sido llamados a juicio.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el señor Fiscal del mismo Tribunal. Se ordenó pasar el negocio al señor Procurador Delegado en lo Penal para que, como representante del Ministerio Público ante la Corte, formulara la demanda de casación. Dicho funcionario, en escrito de 29 de enero del año en curso, presentó la correspondiente demanda en la que invoca y sustenta las

causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte estudiará conjuntamente tales causales, en atención a la íntima dependencia que las liga en el presente caso.

Hechos y actuación procesal

Dan cuenta los autos que en la noche del diez y nueve de enero de mil novecientos cincuenta y dos, José de la Paz Mejía o Pacífico Díaz invitó y comprometió a su amigo Félix Martín Pinto Ramírez o Felícitas Ramírez, para que fueran a la casa de Eustoquio Salazar, situada en la fracción de Potrero Grande, jurisdicción municipal de Molagavita, en donde se encontraba como cuidandera Leonor Chaparro, con el fin de poseerla carnalmente. Los dos sujetos efectivamente se dirigieron a la casa mencionada y, como se encontrara con las puertas cerradas, quitaron las piedras que trancaban una ventana, y por allí se entraron a la habitación donde se hallaba acostada Leonor, qien fue sujetada por los brazos por el procesado Pinto Ramírez, mientras Pacífico Díaz o Díaz Mejía hizo uso carnal de ella. Luego Leonor trató de huír pero ambos sujetos la arrastraron por la sala y luego fornicaron con ella por dos veces.

La investigación se inició en la Alcaldía de Molagavita y una vez perfeccionada pasó al Juez Primero Penal del Circuito de Málaga, quien por auto de 25 de febrero de 1952, abrió causa criminal contra los dos procesados José de la Paz Mejía o Pacífico Díaz y Félix Martín Pinto Ramírez, por los delitos de violencia carnal y violación de domicilio, "cometido en la persona de Leonor Chaparro (no Camacho) y en bienes de Eustoquio Carvajal". Esta providencia obtuvo su ejecutoria en la primera instancia, por no haber sido apelada por ninguna de las partes.

El juicio siguió su curso legal hasta ponerle fin en su primera instancia con la sentencia de 20 de noviembre de 1952, dictada por el Juzgado Primero Penal de Málaga, en virtud de la cual condenó a los dos procesados a la pena principal de dos años y seis meses de prisión para cada uno, por los delitos de violencia carnal y violación de domicilio materia del enjuiciamiento.

Apelado este fallo, el Tribunal lo reformó en el sentido de absolver a los procesados por el delito de violación de domicilio, por no ser una infracción **per se,** sino apenas el medio necesario para cometer el delito de violencia carnal en la Chaparro; igualmente le quitó la calidad de autor principal de este delito —violencia carnal— a Pinto Ramírez, para considerarlo como simple, "cooperador secundario"; y les rebaja la pena a ambos acusados en la medida atrás indicada. Esta sentencia —como ya se dijo— es la recurrida en casación por el Fiscal y demandada ante la Corte por el señor Procurador.

Demanda

Causales segunda y primera.

Mala interpretación de los hechos y violación de la ley penal sustantiva.

Los cargos que formula el demandante, con base en las causales 2ª y 1ª son los siguientes:

"1º—La sentencia demandada interpretó erróneamente los hechos al negarles el valor probatorio que tienen como elementos constitutivos de un delito contra la inviolabilidad del domicilio, error que llevó al Tribunal a romper el concurso real de infracciones materia del debate y a absolver a los procesados de aquel ilícito siendo el caso de condenarlos por el mismo y de dejar en firme el dicho concurso. Violó, por lo tanto, los artículos 33 y 302 del Código Penal y 203 y 272 del de Procedimiento Penal;

"2º—Igualmente la sentencia interpretó, de manera errónea, los hechos al reputar al acusado Félix Martín Pinto Ramírez como cómplice secundario del delito de violencia carnal, cuando lo cierto es que las pruebas lo colocan como coautor de tal infracción. Violó, en consecuencia, los artículos 19 y 20 del estatuto represivo; y

"3º—La sentencia también interpretó erróneamente los hechos y sus pruebas, al aplicar a los procesados la sanción en su escala mínima, por el delito de violencia carnal, siendo así que concurren algunos de los índices de peligrosidad que enumera el artículo 36 del Código Penal y que obligan a individualizar la pena en un término superior a ese mínimo. Por consiguiente, violó el citado artículo 36 y el 37 ibidem.

"Acerca de estos dos últimos cargos, el Tribunal les negó y, además, no tuvo en cuenta el valor probatorio a determinados hechos, no obstante hallarse acreditados en el expediente".

La Sala estudiará los anteriores cargos en el mismo orden en que aparecen formulados por el demandante.

Primer cargo: Interpretación errónea de los hechos que llevó al Tribunal a desestimar la prueba sobre la existencia del delito de violación de do-

micilio, circunstancia que trajo como consecuencia la absolución de los procesados de aquel ilícito.

Evidentemente el Tribunal en su sentencia acepta que los procesados penetraron subrepticiamente en la habitación en donde pernoctaba la ofendida y que para el efecto violentaron la ventana de la casa de la víctima. Pero considera el Tribunal que tales hechos "deben considerarse y computarse sólo como actos necesarios y esenciales de la consumación del delito sexual que se iba a cometer. Esto era el propósito que impulsaba a los delincuentes; esto es, en consecuencia, el delito, y la penetración en la habitación fue el medio. Lo último absorve (sic) o envuelve lo primero y por lo tanto no hay lugar a deducir en contra de los procesados dos figuras delictuosas distintas, porque se violaría el principio universal de derecho **non bis in idem".**

Aparece plenamente demostrado en el proceso el violento allanamiento que de la casa habitada por Leonor Chaparro, hicieron los procesados para llevar a efecto el acto sexual.

En efecto, la ofendida, luego de relatar la forma coactiva como la violaron, dice que los responsables "entraron por una ventana que estaba tapada con piedra y la tumbaron y se entraron".

El acusado Díaz Mejía dice:

"Encontramos las puertas cerradas y entonces por el lado de abajo había una media ventana tapada con unas piedras y las quitó Félix Ramírez y por ahí nos entramos y la prendimos a Leonor Camacho (sic) y la forzamos...., y de ahí nos fuimos y nos salimos por la misma ventana".

Pinto Ramírez confiesa igualmente que entraron a la casa por la ventana "que estaba tapada con piedras", quitadas éstas se introdujeron a las habitaciones donde se hallaba la Chaparro.

La inspección ocular practicada en la casa de autos comprobó que en la cocina de dicha casa hay una ventana; "la cual al parecer estaba tapada con piedra y barro, esta ventana fue violada...., le quitaron las piedras que tapaban la citada ventana, piedras las cuales se hallan tiradas en el suelo....".

Estas pruebas acreditan plenamente la ilícita introducción de los acusados en la casa de Leonor Chaparro.

Hechos que indudablemente constituyen una infracción contra la inviolabilidad del domicilio, de acuerdo con lo establecido por el artículo 302 del Código Penal, que dice:

"Al que se introduzca arbitrariamente o de una manera engañosa o clandestina en habitación ajena, contra la voluntad de quien vive en ella, se le impondrá prisión de seis meses a un año".

Son pues elementos constitutivos del delito de violación de domicilio, los siguientes:

a).—Introducción arbitraria, o de manera engañosa o clandestina;

b).—Que ello se haga en habitación ajena; y

c).—Voluntad contraria de quien vive en ella.

El bien jurídico tutelado por la norma, y que el delincuente lesiona, es el de la paz y autonomía de la persona dentro de su domicilio o morada, el derecho de vivir pacíficamente en él, libre de la presencia del intruso.

Jurídicamente, para los efectos de la incriminación, no es necesaria la prohibición expresa del habitante de la casa, hecha al que invade su domicilio. Basta que, por las circunstancias en que el hecho tiene su cumplimiento, se deduzca claramente la voluntad contraria del morador, o en otros términos "que el medio empleado contenga en sí mismo implícito ese rechazo, como ocurre con la clandestinidad y el engaño". Es decir, que el delito se estructura por la mera penetración al domicilio, en forma clandestina.

Es un hecho plenamente demostrado que los procesados Díaz Mejía y Pinto Ramírez, por medio de la violencia contra las cosas y clandestinamente, invadieron el domicilio en donde habitaba Leonor Chaparro, con el fin de realizar la violencia carnal. Hechos que —como ya se dijo— son aceptados por los propios responsables y corroborados con pruebas de evidente certeza.

De suerte que —como lo dice la Procuraduría —si se estuviera juzgando a los acusados por el solo delito contra la inviolabilidad del domicilio, no había tenido duda el Tribunal sobre la existencia de tal ilícito, ni sobre la responsabilidad de los procesados en su calidad de autores. "Pero el asunto se le complicó al sentenciador por la concurrencia del acto carnal en Leonor Chaparro, debido a que, como ya se dijo, dicha entidad creyó que este último ilícito absorbía el primero, dada la relación de medio a fin entre ambos hechos punibles y teniendo en cuenta que el único propósito de los delincuentes fue el de llevar a término la conjunción sexual".

El criterio del Tribunal no es acertado, pues, el artículo 302 del Código Penal —sobre inviolabilidad del domicilio— no exige de parte del responsable un dolo específico de violar el domicilio ajeno; sólo consagra un dolo genérico, o sea, el conocimiento y voluntad de entrar en una morada aje-

na, contra la voluntad de su morador, o de una manera engañosa o clandestina. De tal suerte que si el responsable viola el domicilio ajeno para cometer otro delito —como en el caso de autos— en principio, puede darse el concurso de infracciones, de **jure condito.**

Sobre el particular, la Procuraduría se expresa en los siguientes términos que la Sala comparte por encontrarlos ajustados a una recta y jurídica interpretación de la ley y de la doctrina:

"Si entre nosotros existiera —dice— una disposición como la que contiene el Código Penal argentino, por ejemplo, quizás tendría razón el Tribunal en su tesis, pues en ese estatuto la violación del domicilio es una figura subsidiaria, que se reprime siempre que, "no resultare otro delito más severamente penado". He aquí como está concebido el artículo 150 de aquella legislación penal:

"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluírlo".

"Con todo, al comentar tal precepto el tratadista Soler, hace esta juiciosa crítica:

"'¿Deberá juzgarse inaplicable, por autoexclusión, el artículo 150, cuando se comete violación de domicilio y, dentro del domicilio, lesiones, violación, etc.? Aceptar esta tesis parece francamente contrario a todo principio, porque en casos como el de la violación, la figura de este delito no tiene capacidad alguna para absorber —ni en su tipo ni en su pena— una violación de domicilio'.

"La teoría de la absorción sustentada por el Tribunal es inadmisible para el caso, no sólo por lo antes dicho, sino por estos otros aspectos:

"Los múltiples delitos cometidos por una o varias personas, dan origen generalmente al fenómeno de la conexidad, en el cual los diversos ilícitos se hallan enlazados entre sí por una relación de dependencia, bien ideológica o real, cuando un hecho punible se consuma para realizar otro (medio a fin); bien ontológica o material, cuando el primer delito determina o facilita la ejecución de otro; o bien consecuencial, cuando el segundo se perpetra para ocultar las huellas del primero, o para procurarse la impunidad del mismo.

"En estas hipótesis, cada ilícito conserva su individualidad propia para los efectos de la pena. Pero hay ocasiones en que, por una ficción legal y por razones ontológicas y de política criminal, se produce una fusión jurídica de diversos hechos punibles en un título único de delito, y entonces sí juega el criterio de la absorción. Ello ocurre en los siguientes casos:

"a).—Cuando la ley penal tiene un hecho —que en sí mismo es delito— como elemento constitutivo de otro, o como circunstancia modificadora y agravante de éste. Es la llamada conexión jurídica, que desnaturaliza el concurso de infracciones para integrar una sola, la más grave. Ejemplos de estos eventos se encuentran en los artículos 137, 171, 247, 310, 318, 325, 376, 387, 390, 396, 398, numeral 4º; 403 y 404, numeral 3º, del Código Penal.

"En tal agrupación se hallan los llamados delitos subsidiarios o genéricos, que se reprimen —siguiendo un criterio negativo, esto es, en cuanto no hagan parte esencial o modificadora— de otro ilícito más grave;

"b).—Cuando con un mismo hecho se violan varias disposiciones de la ley penal, o sea el denominado concurso formal o ideal de delitos; y

"c).—Cuando, mediando un mismo designio, se infringe repetidamente una norma penal. (Delito continuado).

"Pues bien: en ninguna de estas tres excepciones al principio general del concurso real de delitos, se encuentran las acciones criminosas de los procesados.

"Nó en la primera, porque la violación del domicilio no es elemento constitutivo ni circunstancia modificadora de la violencia carnal. (Arts 302, 316 y 317 C. P.).

"Tampoco en la segunda, porque la violación de domicilio y la violencia carnal en la Chaparro no constituyeron "un solo hecho", sino acciones físicas y psíquicas completamente distintas y además separables en los bienes jurídicos que lesionan, pues respecto de esto último, el primer delito protege la libertad individual, y el segundo la misma libertad y el honor sexual, a un tiempo.

"Y nó en la tercera, porque el delito continuado tiene los siguientes presupuestos: pluralidad de acciones repetidas; unidad de la disposición penal quebrantada; y unidad de propósito o conciencia criminosa. Y en el caso debatido ni hubo reiteración de delitos, ni éstos fueron de la misma especie, sino de géneros diferentes".

"Los ejemplos traídos por el Tribunal para reforzar su tesis sobre la absorción de los dos delitos, en manera alguna contradicen el concurso material que sustenta la Procuraduría.

"Quien rompe un mueble o una caja fuerte para robar su contenido no comete daño en bienes ajenos", dice el Tribunal, y eso es así, por la sen-

cilla razón de que la ruptura del mueble o de la caja fuerte para apoderarse del objeto, es uno de los elementos constitutivos del robo, o sea la violencia a las cosas o a las personas. Y ya vimos que cuando este fenómeno ocurre, sólo se reprime el delito más grave. (**Non bis in idem**). Lo mismo pasa con el robo en lugar habitado, pues la violación del domicilio es entonces circunstancia modificadora de aquel ilícito específico (artículo 404, numeral 3º), lo que no sucede con la violencia carnal cuando es precedida de penetración ilegal en recinto ajeno. En esta hipótesis hay dos delitos completamente estructurados, con un nexo de conexidad de medio a fin, que traduce el concurso material.

"El que vende una cosa hurtada o robada no se convierte en sujeto activo del delito de estafa por vender la cosa mal habida", también es verdad, porque la ley penal sólo reputa estafador al que "enajena como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena". Pero si el ladrón, para aprovechar el producto de su robo, engaña a un tercero, haciéndose pasar como dueño de la cosa, no siéndolo (simulación), puede igualmente incurrir en estafa. Lo uno no excluye lo otro.

"Tampoco quien penetra en habitación de manera subrepticia para robar o cometer un delito como el que aquí se investigó, comete a la vez delito contra la inviolabilidad del domicilio". No lo comete en el primer supuesto, porque la violación de domicilio, según lo visto, es agravante específica del robo, y no se puede sancionar dos veces un mismo hecho; pero sí hay un concurso material de infracciones en el segundo supuesto, porque, como se ha venido repitiendo, la violencia carnal no está especialmente agravada por la violación del domicilio, ni este último delito requiere, conforme al Código Penal un fin distinto al de turbar la paz de la habitación".

Lo anterior indica claramente que en este proceso se cumple un concurso material de delitos: uno contra la inviolabilidad del domicilio, como medio, y otro constitutivo de violencia carnal, como fin. El Tribunal al desconocer en la sentencia recurrida en casación, dicho concurso, interpretó erróneamente los hechos y, en consecuencia, violó los artículos 33, 302 y 316 del Código Penal.

Aparece comprobado, pues, el primer cargo de la demanda.

Segundo cargo.—El Tribunal interpretó erróneamente los hechos al considerar al procesado Félix Martín Pinto Ramírez como cómplice secundario del delito de violencia carnal, en vez de autor principal, según las pruebas.

Al respecto, la sentencia recurrida hace la siguiente apreciación:

"Se condenó a ambos procesados como autores responsables cuando la situación de Pinto Ramírez no es otra que la de simple cooperador secundario del acto ejecutado por Díaz.

"Pinto Ramírez en su indagatoria niega haber ejecutado el acto carnal con la Camacho (sic) y sólo confiesa que tuvo a ésta de las manos para facilitarle acceso a su compañero. De manera que hay que aceptar su confesión tal como la hace, porque las demás, probanzas que lo acusan, la sindicación de la ofendida, no son suficientes para condenarlo. Es cierto que su versión de que su compañero lo montó a la fuerza encima de la mujer, a pesar de lo cual no quiso hacer uso de ésta, resulta un tanto inaceptable, pero también cabe la hipótesis de que en realidad pudiera ocurrir así por una u otra causa".

De las pruebas que el proceso exhibe se deduce que ambos procesados, Díaz Mejía y Pinto Ramírez, ejecutaron el acto carnal en Leonor Chaparro, en las circunstancias anteriormente anotadas.

En cuanto al procesado Pinto Ramírez —considerado como cómplice secundario— aparece lo siguiente:

Este procesado, si es verdad que en su indagatoria niega haber ejecutado el acto carnal con la Chaparro, confiesa que sujetó a ésta de las manos para facilitarle el acceso a su compañero Díaz Mejía.

La ofendida afirma que ambos acusados hicieron uso carnal de ella por dos veces.

El procesado Díaz Mejía declara que tanto él como su compañero Pinto Ramírez ejecutaron el acto carnal con Leonor Chaparro, por medio de la fuerza.

De tal suerte que tanto el procesado Díaz Mejía, como la propia ofendida, sindican inequívocamente al procesado Pinto Ramírez de haber ejecutado el acto carnal con la Chaparro, empleando la violencia física. Estas dos declaraciones demuestran el hecho, pues, si Díaz Mejía confesó su participación delictuosa y al mismo tiempo hizo cargos a su compañero Pinto Ramírez, tal incriminación al tercero equivale a un testimonio, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 348 del Código Procesal Penal. Por otra parte, las afirmaciones de Leonor Chaparro y de Díaz Mejía son perfectamente verosímiles y se hallan respal-

dadas, en gran parte, con la diligencia de inspección ocular.

De tal suerte que la confesión del procesado Pinto Ramírez, al negar el hecho de la ejecución del acto carnal con la Chaparro, resulta divisible, pues de acuerdo con el artículo 255 del C. de P. P., la confesión libre y espontánea hecha por el procesado, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito. Pero, como en el presente caso, la negativa del acusado —con respecto al hecho del acoplamiento carnal con la Chaparro— se encuentra desvirtuada con pruebas que merecen credibilidad, y por otra parte aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito, tiénese que la confesión de Pinto Ramírez no puede tenerse como indivisible, como la estimó el Tribunal apreciándola erradamente, dejando de la misma manera equivocada de tener en cuenta los testimonios de Leonor Chaparro y de Díaz Mejía, que contradicen abiertamente dicha confesión.

Ahora bien: el primer inciso del artículo 316 del Código Penal tipifica el delito de violencia carnal por el hecho de someter a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral. Es decir, que el delito tiene su cumplimiento, desde el punto de vista material u objetivo, por la penetración del miembro viril en la vagina o en el ano de la víctima. Por lo tanto, es autor principal de dicho delito quien realice esa clase de acciones físicas y psíquicas.

En el caso de autos, con relación al procesado Pinto Ramírez, los testimonios de la ofendida y del procesado Díaz Mejía establecen que aquél, por medio de la violencia física, poseyó carnalmente a la Chaparro. Luego el grado de participación en el delito fue el de coautor con Díaz Mejía, y no el de cómplice secundario que le asignó el sentenciador de segundo grado.

Pero aún —como dice el Procurador— concediéndole al Tribunal, en gracia de discusión, que el procesado Pinto Ramírez no realizó el acto carnal con la Chaparro y que su participación consistió en tener de las manos a la víctima "para facilitarle el acceso a su compañero", no podría aceptarse la tesis de que Pinto fue un "simple cooperador secundario del acto ejecutado por Díaz", pues, esa actitud de sujetar a la víctima y reducirla a la impotencia, para facilitar la consumación del delito, implica una intervención tan esencial en el ilícito que confirma la especie de cómplice primario o necesario, pues, prestó al autor un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. De tal suerte que, por este otro aspecto, la sentencia recurrida interpretó erróneamente los hechos, al no calificar a Pinto Ramírez como cómplice necesario, violando el artículo 19 del Código Penal, por no sancionarlo con la misma pena del autor principal.

Lo anterior indica que está probado el segundo cargo de la demanda.

Tercer cargo.—Equivocada individualización de la pena, al aplicar a los procesados la sanción en su mínimo por el delito de violencia carnal, "siendo así que concurren algunos de los índices de peligrosidad que enumera el artículo 36 del Código Penal".

El demandante para sustentar este cargo que formula contra la sentencia se funda en los siguientes argumentos:

"El Juez de primera instancia aplicó en su mínimo la sanción, y el Tribunal no rebatió ese criterio. Al respecto sólo computó la agravante específica contemplada por el artículo 317, numeral 2º, del Código Penal, que el Juez dejó de tener en cuenta.

"Pero ocurre que,.....el procesado José de la Paz Díaz Mejía, al consumar la violencia carnal, procedió con motivos innobles. (Art. 37, numeral 3º, Co. P.).

"En efecto, él dice en su indagatoria y esa confesión es plena prueba de los móviles y sentimientos que lo llevaron a delinquir:

"'Yo me hallo detenido porque me pusieron un denuncio Eustoquio Carvajal, por hay porque tenía una muchacha vecina de yo y entonces la atropellaron por hay más tipos en todas las veredas a donde ella iba viviendo y entonces me cargaba la culpa a mí, diariamente me acochinaba a mí que a todo viaje era yo el de eso y entonces yo dije ahora para que diga la verdad voy hacerlo y lo hice y me convidé otro compañero.... y fuimos a la casa de Eustoquio Carvajal.... y entramos y la prendimos a Leonor Camacho y la forzamos.... Y era que ella lo pasaba echándome la culpa de que yo era el que la forzaba a toda hora y por eso fue que lo hice para que decía que lo dijera por algo y que no dijera paja'.

"Es decir, que el ayuntamiento carnal que Díaz Mejía consumó en la persona de Leonor, no obedeció a un impulso natural del sexo, sino al resentimiento que le guardaba a dicha mujer por andar diciendo que él la había forzado en otras

ocasiones. Con ello trataba sencillamente de ejercer una especie de castigo, una clara venganza, y la venganza es sentimiento perverso o innoble, porque lesiona la convivencia humana y la armonía social. En consecuencia, concurre la agravante genérica prevista por el numeral 3° del artículo 37 del Código Penal.

"Así mismo, el Tribunal dejó de apreciar la gravedad de la infracción contra la libertad y el honor sexuales, como lo manda el artículo 36 de la misma obra.

"Un delito, aún dentro de su misma especie, puede ser más o menos grave según las modalidades objetivas y subjetivas que concurran en su ejecución y que excedan el daño mediato o inmediato que de ordinario él produce.

"En el caso **sub judice** es manifiesta la gravedad que tuvieron las acciones delictuosas de los procesados. Ellos emplearon la violencia para penetrar a la habitación de Leonor por un lugar destinado al efecto (desalojando las piedras que aseguraban la ventana y causando daños en la casa), y no bastaron las condiciones de inferioridad psíquica de la ofendida para todavía reducirla a la impotencia por la fuerza y consumar su violación. Es decir, que los delitos se caracterizaron por un especial perjuicio particular y por una alarma social intensa en los buenos ciudadanos (daño público).

"El perjuicio particular está demostrado con la la diligencia de inspección ocular, donde aparecen los deterioros causados a la casa de Eustoquio Alvarez.

"Y la inferioridad psíquica y orgánica de la víctima se desprende del calificativo de "boba" que el acusado Pinto Ramírez le da en su indagatoria, y de la siguiente constancia dejada por el investigador al final del testimonio de Leonor:

"'...La declarante es algo sorda y un poco tartamuda y corta de espíritu y que titubea mucho al ser interrogada'.

"Constancia que hace plena prueba conforme a los artículos 151 y 251 del Código de Procedimiento Penal".

Nada tiene que agregar la Sala a lo expuesto por el señor Procurador, para llegar a la conclusión de que el cargo anteriormente analizado tiene pleno fundamento.

Habiéndose aceptado la validez de las causales 2ª y 1ª alegadas por el demandante, y como por mandato del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal le correspnde a la Sala invalidar el fallo materia del recurso y condenar a los procesados Díaz Mejía y Pinto Ramírez, por los delitos de violencia carnal y contra la inviolabilidad de domicilio porque se les llamó a responder en juicio, mediante la siguiente individualización de la pena para cada uno.

José de la Paz o Pacífico Díaz Mejía. Se tiene como disposición base la del artículo 316 del Código Penal que señala de dos a ocho años de prisión. Se fija en dos años y ocho meses la pena por concurrir la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37, numeral 3º, y la gravedad del delito (art. 36). Se aumentan cuatro meses, por concepto de la agravante específica consistente en haberse cometido el hecho con la colaboración de otra persona (art. 317, numeral 2º). Se tienen, pues, tres años, a los cuales se agregan seis meses más para computar el otro delito contra la inviolabilidad del domicilio con sujeción al sistema de la acumulación jurídica de que trata el artículo 33 ibidem. Es decir, que la sanción en total que corresponde a Díaz Mejía es la de tres años y seis meses de prisión.

Félix Martín Pinto Ramírez. Se toma como disposición base la misma del artículo 316. Se aplican dos años y dos meses de prisión, en vista de la mayor gravedad del delito (artículo 36). Se agregan dos meses de acuerdo con el artículo 317, numeral 2º, lo que da dos años y cuatro meses, que deben aumentarse en tres meses más por el concurso material de infracciones (artículo 33). Total de pena para Pinto Ramírez, dos años y siete meses de prisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos, pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en virtud de la cual condenó a José de la Paz o Pacífico Díaz y Félix Martín Pinto Ramírez, a las penas principales de dos años y cuatro meses

de prisión para el primero, y de un año y dos meses de la misma pena para el segundo, como responsables del delito de violencia carnal; y los absolvió del delito de violación de domicilio, y en su lugar condena a José de la Paz o Pacífico Díaz a la pena principal de tres años y medio de prisión y a Félix Martín Pinto Ramírez a dos años y siete meses de la misma sanción, como coautores responsables de los delitos de violencia carnal y contra la inviolabilidad del domicilio.

En lo demás queda en firme el fallo, pero la accesoria de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo de las respectivas penas principales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO EL ABANDONO DEL CARGO CONFIGURA DELITO

Para que exista el abandono del empleo y éste sea punible, no basta comprobar la falta de asistencia a la oficina pública, sino que es necesario demostrar que esa ausencia es dolosa y con ella se produjo un daño público o privado, pues no sería jurídico dar el carácter de delito a un hecho que sólo constituye una irregularidad. Si los negocios confiados a la dirección del empleado o funcionario a quien se acusa por abandono del cargo no sufrieron demora o retardo alguno; si con la ausencia no se paralizó la marcha de la oficina, ni se perjudicó algún interés legítimo; si el abandono no tiene intención dolosa, pues no se hizo con el ánimo de paralizar la marcha ordinaria de los negocios, ni de retardar la administración de justicia, mal puede imputarse a dicho funcionario un delito de abuso de autoridad por abandono del cargo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez).

Vistos:

A virtud del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena, contra el auto de sobreseimiento definitivo decretado por ese mismo Tribunal, en el proceso seguido contra el doctor Jorge Fadul Bitar, Juez Primero Penal del Circuito de Sincelejo, por el delito de abuso de autoridad, se procede a resolver lo que sea legal.

Hechos. —Motivaron las diligencias sumarias el denuncio formulado por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena, en oficio fechado el catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, dirigido al Tribunal, en el cual da cuenta de que el señor Juez Primero Penal del Circuito de Sincelejo, se ausentó de la sede de su jurisdicción, y termina diciendo lo siguiente: "....Como no tengo noticias de que al referido doctor se le haya concedido permiso para trasladarse de Sincelejo a esta capital, me permito darle cuenta de este hecho, a fin de que se abra la investigación correspondiente y se le apliquen al responsable las sanciones a que se haya hecho acreedor".

En el curso de la investigación se allegaron las siguientes pruebas: la indagatoria del funcionario sindicado; copia de los acuerdos sobre nombramiento y acta de posesión del mismo y se recibieron las declaraciones de varios testigos, ofrecidos unos por el denunciante y otros por la defensa.

Se acreditó plenamente, tanto por la confesión del sindicado, como por medio de la prueba testimonial que el doctor Fadul Bitar se ausentó de Sincelejo, sin licencia de quien podía darla, durante los días hábiles correspondientes al trece, catorce, y quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho. En su indagatoria, el sindicado dice lo siguiente: ".... Salí con dirección a Cartagena un domingo con el propósito de regresar el lunes o martes y así lo intenté, pero mandamos, mis familiares en Cartagena y yo, a Luis Guerrero a la Avianca a solicitar pasaje para Corozal y no había sino para el jueves siguiente y para esa fecha se sacó el pasaje, pues la vía terrestre no servía, como era de dominio público, y llegué a esta ciudad ese mismo día en que salimos de Cartagena, llegué a las ocho de la mañana y de una vez fui a despachar a la oficina a mi cargo". También manifiesta el indagado que "pidió permiso al Alcalde de esa época" y explica que los motivos de tal viaje fueron "la necesidad de ir a Cartagena por motivos de salud a hacerme ver con mi médico en ésa, el doctor Roberto Ambrad....".

Tanto los hechos confesados por el sindicado respecto a la ausencia irregular de la Oficina a su cargo, como los motivos que determinaron tal ausencia en los días a que se contrajo la denuncia, fueron confirmados por las declaraciones rendidas por los tres empleados subalternos del Juzgado que servía el doctor Fadul en Sincelejo, señores José Vergara Avilez, José Lisardo Porras y

Leonardo Támara, quienes por tener conocimiento del hecho y sus circunstancias, merecen plena credibilidad. Así se expresa el testigo Támara: ".... En el mes de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en los primeros días, se encontraba el doctor Jorge Fadul Bitar un poco achacoso de la garganta y consiguió que el señor Alcalde don Mario Urueta G., un permiso por cinco días para trasladarse a Cartagena donde debía hacerse el reconocimiento en la garganta. Estando en Cartagena se le desarrolló papera, a los tres o cuatro días regresó y aquí creo que lo atendieron los doctores Salim Isaac y Fajil Guisay...".

Se considera:

La confesión del sindicado hay que tomarla en su integridad, porque aparece confirmada con varias declaraciones y además, no hay prueba que la infirme. De ella aparece que la ausencia del Juez inculpado, durante los tres días a que se refieren los autos, si bien se consumó en forma irregular, obedeció a motivos humanos de salud, que la justifican. Por otra parte, no aparece comprobado que la intención del Juez titular de Sincelejo, al abandonar por breves días el despacho a su cargo, hubiera estado encaminada a producir una paralización grave en la administración de justicia, que tal ausencia hubiera ocasionado perjuicios a terceros o hubiera quebrantado seriamente la marcha regular del Juzgado. Por el contrario, los empleados del Juzgado refieren que, durante aquellos días la Oficina permaneció abierta para el público, sin interrupción alguna, y que los empleados subalternos cumplieron a cabalidad las funciones inherentes a sus cargos.

Los hechos que se le imputan al Juez de Sincelejo, como punibles, no alcanzan a configurar el abuso de autoridad, por abandono del cargo, porque tales hechos, si bien irregulares en cuanto al procedimiento, aparecen justificados y limpios de intención dolosa.

Esta Corte, al estudiar un caso semejante, dijo sobre el particular lo siguiente: "Para que exista el abandono del empleo y éste sea punible, no basta comprobar la falta de asistencia a la Oficina Pública, sino que es necesario demostrar que esa ausencia es dolosa y con ella se produjo un daño público o privado, pues no sería jurídico dar el carácter de delito a un hecho que sólo constituye una irregularidad. Si los negocios confiados a la dirección del empleado o funcionario a quien se acusa por abandono del cargo no sufrieron demora o retardo alguno; si con la ausencia no se paralizó la marcha de la oficina, ni se perjudicó ningún interés legítimo; si el abandono no tiene intención dolosa, pues no se hizo con el ánimo de paralizar la marcha ordinaria de los negocios, ni de retardar la administración de justicia, mal puede imputarse a dicho funcionario un delito de abuso de autoridad por abandono del cargo". (Casación Penal. Octubre 10 de 1950).

Finalmente se observa que el señor Procurador Delegado en lo Penal, aduciendo razones semejantes a las contenidas en esta providencia, solicita que se confirme el sobreseimiento decretado, porque lo encuentra ajustado, tanto a la realidad de los hechos como a la verdad jurídica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, confirma el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Cartagena a favor del Juez Primero Penal del Circuito de Sincelejo, doctor Jorge Fadul Bitar, que lleva fecha veintidós de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno.— Alejandro Camacho Latorre .— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO EN CASACION SE INVOCA LO RELACIONADO CON LA LEGITIMA DEFENSA, LA CAUSAL PERTINENTE ES LA SEGUNDA, SI EN EL JUICIO NO INTERVINO EL JURADO. —TECNICA DE CASACION

1. — El recurso de casación, por ser una medida o remedio extraordinario, encargado de confrontar la sentencia acusada con las disposiciones de la ley sustantiva, es tan exigente en cuanto a la técnica que debe observarse en la sustentación respectiva, que no basta para el actor invocar táles o cuáles causales y ordenarlas numéricamente, pues es de rigor que se diga en qué consisten éstas, cuáles son sus motivos fundamentales, en qué hechos se apoyan, qué derecho o derechos consagran, y, por consiguiente, cuál o cuáles disposiciones sustantivas se deben tener como mal interpretadas o aplicadas.

2. — Es doctrina aceptada, persistente y uniformemente, la de que cuando se alega la legítima defensa como fundamento del recurso de casación en asuntos o procesos en que no interviene el Jurado, la causal invocada no debe ser la primera, sino la segunda de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ello debe ser así, pues esta situación jurídica está integrada por los hechos especificados en el artículo 25 del Código Penal, como son la existencia de una violencia actual e injusta que ponga en grave peligro la vida o la integridad moral o patrimonial propia o ajena; que la reacción para la salvaguardia de estos derechos tenga lugar en el mismo momento de la agresión, y que tal reacción sea proporcionada a la agresión y que no transpase los límites de la necesidad. Los hechos integrantes de esta situación hacen que el sujeto, al consumarlos, no vicie norma positiva alguna, y que, por consiguiente, no incurra en delito alguno, puesto que la misma ley los justifica. Pero tales hechos han podido ser mal interpretados en la sentencia acusada, o se les ha podido negar el valor probatorio que deben tener de acuerdo con la ley, o ha podido omitirse su análisis, a pesar de estar completamente establecidos en el proceso, o ser evidentemente contradictorios. Es entonces cuando, por su errónea aplicación o interpretación, siendo "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o de las circunstancias en la determinación de la sanción", el Juez ha incurrido en violación de la ley sustantiva penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

3. — La circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia del treinta de enero de mil novecientos cincuenta y dos, condenó a Arturo Cardoso a la pena principal de un año de presidio, como responsable del delito de lesiones personales en Desiderio Morales.

El defensor de Cardoso recurrió en casación contra dicha sentencia y como al proceso se le ha dado la tramitación correspondiente, ha llegado el momento de decidir.

Hechos

En las horas de la tarde del veinticinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, se encontraban Arturo Cardoso, Celedonio Díaz, Desiderio Morales y otros, libando licor y tocando

música en la cantina del primero, situada en el punto llamado "Cabrera" o "Golondrinas" del Municipio de Villavieja, en el Departamento del Huila. Sin que de parte de los concurrentes hubiera motivo alguno, Desiderio Morales preguntó quién había ofendido la honra de su madre, pregunta que por último concretó en la persona de Arturo Cardoso quien negó el cargo; esta negativa la corroboraron los presentes. No contento Morales con la explicación, prosiguió ofendiendo gravemente a sus compañeros, especialmente a Cardoso a quien nombró la madre. No se supo quién atacó primero, pero lo cierto es que éstos se trabaron en riña en la cual se atacaron con machete. Del encuentro resultó herido Morales en el antebrazo derecho con incapacidad de 16 días y una perturbación funcional permanente por limitación del movimiento de flexión y extensión de los dedos mediano, auricular y anular.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva a quien correspondió el conocimiento del negocio, profirió enjuiciamiento contra Cardoso, calificando las lesiones como causadas en riña imprevista, providencia que el Tribunal confirmó, por virtud de apelación interpuesta por la defensa.

Dictada sentencia de primer grado, impuso el Juzgado a Cardoso, la pena principal de un año de presidio por el delito de lesiones en cuestión, teniendo en cuenta la modalidad preanotada de la riña imprevista, fallo que el Tribunal confirmó por vía de apelación, no obstante los esfuerzos del defensor en el sentido de alegar legítima defensa por parte del procesado, pues a la segunda instancia allegó pruebas, mas son éstas extrañas a esa situación jurídica, ya que ellas tienden a establecer que Morales no fue herido por Cardoso en la tarde de autos, sino que la herida había sido recibida por aquél el 4 o el 6 de junio de 1949, o sea con anterioridad a la fecha en que tuvieron lugar los sucesos a que este proceso se refiere.

La demanda

Invoca el actor la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal.

Dice en lo pertinente el libelo:

"El Juzgado Segundo Penal del Circuito, no aceptó la tesis de que mi defendido había obrado en legítima defensa al proceder acogotado por su contrincante y tampoco la aceptó el Tribunal aún a pesar de que en esta instancia se llevaron la (sic), al conocimiento de esta entidad muchas declaraciones y el concepto médico de que era el propio señor Morales quien en alarde de furia alcohólica se había cortado la mano que sirvió de base para investar (sic) la responsabilidad. De tal manera es esto así que hubo por parte del H. Tribunal mala apreciación de la prueba últimamente aducida porque:

"1º No aceptó el dicho de Saturnino Sánchez quien afirma que fue Morales quien se hizo la herida con un cuchillo;

"2º No aceptó el dicho del (sic) Enrique Bermúdez que dice o afirma que Morales estaba ya herido el cuatro de junio de 1949;

"3º Tampoco el dicho de la señora Edelmira Vanegas dueña de la tienda en Potosí, que dice fue Morales quien se hizo las heridas con un cuchillo el día cuatro de junio de 1949;

"No acepta el Tribunal la apreciación de estas probanzas y por lo mismo tampoco acepta la legítima defensa.

"Tampoco acepta en su valor probatorio la declaración del doctor Gustavo Perdomo médico de los ferrocarriles Tolima-Huila-Caquetá cuando al tenor del juramento (sic) dice haberle hecho anteriormente curaciones al mismo Desiderio Morales en la misma mano que sirvió de base a la investigación del delito.

"No aceptando el H. Tribunal estas pruebas no cabe duda de que hubo mala interpretación de la prueba, presentada en esa instancia y como tal violación de la ley para valorarle (sic)?

"No habrá en el caso presente violación del ordinal 3º (sic) del artículo 25 del C. Penal?

"No habrá tampoco violación del ordinal 1º del artículo 23 de la misma obra citada?" (sic).

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal solicita de la Corte que no case la sentencia demandada porque el actor invocó erróneamente la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en tratándose, como se trata, de alegar la falta del reconocimiento de la legítima defensa en favor del procesado, en virtud de la desestimación de hechos que la configuran y que el mismo considera demostrados en el proceso.

Por consiguiente, afirma, ha debido invocarse la causal segunda al expresarse así:

"Como se ve, el ataque contra el fallo recurrido se refiere directamente a una mala apreciación de

la prueba, por haber desconocido el Tribunal hechos que constituyen una legítima defensa de parte del acusado.

"Pero siendo ello así, el recurrente ha debido invocar, de modo principal, la causal segunda de casación.

"En efecto, es dicha causal la que prevé una errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto éstos sean elementos "constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la sanción' ".

Para fundamentar ampliamente sus puntos de vista, transcribe doctrinas que la Corte ha acogido en casos similares y en fallos diferentes.

Se considera:

Evidentemente, después de haber estudiado tanto la demanda y sus fundamentos como los elementos probatorios presentados por la defensa en el proceso, la Sala llega a la conclusión de que el recurso es improcedente porque el libelo no reúne los requisitos técnicos que son de rigor en estos casos; porque el demandante se equivocó al invocar como causal de casación la primera en vez de la segunda, y porque, aun obrando la Corte con amplitud de estudio impropia en este recurso, tampoco encuentra demostrados los motivos de la causal segunda para suponer que la demanda solamente incurrió en una simple equivocación en cuanto a la cita de la causal, por haberse querido invocar la segunda como fundamento de la invocada, es decir, de la primera.

Entra la Sala a estudiar estos puntos en el mismo orden que se acaba de señalar:

a). La demanda es tan incompleta, que no solamente invocó equivocadamente una causal que no es la pertinente de acuerdo con la realidad procesal, sino que al pretender exponer los fundamentos o motivos, hace referencia a elementos probatorios presentados para demostrar que las lesiones de autos no fueron causadas por el procesado, es decir, para establecer que las lesiones a Morales no son imputables materialmente a Arturo Cardoso, por habérselas causado él mismo el cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, esto es, en fecha, lugar y circunstancias distintas a las demostradas en el proceso.

En parte alguna del libelo se halla el análisis correspondiente a pruebas demostrativas de los hechos constitutivos de la legítima defensa, que es el derecho cuya violación se estimó como causal. Se omite también la demostración del error en que pudo incurrir el Tribunal en la apreciación de pruebas existentes, en la negación de ellas, en la pretermisión de su estudio, o en la ligereza de no haberlas encontrado contrapuestas o contradictorias. La enumeración detenida y concreta de los motivos en virtud de los cuales el Tribunal incurrió en error en la interpretación o en la mala apreciación de la normas penales sustantivas que configuran la legítima defensa, error que lo hubiera llevado a interpretar equivocadamente o a aplicar sin fundamento disposiciones legales improcedentes, se echa de menos también en el libelo.

El recurso de casación, por ser una medida o remedio extraordinario encargado de confrontar la sentencia acusada con las disposiciones de la ley sustantiva, es tan exigente en cuanto a la técnica que debe observarse en la sustentación respectiva, que no basta para el actor invocar tales o cuáles causales y ordenarlas numéricamente, pues es de rigor que se diga en qué consisten éstas, cuáles son sus motivos fundamentales, en qué hechos se apoyan, qué derecho o derechos consagran, y por consiguiente, cuál o cuáles disposiciones sustantivas se deben tener como mal interpretadas o aplicadas. Lo anterior lo ha dicho la Corte en diferentes fallos hasta el punto de existir una abundante doctrina al respecto.

En efecto, en sentencia del 30 de junio de 1940, dijo la Corte:

"No está de acuerdo con la naturaleza del recurso de casación pretender que prospere fundándolo únicamente en afirmaciones abstractas o genéricas, sin esfuerzo alguno para demostrarlas con la confrontación misma de las piezas del proceso, único medio para atacar técnicamente las conclusiones del fallo, aunque no se precise dentro de un formulismo rígido la causal o causales alegadas. Pero eso es así, siempre que la demanda deje algún margen para entender que los cargos formulados contra la sentencia son fundados en las pruebas del proceso. De otra suerte, la Corte tendría que tomar el lugar del demandante, suplir los vacíos de su ataque al fallo, lo cual convertiría el recurso de casación en una tercera instancia y conduciría al extremo de reemplazar al recurrente en la indicación y el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida resulten como perjudiciales para el procesado". (GACETA JUDICIAL, tomo LXVII, Nos. 2080 a 2086, pág. 565):

La deficiencia técnica y formal de la demanda

bastaría por sí sola para desestimar el recurso. Con todo, la Corte, obrando con amplitud, procede en seguida al análisis del otro aspecto del problema, para poder llegar a concluír que, incluso por este motivo, la demanda no puede prosperar.

b). Es doctrina aceptada persistente y uniformemente la de que cuando se alega la legítima defensa como fundamento del recurso de casación en asuntos o procesos en que no interviene el Jurado, la causal invocada no debe ser la primera, sino la segunda de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ello debe ser así, pues esta situación jurídica está integrada por los hechos especificados en el artículo 25 del Código Penal, como son la existencia de una violencia actual e injusta que ponga en grave peligro la vida o la integridad personal propia o la de otra persona, o la integridad moral o patrimonial propia o ajena; que la reacción para la salvaguardia de estos derechos tenga lugar en el mismo momento de la agresión, y que tal reacción sea proporcional a la agresión y que no traspase los límites de la necesidad. Los hechos integrantes de esta situación jurídica hacen que el sujeto, al consumarlo, no viole ninguna norma positiva, y que, por consiguiente, no incurra en delito alguno, puesto que la misma ley los justifica. Pero tales hechos han podido ser mal interpretados en la sentencia acusada, o se les ha podido negar el valor probatorio que deben tener de acuerdo con la ley, o ha podido omitirse su análisis, a pesar de estar completamente establecidos en el proceso, o ser evidentemente contradictorios. Es entonces cuando, por su errónea apreciación o interpretación, siendo "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o de las circunstancias en la determinación de la sanción", el Juez ha incurrido en violación de la ley sustantiva penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Si en este caso de legítima defensa debe observarse rigurosamente este orden de ideas para que prosepere la demanda de casación, lógicamente la causal invocada no es la primera, como se hizo aquí, sino la segunda, como fundamento de aquélla.

"Los elementos constitutivos de la legítima defensa —dice la Corte— son circunstancias de hecho. Por eso su alegación propia en el recurso de casación en los negocios en que no interviene el Jurado, tiene que hacerse con base en la causal segunda, porque es dentro de esta causal como es fácil interpretar si fueron apreciados erradamente esos mismos hechos, negándoles el verdadero valor que tienen para demostrar que el procesado se encuentra protegido legalmente porque actuó en condiciones que de su acción no se desprenden consecuencias penales, ya que lo ampara una eximente de responsabilidad, como es el ejercicio de la legítima defensa" (Sentencia del 30 de junio de 1950, en la causa contra Rubén Ochoa Arango GACETA JUDICIAL, tomo LXVII, página 566).

Por otra parte, el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal prohibe a la Corte tener en cuenta causales distintas a las que hayan sido expresamente alegadas por los interesados en el recurso de casación.

En este evento, el demandante se limitó a invocar como única causal la primera de las previstas en el artículo 567 del Código citado, sin que hubiera intentado demostración alguna acerca de la violación de la ley sustantiva penal, ya por errónea interpretación, ya por indebida aplicación de la misma. Se comprende que al señalar somera o sintéticamente algunas pruebas, quiso referirse a la causal segunda y fundarse en la primera como consecuencial. Sin embargo, puesto que así no lo hizo, tampoco de modo expreso, como ha debido hacerlo, la Corte no puede reemplazar al actor en este esencial cometido, y por consiguiente, no puede prosperar el recurso.

c) La circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo.

"Porque —agrega la Corte— la deficiencia no consiste, según doctrina benévola que la Sala ha venido aplicando, en involucrar los fundamentos al aludir a las disposiciones que regulan el recurso, sino más bien a no ofrecer ninguno. Aun cuando, de acuerdo con la naturaleza de él, sí podría exigirse un poco más de rigor del que la Corte ha usado hasta ahora. Rigor en el sentido de precisión o exactitud, y no de dureza o acrimonia. De practicarse con el celo que parece propio del estudio de un recurso de casación, bastaría que los argumentos del demandante no armonizaran con la causal propuesta, no se ajustaran a sus precisos términos, para considerar que no había demanda, por más que esos argumentos estuvieran acordes, con otra no citada. Pero tal no ha sido el criterio de la Sala, no obstante que

aquella exigencia resulta la más aconsejable". (Sentencia de 3 de diciembre de 1945, tomo LIX, número 2015 y 25 de enero de 1949, tomo LXV, pág. 406).

En atención al hecho de que el demandante, al aducir las razones o motivos del recurso, citó, aunque muy someramente, algunas pruebas como materia de errónea interpretación u omisión en su estimación por parte del Tribunal, hasta llevarlo a dejar de reconocer a favor del procesado Arturo Cardoso el derecho de legítima defensa, en cierto modo obliga a esta Sala, en consonancia con la doctrina expuesta, a estudiar si mediante la citación de tales pruebas se quiso aducir como fundamento del recurso la causal segunda como principal y la primera como consecuencia de aquélla, porque es obvio que en este supuesto la demanda podría contener eficacia.

Se debe tener presente que el actor funda el recurso con la escueta afirmación de qué no se le reconoció a su defendido el derecho de legítima defensa a pesar de que en los autos estaban comprobados los hechos constitutivos de esta situación jurídica.

Para demostrar aquellos motivos dice que no se tuvieron en cuenta las declaraciones de Saturnino Sánchez, Enrique Bermúdez, Edelmira Vanegas y del Dr. Gustavo Perdomo, (fls. 4, 4 vto., 6 vto., y 9 vto. del cuaderno número 3).

Ninguna de estas declaraciones habla de que las lesiones sufridas por Desiderio Morales hubieran sido causadas por el procesado en ejercicio de legítima defensa, porque Sánchez y Bermúdez solamente dicen que les consta que la herida de Morales fue causada el cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y nueve en circunstancias diferentes a como fueron producidas las que motivaron este proceso.

Edelmira Vanegas no existe. Quizá quiso referirse el demandante a "Etelbina Vanegas" (fs. 6 vto., cuaderno número 3º). Esta declarante dice que Morales se causó la herida de la mano derecha a sí mismo y en fecha anterior a la de autos.

El doctor Gustavo Perdomo afirma que en su condición de médico reconoció a Morales una herida similar a la de autos el seis de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

Como puede verse, ninguna de estas pruebas se refiere a la demostración de la causal de legítima defensa invocada como fundamento del recurso. Y si se tratara de establecer que se equivocó el Tribunal en cuanto a la apreciación de la prueba referente a la imputabilidad material de la lesión de autos a la persona de Arturo Cardoso, tampoco puede acogerse este hecho como fundamento del recurso, pues el mismo procesado en su indagatoria (fls. 9 del cuaderno número 1º) confiesa haber sido el ejecutor de las mencionadas lesiones, es decir, de las lesiones que originaron este proceso.

Todo lo cual implica la conclusión de que ni aún procediendo la Corte con esta amplitud ha encontrado los fundamentos de la causal segunda para deducir de aquí la evidencia de la causal primera, razón suficiente también para declarar que el recurso interpuesto no procede.

No aparece, pues, probada ninguna de las causales sometidas a estudio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, NO INVALIDA la sentencia del treinta de enero de mil novecientos cincuenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, condenó a Arturo Cardoso a la pena principal de un año de presidio, como responsable del delito de lesiones personales en Desiderio Morales.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello, Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS. — DELITOS DE ASOCIACION E INSTIGACION PARA DELINQUIR

El Decreto número 1591 de 28 de julio de 1951 dispuso en su artículo 4º lo siguiente:

"Artículo 4º—La justicia penal militar seguirá conociendo de los delitos de asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal (ley 95 de 1936), cometidos por personas militares o civiles".

De las pruebas que el proceso exhibe, en manera alguna aparece comprobada la asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal. Pues, si es verdad fueron más de tres personas las que ejecutaron el asalto y dieron muerte a veinte individuos, no se halla establecido que hicieran parte de una asociación organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados (artículo 208); ni tampoco que de manera pública y directa se hubiera incitado a cometer el delito (artículo 209 ibidem). Es decir que no existen las circunstancias que tipifican las infracciones a que se refiere el artículo 4º del Decreto 1591, para la competencia de la justicia penal militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

La Fiscalía del Juzgado Primero Superior de Ibagué remite a la Corte el proceso seguido contra José del Carmen Leguizamón, Emilio Díaz Rincón, José de Jesús García y otros, a fin de que se dirima la colisión de competencia surgida entre ese despacho y el Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Los hechos que dieron lugar a este proceso pueden resumirse así:

El primero de noviembre del año próximo pasado, un grupo de individuos, alrededor de diez, se situaron en el sitio denominado "Pelahuevos", vereda de El Alto del Toro, jurisdicción municipal de El Líbano, y se dedicaron a asaltar a toda persona que transitara por el camino, obteniendo como resultado de tan grave acción criminosa, la muerte violenta de veinte sujetos, entre ellos hombres, mujeres y niños de corta edad.

La investigación deficientemente adelantada, fue iniciada por el señor Alcalde de El Líbano, y continuada por la Comisaría de Investigación Criminal de la misma ciudad.

Posteriormente, con fecha de 9 de diciembre de 1952, el Juzgado Municipal de El Líbano, dictó auto de detención preventiva contra José del Carmen Leguizamón, Emilio Díaz Rincón, José de Jesús García, Reinaldo Prieto Pérez, Miguel Sierra, Primitivo Rodríguez y otros.

El mismo Juzgado, luégo de practicar algunas diligencias, comisionó a la Alcaldía de El Líbano para que continuara la investigación y, finalmente, envió el negocio al Fiscal de Ibagué, por considerar que era la justicia ordinaria la competente para conocer.

La colisión

El señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Ibagué, a quien le correspondió en reparto el negocio, en providencia de dos de marzo último, dispuso enviar el proceso al Comando de la Brigada de Institutos Militares, por considerar que el conocimiento corresponde a la justicia penal militar, por haberse cometido los homicidios "por individuos reunidos con el propósito permanente de infringir la ley".

El Comando de la Brigada de Institutos Militares, en providencia de siete de abril último, acogiendo en todas sus partes el concepto del señor Auditor Segundo de Guerra, devolvió el negocio al señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Ibagué, por considerar que es a la justicia ordinaria a quien corresponde su conocimiento, por no tratarse del delito de asociación para delinquir, pues, si en verdad "se halla establecida la concurrencia de más de tres personas, no la orga-

nización de una asociación o banda, no hay asidero para suponer el propósito permanente y se carece de prueba del común acuerdo, de donde se concluye que la calificación correspondiente es la de múltiple homicidio", y, en consecuencia, provoca competencia negativa.

El señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Ibagué, con la tesis de que aparece la existencia del delito de asociación para delinquir, rechazó la competencia negativa promovida por el Comando de la Brigada de Institutos Militares y envió el negocio a la Corte para que se dirima el conflicto.

Se considera:

El Decreto número 1591 de 28 de julio de 1951, dispuso en su artículo 4°, lo siguiente:

"Artículo 4º—La justicia penal militar seguirá conociendo de los delitos de asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal (Ley 95 de 1936), cometidos por personas militares o civiles".

Y el artículo 6º del Decreto mencionado, dispone que rige desde la fecha de su expedición, es decir, desde el 28 de julio de 1951.

Los hechos investigados en este proceso acaecieron el primero de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, es decir, bajo la vigencia del Decreto 1591, citado.

De las pruebas que el proceso exhibe, en manera alguna aparece comprobada la asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal. Pues, si en verdad fueron más de tres personas las que ejecutaron el asalto y dieron muerte a veinte individuos, no se halla establecido que hicieran parte de una asociación organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados (artículo 208); ni tampoco que de manera pública y directa se hubiera incitado a cometer el delito (artículo 209 ibidem). Es decir, que no existen las circunstancias que tipifican las infracciones a que se refiere el artículo 4º del Decreto 1591, para la competencia de la justicia penal militar.

Analizado este proceso, en los elementos que lo integran, se deduce que los múltiples homicidios no fueron cometidos como propósito de una asociación delincuencial; el proceso, en su estado actual, no da fundamento para considerar la consumación de delitos distintos al de homicidio. Esta conclusión, no excluye la posibilidad de que, una vez perfeccionada esta investigación, surjan alguna o algunas de aquellas figuras, cuya conexidad con el homicidio desplace la competencia hacia la justicia militar.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias suscitada en este proceso, en el sentido de declarar que es a la justicia ordinaria a quien corresponde su conocimiento.

En consecuencia, remítanse estas diligencias al señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Ibagué y dése aviso al Comando de la Brigada de Institutos Militares de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RECURSO DE QUEJA

El recurso de queja se concede respecto del Juez, para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido por violación de la ley en los casos definidos en el código penal, pero en manera alguna para obtener revocación o reforma de resoluciones judiciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor Diego Llinás Pimienta formula el recurso de queja "a fin de que se establezcan las sanciones que preceptúan entre otros, los decretos extraordinarios sobre administración de justicia, sin perjuicio de restablecer el derecho del municipio de Candelaria a defenderse de los atropellos de que ha sido víctima".

Al final de su escrito pide "rectificar y enmendar lo actuado y, en todo caso, suplico —dice— se envíe copia de la providencia que recaiga sobre este escrito, lo mismo que copia de este escrito, al Excmo. señor Presidente Encargado y al señor Procurador General de la Nación".

Se refiere el doctor Llinás Pimienta a la providencia de 20 de mayo último, por la cual la Sala mantiene la providencia de 18 de febrero del presente año, que no le dio curso a la demanda que contra la Nación presentó aquél "en calidad de agente oficioso del municipio de Candelaria"

Entre los argumentos trae el de que la Sala se equivoca al decir que "puede **designarse** un apoderado por el Gobierno, o el Gobernador o el Alcalde", leve lapso cuyo sentido no ofrece dificultad leyendo lo que antes ha dicho el auto que "puede el Gobierno, el Gobernador o el Alcalde respectivo celebrar contratos con abogados para que representen a la respectiva entidad", que es también lo que expresa el código.

La Sala no puede entrar a estudiar el auto que el señor abogado pide que se rectifique y enmiende, porque según el artículo 512 del Código Judicial contra éste no queda ningún recurso, pues como se verá en seguida, el de queja no es un recurso contra la providencia, sino contra la persona de los Magistrados.

Tampoco puede entrar a resolver sobre el recurso de queja porque éste, según la Comisión Revisora del C. Judicial no se dirige "a obtener que se revoquen, reformen o invaliden las resoluciones, sino a que se haga efectiva la responsabilidad personal en que incurren los jueces cuando fallan contra ley expresa, EN LOS CASOS DEFINIDOS EN EL CODIGO PENAL". (Las mayúsculas de las últimas palabras son de la Sala).

"El recurso de queja—ha dicho la Corte—como está inequívocamente establecidó en el código de procedimiento civil se concede es respecto del juez, para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido por violación de la ley en los casos definidos en el Código Penal, pero en manera alguna para obtener revocación o reforma de resoluciones judiciales". (Auto de 24 de abril de 1941, Sala de Casación Civil, GACETA JUDICIAL, tomo LI, números 1971-72, pág. 204).

En el caso presente se discute una tesis, esto es, si puede ejercitarse la agencia oficiosa en tratándose del Estado, los Departamentos o los Municipios, y para el evento de estos autos, de los Municipios. La Sala, apoyada en doctrina de la propia Corte, sostiene que no, el apoderado alega que sí. Ha habido discrepancia de criterio entre un abogado y una entidad de justicia. Mas como se emplearon los recursos que la ley dispone, no puede seguir discutiéndose procesalmente la dicha tesis.

Pero resulta inadmisible que un abogado dis-

tinguido emplee los términos que usa en su escrito, porque si con ellos no logra injuriar a los Magistrados, sí se falta al respeto a sí mismo. Los abogados alegan, pero los jueces deciden, y la piedra de toque de la nobleza de sentimientos consiste en saber perder sin atribuir las decisiones a intereses menos altos que los de la recta administración de justicia.

En consecuencia de lo dicho se resuelve:

No es el caso de reconsiderar la providencia de 18 de febrero del presente año.

No le corresponde a la Sala estudiar el recurso de queja de que habla el memorialista, ni de enviar copia del escrito del doctor Diego Llinás Pimienta ni de esta providencia al señor Presidente de la República ni al señor Procurador General de la Nación. El solicitante podrá dirigirse a las autoridades que estime competentes y podrá pedir las copias que desee en los términos legales.

Notifíquese.

Agustín Gómez Prada — Rafael Leiva Charry. Luis Rafael Robles — Jorge García Merlano, Secretario.

QUEJA CONTRA UN ABOGADO, POR FALTAS EN EL EJERCICIO DE SU PROFESION

Aunque la Ley 69 de 1945 no es lo suficientemente explícita, sí subordina la imposición de las sanciones previstas en sus artículos 8º y 9º, cuando se trata de queja o querella de parte, a la demostración o legitimación de interés que ha de asistirle como base de su acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientso cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de 17 de febrero último, "declara que no hay lugar a sancionar al doctor Durán Cortés por los cargos que le hace el señor Torres Triana, por falta de prueba", y consulta su providencia con esta Sala de la Corte.

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador Delegado en lo Civil, conceptuó este funcionario "que debe confirmarse la sentencia en consulta".

Es el caso que el señor Eusebio Torres Triana, en escrito presentado al Tribunal Superior de Ibagué el 1º de septiembre de 1951 acusó al doctor Manuel Durán Cortés "por ejercicio ilícito de la profesión de abogado" y pide que se le impongan "las penas pertinentes establecidas por la ley".

Los hechos que considera como ejercicio ilícito de la profesión de abogacía son los siguientes:

a) "El 17 de julio de 1950 —dice— a la cabeza de Luis Antonio Gómez y dos tractoristas ocupó violenta y clandestinamente mis terrenos de La Islita y La Pedregosa, del municipio del Espinal";

b) Desde entonces "me acabó Durán Cortés con las mangas de pasto, mis iguasales, los alambres de las cercas, mis plataneras", "ocupó mi casa de habitación", "otra casa fue ardida" y mataron "una yegua de mi propiedad';

c) "El palmar me lo descopó y lo amontonó para que se pudriera";

d) "Ha usado a sabiendas de actuaciones ilegales tendientes a que el poder judicial no pueda ponerme de nuevo en posesión de lo mío";

e) Le ocasionó al querellante la pérdida del cultivo de quince hectáreas de algodón y yuca;

f) Destruyó en la finca de La Pedregosa los "iguasales, matarratones, dindes" y "más de cien cuadras de cercas";

g) A Julio Rojas le tomó una escritura simulada de adquisición del potrero de la Vega y ha oído decir que Durán Cortés pide dos mil pesos para la devolución de la escritura;

h) Ha confeccionado "unas letras simuladas para burlar la justicia"; y en el juicio de Lucía González contra María de Jesús Pinzón "cursó también una letra falsa".

En escrito presentado el cinco de diciembre de 1951 manifiesta que el Juez del Espinal le entregó las fincas ocupadas, pero que el doctor Durán Cortés "no deja salir a ninguno de los que hay dentro de mis fincas" y que "ara y siembra" para burlar la Justicia. Además. que el Juez mentado ha decretado el lanzamiento, pero que "se está valiendo de procedimientos contrarios a la Ley y a la Justicia para evitar el cumplimiento del decreto de lanzamiento".

El acusado afirma que "son absolutamente mendaces y temerarias las acusaciones"; que se trata del embargo y secuestro de unos bienes en la sucesión del señor Manuel Antonio Gómez, entre los cuales se encuentran los dos lotes de terreno a que se refiere el querellante; que el secuestre celebró contrato de arrendamiento con el señor Luis Antonio Gómez y con el doctor Durán Cortés y que, en esa virtud, entraron "a trabajar dichos lotes"; pero que posteriormente se declaró nulo lo actuado por falta de algunas partidas de origen eclesiástico. Y termina su escrito pidiendo que se apliquen las sanciones de la ley reglamentaria de la abogacía contra los que a sabiendas formulan cargos de tal naturaleza.

El Tribunal dice que siguió el procedimiento breve y sumario de que tratan los artículos 1203 del Código Judicial y 9 de la Ley 69 de 1945, "sin que el querellante presentara ninguna prueba para la comprobación de sus afirmaciones con-

tenidas en el memorial de queja" y que, en consecuencia, no había lugar a "aplicar sanción alguna al doctor Durán Cortés".

El señor Procurador, después de relatar cuáles fueron los escritos presentados por el señor Torres Triana, comenta estas diligencias diciendo:

"A lo dicho se contrajo la actividad del promotor de la queja. Es así como en autos no existe el menor asomo de pruebas respecto de los imprecisos hechos puestos en conocimiento del Tribunal por el expresado Torres Triana. Pero ni siquiera acreditó éste el interés que le asistía para formular su denuncia, o sea, su carácter de parte interesada, tal como lo requiere la aludida Ley 69 en sus artículos 8º y 9º. En esa total ausencia de pruebas fundó el fallador su decisión, la que así resulta concorde a la realidad procesal y legal de autos".

Esta misma Sala, en providencia de mayo último, expresó que como los querellantes en el asunto de que se trata "no han legitimado su propio interés para promover esta acción, a juicio de la Corte resulta innecesario entrar al estudio de fondo de las cuestiones planteadas por ellos, puesto que la ley 69 de 1945 no ha consagrado para estos casos una acción popular... No sobra agregar que, aunque esta ley no es lo suficientemente explícita, sí subordina la imposición de las sanciones previstas en sus artículos 8° y 9º, cuando se trata de queja o querella de parte, a la demostración o legitimación de interés que ha de asistirle como base de su acción".

De manera que de la confirmación que de la providencia del Tribunal hará la Corte "por falta de pruebas" se entenderá también y fundamentalmente que es por falta de pruebas del interés que le asiste al querellante para su demanda.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia consultada de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Luis A. Flórez—Rafael Leiva Charry—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA.— INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER EN UNICA INSTANCIA DE JUICIOS SOBRE PROPIEDAD DEL SUBSUELO EN LO QUE NO TOCA CON YACIMIENTOS PETROLIFEROS

La Corte, en única instancia, tiene competencia para resolver sólo de la propiedad de los petróleos, pero no de todo el subsuelo, entre otras razones, porque el conocimiento del juicio sobre propiedad minera, distinta de la de los petróleos e hidrocarburos, no corresponde a la Corte, sino a los Tribunales Superiores.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitres de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

Debe resolver la sala la excepción de inepta demanda propuesta por el señor Procurador Delegado en lo civil, en este juicio ordinario de **Jorge Lozano Arciniegas** contra la NACION.

Para resolver se tiene en cuenta:

a) La Chibcha Petroleum Company propuso al Gobierno "la celebración de un contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional", que puedan encontrarse en un terreno ubicado en los Municipios de Ortega, San Luis y Guamo, del Departamento del Tolima (f. 19 del c. 1).

b) El Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación, en resolución de 11 de julio de 1950 (f. 35 v., ibidem).

c) El señor Jorge Lozano Arciniegas, por medio de apoderado, presentó oposición a la propuesta, en relación con el globo de terreno denominado "Luisa García", de extensión aproximada de 800 hectáreas, ubicado en el Municipio de San Luis, del Departamento del Tolima (fs. 83 y ss. del c. 4).

d) En vista de la anterior oposición, el Ministerio resolvió, en providencia de 12 de febrero último (f. 110 c. 4), suspender la tramitación propuesta, que lleva el número 519, y enviar todos los documentos a la Sala de la Corte para que, en juicio ordinario, se resuelva si es del Estado y de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

e) Al correrle traslado del escrito de oposición formuló el señor Procurador Delegado en lo Civil su excepción de inepta demanda, fundándose en que en el mencionado escrito se demanda que se declare que es de propiedad privada el **subsuelo** y los petróleos e hidrocarburos que en él puedan encontrarse.

Se considera:

Tiene razón el señor Procurador, porque como dicho funcionario lo anota, los juicios como el presente se adelantan con la mira exclusiva de decidir sobre la propiedad de los petróleos, pero no de todo el subsuelo, entre otras razones, porque el conocimiento del juicio sobre propiedad minera, distinta a la de los petróleos e hidrocarburos, no le corresponde a la Corte, sino a los tribunales superiores.

En efecto, la Ley 37 de 1931, dispuso que sus preceptos se referirían **"a las mezclas naturales de hidrocarburos que se encuentren en la tierra, cualquiera que sea el estado físico de aquéllas, y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él".** (Artículo 1º).

El artículo 5º de la Ley 160 de 1936 estableció que si se hace oposición **"en cuanto a la propiedad del petróleo"**, deben remitirse las diligencias a la Corte Suprema de Justicia para que en juicio breve y sumario se decida si es o no fundada la oposición. Y en el 7º se estatuye, refiriéndose al aviso de exploración y explotación de petróleos, que si el Gobierno, a pesar del fallo adverso en el juicio breve y sumario, insiste **"en estimar que el petróleo en referencia es de ella"**, o sea, de la Nación, debe iniciar dentro de dos años las acciones que crea pertinentes.

El decreto número 10 de 1950, por el cual se rige este proceso, establece que "si oportunamente se formulare oposición en **cuanto a la propiedad del petróleo,** la cual deberá ajustarse a las exigencias del Código Judicial, para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes in-

muebles, acompañándola de las pruebas de que trata el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 160 de 1936, se suspenderá la tramitación de la propuesta y se enviará con los documentos que la integran, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoya (todo esto con carácter devolutivo) a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que esta entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios de mayor cuantía, en una sola instancia,.... resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada **el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.** En dicho juicio el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación".

Ya son bastantes las oportunidades en que esta Sala, al solicitar que se declare la propiedad del **subsuelo,** ha expresado que no tiene competencia sino para declarar la propiedad del petróleo, porque estos juicios sólo versan sobre petróleos y no sobre las demás minas que en el subsuelo puedan encontrarse. Así, en auto de 25 de noviembre último, juicio de Luis Ignacio Andrade y otro contra la Nación —dijo la Sala:

"Las peticiones primera y segunda, en que se pide la declaración de que determinados terrenos salieron del dominio Nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.... las entiende la Corte como antecedentes de la declaración sobre propiedad privada del petróleo y demás hidrocarburos...."; que las otras peticiones "bien pueden considerarse relacionadas con la propiedad del petróleo"; y que la petición tercera, "en cuanto a la declaración de que es de propiedad de los demandantes el **subsuelo** de los terrenos, resulta claramente que no es de competencia de la Corte en única instancia, pues de acuerdo con el decreto extraordinario número 10 de 1950, a la Corte sólo le corresponde conocer en esa única instancia de las controversias sobre petróleos, pero no de las que versan sobre las demás minas".

Como en el presente caso se pide que se declare que es de propiedad del demandante "el subsuelo, junto con el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que en él se contengan de la finca denominada LUISA GARCIA".

Por lo expuesto, declárase probada la excepción dilatoria de inepta demanda propuesta por el señor Procurador, en el sentido de que no se admita la citada demanda en cuanto se pide en la petición PRIMERA la declaración de que es de propiedad privada "el subsuelo" de la finca LUISA GARCIA a que ella se refiere, pues solamente se admite en cuanto se refiere al petróleo y demás hidrocarburos que en el subsuelo de dicho inmueble puedan encontrarse.

En tales condiciones, córrase traslado de la demanda al señor Procurador Delegado en lo Civil por el término de diez días.

Notifíquese.

Agustín Gómez Prada.—Jorge García Merlano, Secretario.

MANERA COMO DEBEN LLEVARSE AL JUICIO LOS DOCUMENTOS PUBLICOS

El sentido más obvio del artículo 636 del Código Judicial es el de que si las partes no tienen en su poder los documentos públicos que consideran adecuados para demostrar los hechos que con ellos quieren acreditar, como será la ordinaria ocurrencia, le soliciten al juez que los pida al funcionario correspondiente y, si necesitan nota de registro, que se la haga poner del registrador. Pero no quiere significar que, si no se procede en esa forma, no pueden presentarse directamente al proceso, porque contra esta interpretación excesiva militan los preceptos legales que establecen otras maneras de aducir documentos con la finalidad de que formen parte del proceso y su mérito pueda ser estimado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciséis de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

En auto de 17 de marzo pasado, por el cual se decretan varias pruebas pedidas en tiempo por el apoderado del demandante Moisés Asaf, dispuso el señor Magistrado sustanciador, doctor Agustín Gómez Prada, lo siguiente:

"VII.—En cuanto a las escrituras públicas acompañadas al anterior memorial y relacionadas en el capítulo VI del mismo, no pueden tenerse como pruebas en la forma allí impetrada, en vista del terminante precepto del artículo 636 del C. Judicial. Pero como la intención del actor es que tales instrumentos públicos sean incorporados al expediente en la forma legal, es el caso de ordenar, como en efecto se ordena, que se libren sendos despachos a los respectivos notarios del circuito de Ocaña, para que, a costa del interesado, se compulsen las copias correspondientes y se remitan a la Corte, por conducto del respectivo registrador, las que deben llevar nota de registro".

Dentro del término legal, se interpuso por el peticionario recurso de súplica contra esta parte de la providencia aludida, recurso que apoya en estas razones:

La asunción de la prueba específica de la escritura pública, género de instrumento público definido por el inciso 2º del Artículo 1758 del C. Civil, no se rige por el procedimiento establecido en el Artículo 636 del C. Judicial, sino por el 630 de la misma obra, según el cual las escrituras públicas pueden llevarse al juicio por las partes "en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida".

Y añade:

"En tratándose, pues de escrituras públicas, hay dos maneras de introducirlas al juicio: por presentación directa de la parte (Art. 630 C. J.) o bien mediante el trámite establecido en el Art. 636 ibídem".

En apoyo de esta interpretación de los preceptos legales citados, el doctor Miranda cita la doctrina que sobre el particular sentó la Corte en fallo publicado en la GACETA JUDICIAL, Tomo LV, página 571, y concluye diciendo:

"Vale la pena agregar que de no ser esta la recta interpretación de las dos citadas disposiciones (630 y 636 C. J.) la primera sobraría, lo que es contrario a la presunción de que el legislador no profiere preceptos inútiles".

Se considera:

Para resolver el caso de autos basta reproducir aquí lo pertinente del auto de fecha 24 de abril último, dictado en el juicio ordinario de Alfredo Martín y otros contra la Nación, en el cual la Sala ratificó la doctrina que ha venido sosteniendo en torno a la aplicación de los artículos 630 y 636 en cita:

"La cuestión que ahora plantea el señor Procurador Delegado en lo Civil, relacionada con la manera como deben allegarse al juicio los documentos públicos, ha sido precisamente estudiada por esta Sala en providencia reciente, en negocio seguido por Ana Dolores v. de Quintero contra la Nación:

"En tal providencia, que lleva fecha de diez y siete de abril en curso, se dijo al respecto:

'Respecto de las escrituras públicas no cabe la menor duda de que, dentro de los términos pro-

batorios, pueden presentarse de dos maneras: o en la forma prevenida por el artículo 636 del Código Judicial para toda clase de documentos públicos, o por presentación directa de las partes, de acuerdo con el artículo 630 del mismo Código.

'En efecto, no puede considerarse que sea una disposición inútil la del artículo 630 del citado código, al decir que "la escritura pública para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en debida forma". Al referirse de modo especial a las escrituras públicas en esa disposición, quiso señalar una manera singular de presentación en juicio, distinta de la manera general del artículo 636, si algo enseñan los preceptos de la lógica.

'Es que el valor especial de autenticidad que tienen las escrituras públicas debidamente registradas, explica lo dispuesto por el artículo 630, ya que la ley creó los notarios y en ellos "deposita la ley la fe pública respecto de los actos o contratos "que ante ellos deben pasar" y su confianza respecto de los documentos" que se ponen bajo su custodia. (Art. 2576 del C. C.).

'Pero los demás documentos públicos también pueden ser presentados directamente por las partes dentro de los términos probatorios, porque ellos hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos (Arts. 1758 y 1759 del C. C., y 632 del C. J.), y porque allegados al expediente dentro de los términos señalados al efecto, forman parte del proceso y su mérito probatorio debe ser justipreciado. (Art. 597 del C. J.).

'Se ha hecho una interpretación cerrada y excluyente del Artículo 636 diciendo que los documentos públicos no pueden ser admitidos como pruebas si, dentro de los términos probatorios no han sido allegados al proceso en la forma prevenida en este precepto. Pero no se pára mientes en el contrasentido que encierra la afirmación excluyente, pues el mismo artículo enseña que si los documentos se presentan con la demanda, o con la contestación de la misma, o con los escritos de excepciones, o sea, en ocurrencias en que las partes los allegan directamente, sí pueden ser aceptados, pero que si se trata de agregarlos al expediente dentro de los términos probatorios, no pueden serlo si las partes los presentan en forma directa. Es más, si un documento público se presenta en inspecciones u otras diligencias por el interesado, tiene mérito probatorio (Art. 597, ord. 2º del C. J.), pero si ese mismo documento lo agrega el interesado dentro del tiempo de pruebas, no tiene eficacia ninguna, puesto que no puede ser admitido.

'Otro contrasentido patente es el que surge de afirmar que un documento público allegado en forma distinta a la prevenida por el citado artículo 636 no se puede desconocer por falta de autenticidad, o sea, porque no merezca fe de suyo, sino por la forma indebida como se aduce al juicio. Pero como explica el doctor Antonio Rocha en su tratado de pruebas judiciales, "mucho menos exige la ley sobre la oportunidad de llevar debidamente a un juicio un simple documento privado". (De la prueba en derecho, 3ª edición, pág. 167).

'... ... ...

'Volviendo a la fe que merecen los documentos públicos o auténticos, debe decirse que ella no puede desconocerse por la forma más o menos rigurosa como han sido presentados en juicio, pues si lo han sido en cualquiera de las previstas por el código de procedimiento, deben ser admitidos y entonces su autenticidad no puede ser puesta en duda ni su mérito probatorio rechazado, salvo que la parte contra quien se aduce lo tacha de falso y prueba su falsedad, al igual que sucede con los documentos privados. (Arts. 649 y ss. del Código Judicial).

'El sentido más obvio del trajinado artículo 636 del Código Judicial es el de que si las partes no tienen en su poder los documentos públicos que consideran adecuados para demostrar los hechos que con ellos quieren acreditar, como será la ordinaria ocurrencia, le solicitan al juez que los pida al funcionario correspondiente y, si necesitan nota de registro, que se la haga poner del registrador. Pero no quiere significar que, si no se procede en esa forma, no puedan presentarse directamente al proceso, porque contra esta interpretación excesiva militan los preceptos legales que establecen otras maneras de aducir documentos con la finalidad de que formen parte del proceso y su mérito pueda ser estimado'.

En igualdad de circunstancias, la Sala de súplica llega a la forzosa conclusión de que, con base en esta doctrina, el auto recurrido debe revocar-

se en la parte transcrita al principio, y ordenar, en consecuencia, que las siete escrituras públicas presentadas por el actor con el memorial de pruebas visto al folio 32 y siguientes de este cuaderno, y que tal memorial relaciona en el capítulo VI, deben ser tenidas como pruebas del juicio.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REVOCA el auto de fecha 17 de marzo retropróximo dictado en este proceso por el señor Magistrado ponente, doctor Agustín Gómez Prada, únicamente en la parte que hace relación con las escrituras públicas acompañadas al memorial de pruebas, y en su lugar dispone que las escrituras en referencia, relacionadas en los puntos 1º a 7º inclusive del Capítulo VI del expresado pedimento, se tengan como pruebas al fallar este negocio.

Cópiese, y notifíquese.

Luis A. Flórez.— Rafael Leiva Charry. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

La posesión material de un inmueble no puede confundirse con su usufructo.—Cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas en la demanda porque el Tribunal incurrió en error de hecho en su interpretación, no es procedente invocar la causal segunda de casación, sino la primera.—En el juicio ordinario de Camilo Muñoz y otro contra Luis Carlos Ayala y otro, sobre nulidad de un contrato de compraventa, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, parcialmente favorable a los demandantes.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez... 273

En materia de culpas, no puede tener lugar sino la violación indirecta de la ley sustantiva.—Cuándo puede variarse en casación lo decidido en instancia acerca de la concurrencia de culpas.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales, revocando la de primera instancia, absolvió al demandado, en el juicio ordinario que Fructuoso López y otro siguieron contra Mario Estrada, sobre indemnización de perjuicios.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 278

En tratándose de daños ocasionados a un transeúnte por materiales u objetos caídos de un edificio, en construcción, no es aplicable el artículo 2355 del Código Civil, sino el artículo 2356.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido, sobre indemnización de perjuicios, por el teniente coronel Rafael Calderón Reyes y otra, contra "Child, Dávila, Luzardo & Cía., Limitada".—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 285

La inobservancia de las exigencias legales consistente en la posterior enajenación por medio de menores, no implica la nulidad absoluta del acto contrato de subasta pública de los bienes previa autorización judicial y realizado por el representante legal de éstos.—En los juicios ordinarios acumulados, seguidos por Alejandro Urdaneta Navarro contra Lastenia Maldonado de Rodríguez y otros, y por los mismos demandantes contra Virginia Baquero y otros, respectivamente, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que negó las peticiones de la demanda, sobre nulidad de la partición de los bienes en el juicio de sucesión de Alejandro Urdaneta U., y sobre otros objetos, por estimar probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 297

La incongruencia como causal de casación.—El señalamiento de la persona a quien se pretende vencer en juicio, depende exclusivamente del actor; y el juez ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal señalamiento de él, no puede, oficiosamente, enmendarla o corregirla, cambiando o inventando uno de los sujetos de la relación procesal.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario que Emiliano Bocanegra siguió contra Carlos Jiménez Cárdenas y otros, como herederos de Loreto Jiménez, y contra Ana Rosa Cárdenas, sobre reivindicación de un lote de terreno.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas ... 303

Lo simplemente enunciativo o accidental de una escritura no obliga a quienes no intervinieron en su otorgamiento.—En el juicio de Bernardo Estrada F., contra Tulio Sánchez, como representante de una sociedad minera, y otros; no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Mede-

Págs.

llín.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 308

Contrato de renta vitalicia.—Para determinar si un contrato es unilateral o bilateral, hay que partir del momento en que se perfecciona.—La acción rescisoria por lesión enorme no se concede para los contratos aleatorios.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario de Carmen E. Saldarriaga de Mondragón contra Margarita Saldarriaga, sobre nulidad de un contrato de renta vitalicia.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 316

Acciones de nulidad de unas partidas de estado civil y de petición de herencia.—Técnica de casación.—La Corte no casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de San Gil revocó la del Juzgado Promíscuo del Circuito de Barichara y, en su lugar, absolvió a la demandada de todos los cargos que contra ella habían sido propuestos en la demanda con que se inició el juicio ordinario instaurado por Antonia o Antonina Martínez v. de Martínez contra Guillermina Martínez v. de Martínez, sobre nulidad de unas partidas del estado civil y sobre otros objetos.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 330

Para acreditar el hecho físico de la falsedad o adulteración de un documento es admisible cualquier medio de prueba, aunque en ese documento se haga constar una obligación por valor de más de quinientos pesos.—Técnica de casación.—Suspensión de la acción civil por iniciación de un proceso penal.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que, sobre revisión de una sentencia dictada en juicio especial de venta de bienes hipotecados y sobre otros objetos, siguió Aura María Bernal de Torres contra Pablo Emilio Gutiérrez.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 336

Registro de sentencias proferidas en juicios civiles.—Cuando se acusa por violación de la ley a consecuencia de error de derecho en la apreciación de pruebas, no basta citar las disposiciones que regulan el valor de éstas y todo lo concerniente con las mismas, sino que deben señalarse también las normas sustantivas que específicamente consagran el derecho que se reclama.—No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Pereira revocó la del Juzgado Civil del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar declaró simulado un contrato de compraventa celebrado estre José Cardona Vargas y su hermano Estanislao Cardona, y accedió a las otras súplicas de la demanda con que se inició el juicio ordinario seguido por Vicente Giraldo contra los mencionados José y Estanislao Cardona.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 341

Salvamento de voto del Magistrado Cuervo Aráoz 346

Causal Primera de Casación.—Interpretación de las demandas.—En el juicio ordinario que Pedro Osorio siguió contra Rafael Osorio, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, favorable al demandado.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 348

Para que sea viable la acción de cobro contra un accionista de una sociedad anónima disuelta y liquidada, por deudas insolutas de la sociedad, es necesario acreditar el carácter de adjudicatario del accionista en los bienes sociales.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por "Tejar de Santa Mónica S. A." contra Henry J. Eder, sobre pago de una suma de pesos.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 352

El error de hecho en la apreciación de pruebas da lugar a la casación de la sentencia recurrida sólo cuando es evidente.—Requisitos de la demanda cuando se acusa por error de derecho.—En un mismo cargo no pueden involucrarse la violación directa y la violación indirecta de la ley.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por la "Sociedad de Zancu-

Págs.

do" contra Bernardo y J. Martín Bernal B., sobre reivindicación de unas minas de carbón.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 358

Dación en pago. — Fideicomiso. — No puede existir una dación en pago fiduciaria.—Simulación. — Rendición de cuentas. — En el juicio ordinario que Carmen E. Arroyo de Castro siguió contra el Banco de Londres y América del Sud, oficina de Bogotá, sobre simulación de un contrato de dación en pago, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 364

Acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de arrendamiento.—La incongruencia como causal de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Teófilo Zajar contra Teresa Dussán de Esguerra.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 381

Requisitos de la acción reivindicatoria.—Causal Tercera de Casación.—Alcance de la cosa juzgada.—Demandada una cosa por un título, puede demandarse luego por otro título.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó, en el juicio ordinario de Lorenzo Medina contra la "Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A.".—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 388

Técnica de casación.—Los errores en la interpretación de la demanda no dan base a la causal segunda.—En el juicio ordinario que se originó en el rechazo dado por José María Navarrete a las objeciones que Alfredo Paredes formuló a las cuentas rendidas por aquél como albacea en una sucesión, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 392

Los nuevos medios demostrativos del estado civil de hijo natural consagrados por la Ley 45 de 1936 son aplicaples a hechos o actos anteriores a su vigencia.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ordinario seguido por Miguel A. Cuéllar contra Leopoldo Chimbaco, como heredero de Manuel A. Chimbaco.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 401

El documento otorgado ante notario para hacer un reconocimiento de hijo natural y que no tenga los requisitos de una escritura pública, no puede ser considerado como documento público.—Reconocimiento de documentos privados.—Posesión notoria del estado de hijo.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario que, sobre filiación natural, siguieron Marco Antonio Zapata y otros contra Pedro Vicente Correa y otros herederos de Andrés Corcino Correa o Santos. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 413

SALA DE CASACION PENAL

El artículo 398 del Decreto 1125 de 1950 no es aplicable al caso en que los sindicados sean particulares sometidos a la Justicia Penal Militar.—No se invalida la sentencia que el Comando General de las Fuerzas Militares profirió en el proceso contra Félix Segura, por los delitos de asonada y de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 426

Prueba de la legítima defensa.—Causal segunda de casación.—Requisitos de la demanda cuando se invoca esta causal.—En el proceso contra Manuel Ramírez Melo por el delito de lesiones personales, no casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno 430

Delitos de violación de domicilio y de abuso de autoridad.—El dolo es indivisible e incomunicable por el aspecto de los actos reales configurativos del delito.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Ramón P. de Hoyos, por cargos de violación de domicilio y de abuso de autoridad, que le fueron imputados en su condición de Goberna-

Págs.

dor del Departamento de Bolívar.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 433

Conversión de penas.—La buena conducta anterior como circunstancia de menor peligrosidad.—Causal segunda de casación.—Se invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a Alberto Falla Falla a la pena principal de ocho meses de presidio, y en su lugar la Corte lo condena a la de doce meses de prisión, como responsable del delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 441

La enemistad como causa de recusación.—En el proceso contra Facundo Valencia Mena por peculado y falsedad en documentos públicos, se decide que no está probada la causal de recusación alegada por el apoderado del procesado contra el Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó Dr. Rogerio Patiño G., y que, en consecuencia, éste no está impedido para conocer de dicho proceso. Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 448

Nulidades en el proceso penal.—Nulidades constitucionales.—No es causa de nulidad el que una persona que figura en la lista de jurados no reuniera las condiciones para serlo, cuando se elaboró la lista, o que haya muerto después de elaborada y antes de verificarse el sorteo.—Tampoco lo es la violación por parte de un miembro del jurado de sus deberes legales.—No se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el proceso contra Marco Fidel Salazar Gómez, por los delitos de homicidio y de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 450

Delitos de violación de domicilio y de violencia carnal.—Para que se configure el delito de violación de domicilio, no se requiere en el autor dolo específico de hacer tal cosa. Invalida la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a José de la Paz o Pacífico Díaz y a Félix Martín Pinto Ramírez a la pena principal de dos años y cuatro meses de prisión y de un año y dos meses de la misma pena, respectivamente, y, en su lugar, condena a Díaz a la de tres años y medio de prisión, y a Pinto Ramírez, a la de dos años y siete meses de la misma pena, como responsables de los delitos de violencia carnal y contra la inviolabilidad del domicilio.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 460

Cuándo el abandono del cargo configura delito.—Se confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en favor del doctor Jorge Fadul Bitar, por cargos de abuso le autoridad, en su condición de Juez Primero Penal del Circuito de Sincelejo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 468

Cuando en casación se invoca lo relacionado con la legítima defensa, la causal pertinente es la segunda, si en el juicio no intervino el jurado.—Técnica de casación.—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso contra Arturo Cardoso, por el delito de lesiones personales consumado en la persona de Desiderio Morales.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 470

Se dirime una colisión de competencias. Delitos de asociación e instigación para delinquir.—La Corte dirime la colisión de competencias surgida entre el Juzgado Primero Superior de Ibagué y el Comando de la Brigada de Institutos Militares de Bogotá, acerca del conocimiento de un proceso contra José del Carmen Leguizamón y otros, por los delitos antes mencionados.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 475

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Recurso de queja.—Se resuelve que a la Corte no corresponde conocer del recurso de queja que el doctor Diego Llinás Pimienta formuló "a fin de que se establezcan las sanciones que preceptúan entre otros, los decretos extraordinarios sobre administración de justicia, sin perjuicio de restablecer el derecho del municipio de Candelaria a

Págs.

defenderse de los atropellos de que ha sido víctima".—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 477

Queja contra un abogado, por faltas en el ejercicio de su profesión—Confirma la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Ibagué declaró que "no hay lugar a sancionar al doctor Durán Cortés por los cargos que le hace el señor Torres Triana, por falta de pruebas".—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 479

Excepción de inepta demanda.—Incompetencia de la Corte para conocer en única instancia de juicios sobre propiedad del subsuelo en lo que no toca con yacimientos petrolíferos.—Se declara probada la excepción de inepta demanda que el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso en el juicio ordinario de Jorge Lozano Arciniegas contra la Nación, en el sentido de que no se admite la citada demanda en cuanto se pide en la petición primera la declaración de que es de propiedad privada "el subsuelo" de la finca Luisa García a que ella se refiere.—Auto del Magistrado doctor Agustín Gómez Prada 481

Manera como deben llevarse al juicio los documentos públicos.—En el juicio de Moisés Asaf contra la Nación, la Sala suplicada revoca el auto proferido por el Magistrado sustanciador, Dr. Gómez Prada, "únicamente en la parte que hace relación con las escrituras públicas acompañadas al memorial de pruebas, y en su lugar dispone que las escrituras en referencia, relacionadas en los puntos 1º a 7º inclusive del Capítulo VI del expresado pedimento, se tengan como pruebas al fallar este negocio".—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 483

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA» CALLE 14, Nº 13-56 — TELEFONO 14-325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXV - BOGOTA, COLOMBIA. JULIO DE 1953 - NUMERO 2131

SALA DE CASACION CIVIL

REQUISITOS DE LA PRESCRIPCION ORDINARIA DE INMUEBLES.— LA INCONGRUENCIA COMO CAUSAL DE CASACION

1.—Cuando se invoca la causal segunda de casación, sólo puede tenerse en cuenta la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

2.— El vicio de inconsonancia o incongruencia del fallo acusado consiste exactamente en el hecho de haber convertido el Tribunal en acción de pertenencia, lo que sólo fue invocado por los contrademandados como medio exceptivo o de defensa contra la acción reivindicatoria propuesta en reconvención. Y como, según los términos explícitos de la demanda principal, el objeto de la controversia estaba limitado al dominio de la parte no edificada del inmueble, es claro que al resolver la sentencia sobre el de la otra parte, o sea, la ocupada por la casa, por el mismo hecho cambió el objeto del pleito, haciéndolo por tanto incongruente con las pretensiones aducidas en la demanda.

3.—Para la prescripción ordinaria, no basta el simple lapso de diez años de posesión que previene el artículo 2.529 del C. C.; se requiere además que esa posesión sea regular, esto es, que vaya acompañada de justo título y de buena fe (art. 764 ibídem).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

En la sucesión de Gregorio Saldarriaga se le adjudicó a su viuda, Ana Francisca Velásquez, una cuota equivalente a $ 454.00, sobre un avalúo de $ 1.000.00, en un inmueble consistente en un solar situado en la fracción de Belén Barrio de La Tarria del Municipio de Medellín, y a Zoila Emilia Saldarriaga, hija del causante, se le adjudicó la cuota restante, de $ 546.00.

Según referencia de autos (que no consiste en la partida de matrimonio), Zoila Emilia se casó con Fidel Restrepo, y dentro de ese estado le compró a su madre la cuota parte que a éste se le había adjudicado en la sucesión de Gregorio.

Del matrimonio en mención nació Francisco Luis Restrepo, a quien su padre le vendió y entregó la totalidad del inmueble adquirido por Zoila, su mujer.

Después, Francisco Luis contrajo matrimonio con Rosa Evelia Maya, y dentro de la sociedad conyugal así formada, edificó una casa sobre parte del expresado lote, la cual dejó comunicada por medio de una puerta, con el resto del solar.

Murió posteriormente Francisco Luis, y la finca toda se le adjudica en cuotas partes a su viuda Rosa Evelia, y a sus hijos Blanca Elena, Luz Amparo, Luz Marina y Gustavo Restrepo Maya, quienes según las referencias del informativo continuaron en posesión del inmueble, hasta cierto día en que Zoila Emilia condenó la puerta de comu-

nicación, le puso trancas y entró en posesión exclusiva de la porción no edificada del predio.

Así las cosas Rosa Evelia Maya, en su propio nombre y en el de sus menores hijos, instauró el presente juicio ordinario ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, contra Zoila Emilia Saldarriaga viuda de Restrepo, para que, con citación y audiencia suya se declare:

"a) Que el lote de terreno que he alindado bajo el numeral tercero (3º) de esta demanda, pertenece en dominio y propiedad a la suscrita y a mis menores hijos Luz Amparo, Blanca Elena, Luz Marina y Gustavo Restrepo Maya; el lote está demarcado por cercos conocidos.

"b) Que en consecuencia, la demandada señora Zoila Emilia Saldarriaga v. de Restrepo está en la obligación de restituírnos dicho lote de terreno con los frutos naturales y civiles que haya podido producir durante el tiempo referido y que lo retenga, es decir desde el mes de enero del año de 1946 hasta el día en que haya entrega del mismo, ya que es poseedora de mala fe.

"c) Que la demandada está en la obligación de pagarme los perjuicios que me ha causado y que me cause con la retención del lote de terreno motivo de la reivindicación;

"d) Que igualmente la demandada está en la obligación de pagarme las costas y gastos de este juicio si afrontare la litis".

Notificada la demanda el 15 de octubre de 1948, la señora Saldarriaga v. de Restrepo contestó oponiéndose a ella, y formulando además las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte actora, prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, extintiva de la acción contra ella promovida y toda otra que pudiere comprobarse en el juicio, y propuso a su vez contra las actoras demanda de reconvención, para que se declare:

"1º Que pertenece a la suscrita Zoila Emilia Saldarriaga v. de Restrepo, en propiedad y dominio, el inmueble que se ha especificado bajo el numeral 4º de los hechos fundamentales de esta demanda, y que linda: "Por el frente, con la carrera de Medellín a Belén; por el oriente, con propiedad de Francisco Restrepo; por el centro, con propiedad de Antonio Restrepo o que fue de él; y por el costado occidental, con propiedad de la suscrita Zoila Emilia Saldarriaga v. de R.";

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, carecen de valor, por falta de causa real y lícita, tanto la escritura Nº seiscientos treinta y dos (632) de veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos veinticinco (1925), pasada en la Notaría 4ª de Medellín, y las hijuelas expedidas en la sucesión del señor Francisco Luis Restrepo S., a favor de la señora Rosa Evelia Maya v. de R., y de sus hijos, Luz Amparo, Blanca Elena, Luz Marina y Gustavo Restrepo Maya, juicio que se protocolizó en la Notaría 2ª de Medellín, con fecha 23 de marzo de 1948, bajo el número 968; y por tanto debe ordenarse la cancelación de los registros de esa escritura y de esas hijuelas;

"3ª En subsidio, y para el caso de no hacerse las declaraciones anteriores, o sólo una de ellas, se declare que por cuanto es parte integrante del terreno a que se refiere la petición formulada bajo el punto 1º de esta parte petitoria, los demandados, que poseen en común o en proindiviso, están obligados a entregarme, dentro del plazo que la sentencia señale, el lote de terreno que se especifica en el hecho 5º de esta demanda, previo el pago de la mejora que en él se construyó y por avalúo que se hará en juicio especial y aparte, esto es, el lote de terreno donde Francisco Luis Restrepo construyó una casa y que linda: "Por el frente o norte, con la carretera de Medellín a Belén; por el costado oriental y por el centro o sur, con propiedad de la suscrita Zoila Emilia Saldarriaga o sea el resto del terreno identificado en el punto 1º de esta parte petitoria y por el costado occidental, con propiedad de la suscrita Zoila Emilia Saldarriaga v. de R.".

"4ª Que los mismos demandados están en la obligación de restituír a la suscrita demandante, o de pagar, dentro del término que el señor Juez señale en la sentencia, los frutos naturales y civiles del lote a que se refiere la declaración anterior, y no solamente los percibidos, sino los que los demandados hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde la contestación de la demanda, hasta la fecha de la restitución; y

"5ª Que los demandados deben pagar las costas y los gastos de este juicio":

Los contrademandados contestaron oponiéndose, y proponiendo además las excepciones de inepta demanda, inexistencia de la obligación, prescripción, ilegitimidad sustantiva de la personería de una y otra parte, y falta de causa jurídica en las acciones deducidas por la contrademandante.

Trabada así la controversia, fue luego desatada por el Juzgado del conocimiento en sentencia de 5 de mayo de 1949, en el sentido de absolver a las dos partes, de los cargos que se formularon recíprocamente: a Zoila Emilia, porque en concepto

del juzgador sus títulos de dominio sobre la parte del terreno cuya restitución se le demandó (la no edificada), son mejores que los exhibidos por los demandantes y, en consecuencia, deben prevalecer; y a los contrademandados (Rosa Evelia Maya y sus hijos), porque la personería sustantiva de su contrademandante es ilegítima, por razón de que el terreno materia de la contrademanda (todo el solar adjudicado a Zoila y a su madre en la sucesión de Gregorio Saldarriaga), pertenece a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de Zoila con Fidel Restrepo, y disuelta por la muerte de este último, por cuyo motivo la cónyuge sobreviviente no podía demandar para sí, sino para la sociedad.

Ambas partes apelaron de este fallo para ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual en providencia que lleva fecha de 14 de marzo de 1950, desató el recurso en los siguientes términos:

"Declárase que el inmueble de que habla el hecho segundo de la demanda principal, consistente en un lote de terreno, con mejoras y anexidades situado en el barrio "Tenche" de la fracción de Belén, especificado en la escritura 632 de 25 de marzo de 1925, de la Notaría Cuarta de Medellín y cuyos linderos son: "Por el oeste, con finca de Zoila Emilia Saldarriaga de R., por el centro o sur, con predio de Antonio Restrepo, por el oriente, con propiedades de Francisco Restrepo, y por el norte o frente, con la carretera de Medellín a Belén", pertenece así:

"A la demandante Rosa Evelia Maya v. de Restrepo y sus menores hijos Luz Amparo, Blanca Elena, Luz Marina y Gustavo Restrepo Maya, la parte sobre la cual está edificada la casa de habitación de que habla este juicio, casa que ocupa una área de ocho metros de frente, por once metros y ochenta y cinco centímetros, de centro.

"La parte no edificada del perímetro total pertenece en proindivisión a la señora Rosa Evelia Maya v. de Restrepo y a sus hijos citados, de una parte, y de la otra parte a la señora Zoila Emilia Saldarriaga v. de R., en la proporción de cuatrocientos cincuenta y cuatro (454) milésimas para los primeros, y las quinientas cuarenta y seis milésimas restantes para la segunda.

"No se hacen las demás solicitudes tanto de la demanda principal como de la reconventiva.

"En esta forma quedan acogidas en parte y en parte desechadas las súplicas de ambos libelos demandatorios.

"Queda así reemplazado el fallo de la primera instancia".

Para llegar a estas conclusiones tuvo en cuenta el Tribunal, como razones fundamentales las siguientes:

El predio total materia del litigio se lo vendió Fidel Restrepo a Francisco Restrepo por medio de la escritura Nº 632 de 25 de marzo de 1925 de la Notaría 4ª de Medellín, declarando el primero haberlo adquirido mediante la escritura Nº 2.602 de 3 de noviembre de 1922 de la Notaría 3ª, o sea, la misma por la cual Ana Francisca Velásquez de Saldarriaga había transferido a su hija Zoila Emilia, ya casada, la cuota de 454 milésimos, que se le adjudicó en la sucesión de su marido; y fue luego adjudicado dentro de la sucesión del comprador, a su viuda Rosa Evelia y a sus hijos.

En inspección ocular practicada por el Juzgado, se identificó el inmueble, que consiste en un lote de 30 metros de frente por 46 de fondo, con casa de habitación (marcada con el Nº 65-19), construída sobre un área de 8 metros de frente por 11.85 de fondo, y un solar anexo que forma precisamente el objeto de la reivindicación demandada por la señora Maya v. de Restrepo, en nombre propio y de sus hijos.

Con prueba testimonial se acreditó que Francisco Luis estuvo poseyendo todo el inmueble desde que lo adquirió de su padre y hasta la fecha de su muerte; y que fue poco después de ésta, enero de 1946, cuando al entregarlo su viuda en arrendamiento, la demandada Zoila Emilia hubo de condenar la puerta que comunicaba la casa con el resto del solar y posesionarse de este último.

"Conforme al anterior régimen patrimonial en el matrimonio, que dejó de subsistir a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, dice el Tribunal, el marido era jefe de la sociedad conyugal, y dueño, respecto de terceros, de los bienes sociales (artículos 1805 y 1806 del C. C.). Pero ni el marido ni la mujer, ni ambos en conjunto podían enajenar ni hipotecar los bienes raíces de ésta, sino con voluntad de la misma y previo decreto judicial (artículos 189 y 1810 del C. C.)".

"Se dice que el señor Fidel Restrepo Uribe era esposo de la demandada Zoila Emilia Saldarriaga. El citado Fidel Restrepo vendió, como se dijo, a Francisco Luis Restrepo el inmueble de que habla la escritura 632 de 1925, citada. Pero el caso es que el vendedor aparece obrando en su propio nombre y no como representante legal de ninguna otra persona, y además, declara que el inmueble que vende lo adquirió él y es de su propiedad. Por consiguiente, si tal bien pertenecía a la sociedad conyugal que se dice tenía formada el se-

ñor Fidel Restrepo con la señora Saldarriaga, tal venta se hizo por quien podía disponer de ese bien social, conforme al artículo 1806 citado. Pero si el inmueble constante en la citada escritura 632 no era social ni pertenecía al vendedor, Fidel Restrepo, ello quiere decir que éste vendió cosa ajena"

En seguida la sentencia refiere cómo Zoila Emilia adquirió 546 milésimos del predio, por herencia en la sucesión de su padre, y los otros 454, por compra hecha a su madre en el año de 1922, cuando ya aquélla estaba casada con Fidel Restrepo. Por lo cual —dice el sentenciador— sólo esta última parte del inmueble podía ser enajenada por el marido como cosa propia, ya que la otra pertenecía por modo exclusivo a su esposa, sin que por lo tanto, pudiera el comprador adquirir válidamente sobre ella un derecho de que carecía su tradente, conforme a lo establecido por el artículo 1871 del C. C.

Pero como —en concepto del Tribunal— la demandante Maya, con buena fe y con justo título, ha venido poseyendo el terreno sobre el cual está edificada la casa, de modo continuo y no interrumpido, por tiempo suficiente para adquirirla por prescripción ordinaria (artículo 2529 ibídem), forzosamente debe reconocerse su mejor derecho, y desecharse en consecuencia la demanda de reconvención en cuanto se refiere a esa porción edificada del inmueble.

Respecto del lote no edificado, estima la sentencia, ambas partes presentaron testigos de haberlo poseído: la actora principal, desde que en 1922 su marido Francisco Luis adquirió el inmueble de su padre Fidel, hasta 1946 en que la demandada "le arrebató la posesión"; y Zoila Emilia, desde que, junto con su madre, Ana Francisca, lo recibieron por adjudicación en el sucesorio de Gregorio Saldarriaga. Por lo tanto, la extensión del derecho de cada parte debe concretarse al que resulta de sus correspondientes títulos, en la proporción de $ 454.00 para los demandantes principales, Rosa Evelia y sus hijos, y $ 546.00 para la demandada Saldarriaga.

Contra este fallo recurrieron en casación las dos partes en el juicio. Por lo tanto, procede considerar en primer término el recurso propuesto por la demandada, pues que como lo tiene suficientemente explicado la Corte, en el caso de hallarse fundado alguno de los cargos hechos por aquélla, corresponde entonces considerar los opuestos por la demandante, en el fallo de instancia con que debe ser reemplazado el del Tribunal.

La demandada principal y actora en reconvención acusa el fallo pronunciado por el Tribunal de Medellín en este juicio, por violación de leyes sustantivas, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas (causal primera del artículo 520 del C. J.), y también, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (causal segunda)

La Sala comienza por considerar este segundo cargo, que el recurrente funda, en las siguientes razones:

"En la primera parte de su sentencia el Tribunal reconoce el dominio de los demandantes sobre el lote ocupado por la casa por prescripción, con lo cual ha hecho declaraciones que no le fueron solicitadas".

"Basta leer cada uno de los hechos fundamentales de la demanda y las disposiciones citadas por los demandantes para constatar que no se persigue una declaración de dominio, como consecuencia del lapso de tiempo, de acuerdo con los artículos 2.512, 2.518, 2.521 y 2.529 del C. C.....".

"Se persigue la reivindicación del inmueble, cuya posesión no tienen los demandantes y una declaratoria de dominio sobre lo que ellos mismos poseen, como consecuencia de la escritura número 632 de 25 de marzo de 1925 de la Notaría 4ª de Medellín y de las hijuelas en la sucesión del comprador en esta escritura".

"De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 120 de 1928, todo el que tenga a su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, pero no puede hacer la declaración de pertenencia por prescripción, cuando se ha solicitado esa declaración por tradición"

"Cierto, al contestar la demanda de reconvención, los demandantes propusieron la excepción de prescripción. Aunque nunca alegaron o argumentaron para respaldarla, fue propuesta como una defensa contra las pretensiones de mi poderdante"

"De existir realmente, el Tribunal debió negar las peticiones de mi poderdante declarando probada la excepción de prescripción. Pero el Tribunal no decretó la existencia de esa excepción, sino que hizo una declaratoria de dominio. Basta leer la sentencia para ver cómo el Tribunal no afirma que ha prescrito el derecho de mi poderdante. Si el Tribunal hubiera analizado la excepción de prescripción y la hubiera encontrado fundada, en-

tonces habría dicho que se declaraba probada la excepción propuesta por los contrademandados.

"El Tribunal convirtió la excepción en (sic) la contestación de la demanda de reconvención en acción de pertenencia. La defensa la convirtió en título y por eso la sentencia es incongruente con las pretensiones de las partes".

Se observa:

El recurrente yerra en la interpretación de la demanda, al decir que en ésta "se persigue la reivindicación del inmueble cuya posesión no tienen los demandantes y **una declaración de dominio sobre lo que ellos mismos poseen** (se subraya), por cuanto esta última declaración no fue solicitada en el libelo. Si lo hubiera sido, la sentencia no tendría el vicio de incongruencia o inconsonancia de que se le acusa; pues que al declarar, como lo hace la parte resolutiva del fallo (única que puede tenerse en cuenta cuando se le acusa por la causal segunda), que a los demandantes pertenece "la parte sobre la cual está edificada la casa..." no habría hecho otra cosa que sentenciar en concordancia con lo pedido por la parte actora. Mas, como se deja anotado, esa petición no fue hecha, según se deduce con toda claridad de la transcripción de la cláusula correspondiente de la demanda, que dice:

"a) Que el lote de terreno que he alindado bajo el número tercero (3º) de esta demanda, pertenece en dominio y propiedad a la suscrita y a mis menores hijos, Luz Amparo, Blanca Elena, Luz Marina y Gustavo Restrepo Maya"; el lote está demarcado por cercos conocidos, que el numeral 3º citado, concreta así: "Por el costado que dá al norte, con la carretera que conduce de Medellín a Belén; por el oriente, con propiedad de Francisco Restrepo; por el sur, con propiedades de Francisco Restrepo y Fidel Pulgarín, antes de Antonio Restrepo; y por el occidente, en parte con propiedad de Zoila Saldarriaga, y en parte, **con la casa que perteneció a la sociedad conyugal que formé con mi esposo y que se nos adjudicó en la sucesión del mismo".** (Se subraya).

Este error sin embargo, no purga del vicio de incongruencia o inconsonancia al fallo acusado, ni le resta eficacia al cargo; pues que, según los fundamentos precisos en que se le apoya, éste consiste exactamente en el hecho de haber convertido el Tribunal en acción de pertenencia, lo que sólo fue invocado por los contrademandados como medio exceptivo o de defensa contra la acción reivindicatoria propuesta en reconvención. Y como según los términos explícitos de la demanda principal, el objeto de la controversia estaba limitado al dominio de la parte no edificada del inmueble, es claro que al resolver la sentencia sobre el de la otra parte o sea, la ocupada por la casa, por el mismo hecho cambió el objeto del pleito haciéndolo por tanto incongruente con las pretensiones aducidas en la demanda.

Así, pues, y debiendo prosperar este cargo, no procede la consideración de los restantes sino dentro del fallo de instancia con que debe reemplazarse el del Tribunal; no sólo por lo dispuesto por el artículo 538 del C. J., sino porque dados los términos como las partes plantearon sus pretensiones, la declaración con que se decidió sobre el dominio de la parte no edificada, propuesta en la contrademanda, resulta en el fondo subordinada a la de pertenencia que se debe casar, por cuanto sólo a través de esta última podía el sentenciador limitar el derecho de las partes como lo hizo, a la zona o lote no edificado. Son dos miembros de la parte resolutiva del fallo que se relacionan y complementan en forma que, anulado el primero, no puede subsistir el segundo.

Para dictar el fallo de instancia que debe reemplazar el recurrido, considera:

Se trata del terreno adjudicado a Ana Francisca Velásquez de Saldarriaga y a su hija, Zoila Emilia, en la sucesión de Gregorio Saldarriaga, y que lo constituye un solar situado en el Municipio de Medellín que mide 30 metros de frente por 46 de fondo, avaluado en $ 1.000.00, de los cuales se le adjudicaron a Ana Francisca $ 454.00 y los $ 546 restantes a Zoila.

Casada esta última con Fidel Restrepo, le compró a su madre la cuota parte que le correspondió por medio de la escritura Nº 2.602 de 3 de noviembre de 1922, aclarada por la Nº 3.516 de 1946, ambas de Medellín, formándose así una comunidad entre Zoila Emilia y la sociedad conyugal, resultante de su matrimonio con Fidel Restrepo (C. Civil artículos 1.781, ordinal 5° y 1.782).

De esta suerte, la cuota adquirida por Zoila Emilia de su madre Ana Francisca, por haberlo sido dentro del matrimonio y a título oneroso, entró a formar parte del haber de la sociedad conyugal, y su marido pudo disponer de ella como si se tratara de un bien de su propiedad (ibidem artículo 1.806); en consecuencia, la venta que le hizo a su hijo Francisco Luis, por medio de la escritura Nº 632 de 25 de marzo de 1925, de la Notaría 4ª de Medellín, pudo, en derecho, transmitirle la propiedad de dicha parte. Pero la cuota de 546 milésimos que Zoila Emilia recibió a título

gratuito en la sucesión de su padre, era un bien propio suyo, y el marido no podía por lo tanto transmitir válidamente el dominio de esa parte, a otras personas (art. 1.788 del C. C.).

Por consiguiente, al venderle Fidel Restrepo a su hijo la totalidad del inmueble, incluyó en la venta un derecho ajeno, perteneciente de modo exclusivo a su mujer, con el consiguiente efecto jurídico expresamente señalado en el artículo 1871 del C. C., o sea, sin que con ello pudiera perjudicar a Zoila Emilia en el expresado derecho, salvo el caso de extinción por el transcurso del tiempo, previsto en aquel precepto. De donde resulta, que la comunidad formada a virtud de las adjudicaciones hechas dentro del sucesorio de Gregorio Saldarriaga, sobre el predio en litigio, siguió subsistiendo cuando Zoila Emilia, casada con Fidel Restrepo, le compró la parte a su madre; y se mantuvo, igualmente, cuando Fidel le hizo venta del solar a su hijo Francisco Luis, y cuando muerto éste, les fue adjudicada la totalidad del inmueble a su viuda Rosa Evelia y a sus hijos. Sólo la prescripción extintiva del derecho de Zoila (546 milésimos), podía hacérselo perder en beneficio de aquéllos.

En consecuencia, todo el problema planteado en este juicio, lo mismo respecto de las acciones ejercitadas en la demanda y en la contrademanda, que en lo concerniente a las excepciones que recíprocamente se opusieron las partes, se reduce en definitiva a establecer, si dada la venta que Fidel Restrepo Uribe le hizo a su hijo Francisco Luis de derechos que no pertenecían a él ni a la sociedad sino exclusivamente a su esposa, los causahabientes del comprador pudieran o no adquirirlos por el modo de la prescripción ordinaria.

En concepto del Tribunal sentenciador, dicho fenómeno se consumó respecto de la parte del inmueble ocupado con la edificación, por haberla poseído los contrademandados durante un lapso mayor de diez años, contados desde el día 27 de marzo de 1925 en que se registró la mencionada escritura.

Resulta sin embargo, que para la prescripción ordinaria, no basta el simple lapso de diez años de posesión que previene el artículo 2529 del C. C.; se requiere además, que esa posesión sea regular, esto es, que vaya acompañada de justo título y de buena fe (art. 764 ibidem); esa doble modalidad no resulta satisfactoriamente cumplida en el caso de que se trata. En efecto:

De acuerdo con el artículo 766 del C. C. "No es justo título: "3º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido.....". Y precisamente la venta hecha por Fidel Restrepo a su hijo Francisco Luis, en lo que corresponde a los 546 milésimos que Zoila Emilia recibió como herencia paterna, y de los que, por lo mismo, era ella única y verdadera dueña, no sólo requería para su validez de la personal intervención suya, sino de la previa licencia judicial prevenida para entonces por el Art. 1810 del C. C., que en tal enajenación no fue satisfecha.

Tampoco es presumible la buena fe en el comprador, Francisco Luis, porque ni él ni su causante podían ignorar que al enajenarse la totalidad del predio, se incluía la porción perteneciente de modo exclusivo a Zoila Emilia, esposa del vendedor y madre del comprador, según resultaba de los propios títulos; y si lo ignoró por considerar que su padre podía disponer de los bienes inmuebles de la esposa, sin licencia judicial, ello implicaba en el comprador un error de derecho, que no sólo excluye la buena fe, sino que constituye presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (art. 768 del C. C.).

Esta misma razón implica, por qué no ha podido consumarse la prescripción que como medio exceptivo invocaron los autores principales contra la demanda de reconvención, agregando a la suya la posesión de su causante Francisco Luis; porque si la posesión anterior sólo puede sumarse a la propia, con sus calidades y vicios, (art. 778 ibid.), es claro que no siendo apta la primera para fundar prescripción ordinaria en favor de quien la ejerció, tampoco puede serlo para agregarla a la de sus causahabientes.

En resumen: No se ha extinguido por prescripción el derecho equivalente a 546 milésimos, que la demandada, Zoila Emilia, tiene en el solar objeto del pleito; como tampoco el que válidamente adquirieron los demandantes. Pues aun cuando, la eficacia de esta última implica la existencia de la sociedad conyugal a virtud de la cual Francisco Luis Restrepo estaba habilitado para disponer de un bien adquirido por su esposa a título oneroso, y no se demostró el hecho del matrimonio por los medios específicos que la ley exige, es lo cierto que, conforme a jurisprudencia constante de la Corte, cuando el objeto de la controversia no es, como en el presente caso, la existencia de un determinado estado civil sobre que deba pronunciarse el sentenciador, tampoco es necesaria la presentación de esa prueba específica, máxime cuando

las partes han aceptado el hecho a través del debate suscitado entre ellas.

De esta suerte, con el reconocimiento y declaración del derecho de dominio que a cada una de las partes se les hace, en cuotas de 546 y 454 milésimos sobre el predio común, materia de la litis, resultan improcedentes las otras declaraciones pedidas tanto en la demanda principal como en la de reconvención, y virtualmente desechadas las distintas excepciones que las partes se opusieron.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha catorce (14) de marzo de mil novecientos cincuenta (1950), REVOCA la de primera instancia, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín con fecha cinco (5) de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) y en su lugar se **resuelve:**

Primero.—Los demandantes, Rosa Evelia Maya v. de Restrepo y sus hijos, Luz Marina, Luz Amparo, Blanca Elena y Gustavo Restrepo Maya, son dueños de una cuota de cuatrocientos cincuenta y cuatro (454) milésimos del solar materia del presente juicio, situado en el Barrio de La Tarria o Tencha, fracción de Belén del Municipio de Medellín, comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el occidente, finca de Zoila Emilia Saldarriaga de Restrepo; por el centro o sur, predio de Antonio Restrepo; por el oriente, propiedad de Francisco Restrepo; y por el norte, la carretera que de Medellín conduce a Belén. Inmueble éste que tiene treinta metros de frente por cuarenta y seis metros de fondo".

Segundo.—La demandada Zoila Emilia Saldarriaga v. de Restrepo, es dueña de la cuota restante de quinientos cuarenta y seis milésimos (546) sobre el predio.

Tercero.—No es el caso de hacer las declaraciones restantes de que tratan tanto la demanda principal como la de reconvención, por lo cual se absuelve a las partes de los cargos que recíprocamente se formularon al respecto.

Cuarto.—Quedan a salvo los derechos de las partes en cuanto a las mejoras que una u otra hayan puesto sobre el solar que se deja alindado, para cuando se haga la correspondiente división.

Quinto.—Decláranse no probadas las excepciones perentorias alegadas por una y otra parte, tal como se deja expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sexta.—No se hace condenación en costas.

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

Luis Enrique Cuervo.— Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO ES INDIVISIBLE LA CONFESION DEL DEMANDADO

La confesión del demandado tiene todas las características de una confesión indivisible, porque no puede separarse el hecho principal del recibo del dinero con el cumplimiento de la comisión que le fue encomendada; él no se ha declarado deudor del demandante; en forma muy nítida ha sostenido, a lo largo de este proceso, que el dinero lo recibió, pero que cumplió exactamente el mandato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

Octavio Gómez Villegas, ante el Juez promiscuo del Circuito de Pácora y por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, demandó al señor Bela Matías para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que el señor Bela Matías, de las condiciones civiles dichas, está en la obligación legal de proceder a pagar a mi mandante señor Octavio Gómez Villegas, dentro del término que se le señale en la sentencia la suma de diez mil pesos moneda legal ($ 10.000.00) de la procedencia indicada en la parte motiva de esta demanda.

"**Segunda.**—Que así mismo se declare que está en la obligación legal de proceder a pagar los intereses legales de la indicada cantidad de dinero desde el momento en que cobró el cheque antes mencionado (22 de noviembre de 1946) hasta que se verifique el pago

"**Tercera.**—Que así mismo debe pagar lo que en en el curso del juicio se le compruebe que adeuda.

"**Cuarta.**—Que si contradice esta demanda está en el deber de pagar a mi mandante el valor de las costas de la presentación, ya que el proceder es temerario en todas sus partes".

Los hechos fundamentales de la demanda son los siguientes:

"... ... ...

"2º—El señor Bela Matías, mayor de edad y vecino de Pácora procedía a llevar encomiendas de dinero a diversos ciudadanos vecinos de esa ciudad, por cuenta de mi poderdante Gómez Villegas.

"3º—El día 22 (veintidós) de noviembre de 1946 el indicado señor Bela Matías, cobró en el Banco de Colombia (Sucursal de Aguadas) el cheque Nº 070 doble w-1-9917, por valor de once mil trescientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta centavos moneda legal ($ 11.384.50), girado por mi representado señor Gómez a favor del nombrado señor Bela Matías.

"4º—El señor Bela Matías recibió la indicada cantidad de dinero, para que con ella le hiciera entrega de la cantidad de Un mil trescientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta centavos moneda legal ($ 1.384.50) al señor Benigno Flórez, y el resto o sea la suma de Diez Mil pesos moneda legal ($ 10.000.00) debería ser entregada por el mismo señor Bela Matías, y por cuenta de mi mandante Gómez, al señor Roberto Jaramillo, vecino de Pácora

"5º—El nombrado señor Bela Matías no hizo entrega de la cantidad de Diez mil pesos moneda legal ($ 10.000.00) al señor Roberto Jaramillo, conforme era su deber una vez cobrado el cheque en el Banco de Colombia, Sucursal de Aguadas, y a que se ha hecho alusión, y hasta la fecha no ha procedido a reintegrar tal suma de dinero a mi mandante señor Gómez, expresando que no recuerda si entregó la cantidad de dinero, y sin que, por otra parte, haya exhibido recibo que acredita la entrega.

"6º—Del pliego de posiciones que absolvió extra-juicio el señor Bela Matías, a petición de mi mandante ante el Juzgado a su cargo, éste ha confesado lo siguiente:

a).—Que es verdad que el día 22 de noviembre de 1946 cobró en el Banco de Colombia Sucursal de Aguadas el cheque número 070 W-1-9917 por valor de Once mil trescientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta centavos moneda legal ($ 11.384.50) girado a favor de Bela Matías por el señor Octavio Gómez; b). Que es verdad que de la suma que cobró, entregó al señor Benigno Flórez la cantidad de Un mil trescientos ochenta y cuatro pesos cincuenta centavos moneda legal ($ 1.384.50); c). Que es verdad que él, Bela Matías, no tenía

ningún negocio pendiente con mi representado Octavio Gómez Villegas, para lo cual se girara en favor de aquél el cheque mencionado; d). Que es cierto que el señor Roberto Jaramillo de Pácora lo comisionaba para recibirle dinero al señor Octavio Gómez Villegas y que debían ser entregados a Jaramillo en Pácora, ya que los recibía en Aguadas; y e). Que no recuerda a qué persona entregaría la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) parte del cheque que cobró en la Sucursal del Banco de Colombia en Aguadas en la fecha antes dicha y que iba destinada al señor Roberto Jaramillo.

"7°—Le ha sido imposible a mi mandante el obtener que por parte del señor Bela Matías se proceda a reintegrarle la suma de diez mil pesos moneda legal ($ 10.000.00) que recibió en un cheque cobrado por él (Bela Matías) y para entregar al señor Roberto Jaramillo de Pácora, no obstante las reiteradas reconvenciones que se le han hecho para tal efecto, por lo cual en nombre y representación del señor Octavio Gómez Villegas, me veo en el caso de recurrir a ese despacho en demanda de sus derechos"

El apoderado del demandado contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones pedidas, proponiendo las excepciones de petición antes de tiempo y de inexistencia de la obligación demandada y contestando los hechos así:

"2º—Mi representado ha sido ciudadano de reconocida honorabilidad y así se comprobará en el curso del juicio. El señor Octavio Gómez V., sabedor de la solvencia moral que caracteriza a mi representado, confió a éste, por muchas ocasiones, la comisión de traerle dineros, desde Aguadas, para ser entregados a varios ciudadanos de este Municipio. Esos dineros, como se comprobará, se invertían por los destinatarios de los dineros en compras de café y eran remitidos por Gómez V., a petición de los mismos, quienes esperaban los dineros remitidos para inversiones inmediatas.

"El 3º Es verdad que mi cliente cobró en el Banco de Colombia, sucursal de Aguadas, el cheque a que hace referencia el hecho que se contesta, pero advierto lo siguiente: cada vez que don Bela Matías recibía dineros para traer de Aguadas a Pácora, en la Oficina del señor Octavio Gómez V., firmaba un recibo por triplicado en el cual se decía siempre el nombre del destinatario.

"El 4º Las cantidades de dinero que don Octavio Gómez V., remitía de Aguadas, para Pácora, con mi representado, eran esperadas por sus destinatarios para inversiones inmediatas en compras de café. No una, sino muchas veces, mi representado tuvo a bien prestarle sus servicios al señor Gómez Villegas en esa clase de comisiones. El nombre del destinatario del dinero quedaba expresado en el recibo que se exigía a mi cliente, y es de extrañar que pasado más de un año se quiera obligar a éste para que recuerde para quiénes venía destinado el dinero o suma que refiere el cheque que cobró, máxime si se tiene en cuenta que nunca exigió comprobantes de sus entregas. El señor Gómez Villegas tenía en esta ciudad como agentes, a los señores Roberto Jaramillo, Alfonso y Jesús Gutiérrez y José Ramírez, y para todos trajo dineros mi poderdante.

"El 5º Es una afirmación que va en detrimento de la pulcritud moral y caballerosa de mi representado, afirmación que traerá consecuencias a quien la hace por los perjuicios de orden moral que pueda sufrir el aludido.

"El 6º Es cierto que mi poderdante absolvió pliego de posiciones, extrajuicio, formulado por el señor Octavio Gómez Villegas. De lo confesado por él en la referida diligencia no se retracta, pues hombre afirmativo, enseñado a decir siempre la verdad.

"El 7º No es a mi representado a quien el señor Octavio Gómez V., deba cobrar la suma de diez mil pesos, sino a sus distintos agentes para quienes recibió el señor Bela Matías".

En memorial separado presentó demanda de reconvención contra el demandante para que en la misma sentencia que pusiera fin a la acción principal se condenara al demandante a pagar al señor Bela Matías a título de indemnización de perjuicios la cantidad de diez mil pesos, perjuicios que los hizo consistir en las molestias y gastos del pleito y en lo que su reputación pudiera sufrir por razón del mismo.

En el término probatorio ambas partes hicieron uso del derecho de pedir y hacer practicar pruebas, y al efecto se pidieron recíprocamente las dos partes litigantes, posiciones, las que absolvieron en oportunidad debida. Además, se recibieron declaraciones de testigos, con las que se quiso demostrar de un lado la honorabilidad del demandado y su buena reputación y de otro, la entrega del dinero que Gómez Villegas hizo a Bela Matías.

El Juez de primera instancia le puso fin a ésta en sentencia de 11 de junio de 1949, absolviendo al demandado de los cargos de la demanda principal y al demandante de los de la de reconvención, sin hacer condenación en costas. Apelado el fallo subió al Tribunal Superior de Manizales donde se tramitó el recurso en forma legal y que terminó

con la sentencia de 31 de mayo de 1950 que confirma en todas sus partes la del Juez de Pácora.

El señor Bela Matías consintió la sentencia de primera instancia, conformándose con la negativa o la absolución del demandado Gómez Villegas en lo que hace a la demanda de reconvención. Contra la sentencia de segunda instancia, se alzó ante la Corte el demandante Gómez Villegas, y como el recurso está tramitado en orden, se procede a resolverlo mediante las consideraciones que se hacen a continuación.

El recurrente acusa la sentencia de que es violatoria de ley sustantiva, por la falta de apreciación o apreciación errónea de determinadas pruebas; es decir, invoca la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

En efecto. En la demanda de casación se lee: "A).—Respecto de la acción, el Tribunal afirmó que el demandante tenía que probar el incumplimiento de su comisión por Matías, o sea que no había entregado el dinero a Jaramillo, y que las repetidas confesiones de Matías sobre el recibo del dinero, mediante cheque de Gómez, para entregarlo a dos personas en Pácora, no demostraba la no entrega (C. 5 f. 21 v.); también dijo que el actor ha debido comprobar que cuando entregaba el dinero a Bela firmaba éste recibos y cuando le entregaba cheques, sólo hacía la anotación del destinatario en el talonario, pero que esa prueba faltó por parte del actor de manera absoluta (C. f. 22); y finalmente observó que la explicación de Gómez sobre la falta de recibo en su poder por el valor del cheque que le giró a Matías el 22 de noviembre de 1946, a su parecer carece de lógica y no está probada, siendo de creerse más bien al demandado, sobre este punto de los recibos, porque si los talonarios o la constancia del Banco eran suficiente comprobante de que el dinero girado por cheque se destinaba a persona distinta del beneficiario, con qué objeto el señor Antonio Patiño recomendado por Gómez pidió a Matías en noviembre de 1947, que firmara un recibo por el valor del cheque del año anterior?; y por qué un comerciante descuidado no podría probar con las constancias de los talonarios que el dinero entregado por cheque no era para el beneficiario sino para otra persona (C. 5 f. 23)".

"... ... ...

"En efecto, el Tribunal dejó de apreciar además de esta declaración, la confesión hecha por Matías el 30 de septiembre de 1949 ante el Juez del Circuito de Pácora, comisionado por el Tribunal en la absolución de posiciones, de cuya acta que está a folio 10 del Cuaderno número 5 se toma lo siguiente:

"Acto seguido se abrió el pliego que contiene las posiciones y se hizo al señor Matías la primera pregunta que dice: "Sí es cierto o nó que usted, entre el 25 de junio de 1946 y el 22 de marzo de 1947, recibió del señor Octavio Gómez Villegas, de Aguadas, cantidades de dinero para entregarlas al señor Roberto Jaramillo J., en Pácora? "Contestó: "Es cierto". Leída se aprobó.

A la segunda que dice: "Sí es cierto o no que entre las cantidades de dinero que usted recibió del señor Gómez Villegas, con el destino indicado en la pregunta anterior, está la que consta en el cheque Nº 070 W-1-9917, de 22 de noviembre de 1946, girado a su favor por dicho señor Gómez Villegas, en contra del Banco de Colombia, sucursal de Aguadas, por la cantidad de $ 11.384.50?". Contestó: "Es cierto". Leída se aprobó.....

A la Cuarta que dice: "Sí es cierto o nó que los $ 11.384.50, de que tratan las preguntas segunda y tercera, los recibió usted con el encargo de parte del señor Gómez Villegas, de entregarlos en la ciudad de Pácora, así: al señor Roberto Jaramillo J., $ 10,000.00 y al Sr. Benigno Flórez $ 1.384.50?". Contestó: "Es cierto en parte, y explico: los $ 1.-384.50 se los entregué al señor Benigno Flórez".

"Sigue la alegación de la amnesia, y la referencia a un recibo inexistente, las que el demandado aduce cuando se le pregunta sobre el cumplimiento de su cargo, pero que no oscurecen la completa claridad de sus respuestas a las preguntas sobre el encargo mismo, que anteriormente había recibido, porque si admite que entre dos fechas recibió de Gómez, en Aguadas, cantidades de dinero para entregarlas a Jaramillo en Pácora, que entre esas cantidades está la del cheque del 22 de noviembre de 1946, que del valor de este cheque entregó una parte a Flórez, manifiesto y expreso resulta y consta de esta acta que el demandado ha confesado que los diez mil pesos restantes de ese cheque los había recibido para entregarlos a Jaramillo".

"La falta de apreciación de esta confesión y de la declaración de Patiño constituye un error evidente de hecho que condujo al Tribunal a exigir al actor la prueba de circunstancias que no eran necesarias para el reconocimiento de su derecho, cuando a él le bastaba para triunfar la prueba de que el demandado había recibido para entregar y la negación de que éste le hubiera presentado el recibo del destinatario o le hubiera reintegrado el dinero".

... ...

"D).—Dice la sentencia que la prueba de que Matías recibió la suma no demuestra su incumplimiento, la no entrega y eso es claro; pero la razón que da en un párrafo que es una verdadera tautología, es falsa porque puesta en claro la argumentación, se reduce a sostener que si Bela Matías hubiera negado el recibo del dinero, Gómez no tendría que acreditar sino que lo recibió porque este hecho y la no entrega a Jaramillo configurarían uno solo en el conjunto de la responsabilidad jurídica, pero como Bela confesó el recibo, Gómez tiene que comprobar la no entrega a Jaramillo ya que aquel hecho no guarda estrecha y obligada vinculación con la no entrega. (C. 5 f. 21 v.). Flagrante contradicción e inconsecuencia, porque la relación entre dos hechos no depende de que se confiese o se niegue uno de ellos, ni la carga de la prueba depende de que el demandado acepte o niegue un hecho fundamental. El argumento, en su oscuridad, guarda una razón que el Tribunal no se atrevió a sostener claramente, o sea que la confesión de Matías es indivisible, en lo que hay un error de derecho y otro de hecho porque si el artículo 609 del C. J., dice que "la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho", también añade: "pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tienen obligación de probar". Y es evidente que si Matías admite que recibió en Aguadas tal suma para entregar en Pácora, que entregó parte a Flórez y que no recuerda si entregó el resto a Jaramillo, pero que si era para éste, se lo entregó, hay que admitir dos cosas: 1ª que el hecho de la entrega en Pácora es distinto del hecho del recibo en Aguadas y no guarda con éste íntima relación; 2ª que el demandado hace confesión del cargo de donde nace su obligación, y alega un hecho que es una verdadera excepción, la de cumplimiento o pago, calificada como tal por el artículo 1625 del C. C. Entre el recibo del dinero y su entrega no hay más relación que la que puede existir entre la deuda y el modo de su extinción; son los dos hechos separables y separados por todos sus elementos constitutivos y circunstanciales; la entrega en Pácora a dos personas en circunstancias de modo, tiempo, lugar, cantidad, etc., no es elemento concurrente al recibo y cobro de un cheque en Aguadas. Ahora se ve más clara la enormidad del Tribunal al exigir al demandante que probara que no era cierta la excepción de cumplimiento o pago alegada por el reo en su confesión".

El abogado recurrente al transcribir la respuesta dada a la pregunta cuarta de las posiciones absueltas por Bela Matías el 30 de septiembre de 1949 ante el Juez Promiscuo del Circuito de Pácora, dejó de copiar la parte más importante dada a esa respuesta. En efecto, la pregunta cuarta dice: "Si es cierto o no que los $ 11.384.50 de que tratan las preguntas segunda y tercera, los recibió usted con encargo de parte del señor Gómez Villegas, de entregarlos en la ciudad de Pácora, así: al señor Roberto Jaramillo $ 10.000.00 y al señor Benigno Flórez $ 1.384.50". Contestó: "Es cierto en parte, y explico: los mil trescientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta centavos, se los entregué al señor Benigno Flórez. El resto, o sean los diez mil pesos, no recuerdo a quién se los entregaría, pero en todo caso los entregué a la persona a quien venían destinados, según el recibo que firmé en el momento de recibir el valor indicado. Yo traía de Aguadas con mucha frecuencia, dineros de Aguadas (sic) para distintas personas de esta población. Por este motivo y por el largo tiempo que hace sucedieron los hechos me es imposible recordar a quién entregué los diez mil pesos referidos".

Según los expositores se trata de una confesión indivisible, porque no pueden separarse los hechos a que ella se refiere en perjuicio del confesante, en el sentido de tenerla como plena prueba en la parte favorable y negarla en lo desfavorable.

En las tres oportunidades en que el demandado Matías absolvió posiciones confesó lisa y llanamente el recibo del dinero a que se refiere el cheque Nº 070 -W-1-99-17 de 22 de noviembre de 1946, contra la Sucursal del Banco de Colombia en Aguadas. Pero en las mismas ocasiones ha declarado que cumplió exactamente los términos del mandato, porque el dinero lo entregó a sus respectivos destinatarios. Y agrega, que siempre que recibía encomiendas del señor Gómez Villegas para llevar de Aguadas a Pácora, otorgó recibos expresando en ellos los nombres de los destinatarios. De las declaraciones recibidas resulta demostrado que el señor Gómez Villegas, ya como agente de la Federación Nacional de Cafeteros, ya en su propio nombre, compraba café, pieles, cebo, etc.; mejor dicho, comerciaba en estas mercancías en distintas plazas; pero como su residencia era en Aguadas, tenía en Pácora sus agentes a quienes les hacía remesas de dinero para que le compra-

ran los artículos de su comercio. Estas remesas las hacía siempre por petición de sus respectivos agentes, petición que le formulaban por teléfono o por otros medios rápidos de comunicación. Siendo esto así, es de suponer que las inversiones correspondientes eran inmediatas; si el señor Jaramillo, le pidió los diez mil pesos para comprar café, debe suponerse que en breve término, cuatro, seis u ocho días, máximun, se comunicaran recíprocamente: el uno avisándole la remisión del dinero y el otro acusando su recibo. Tratándose de una suma importante, como es la de diez mil pesos, no es posible pensar, que sólo después de un año, viniera a saber el señor Gómez Villegas que la remesa hecha con Bela Matías el 22 de noviembre de 1946, no se cumplió. Esto indica, un descuido en el manejo de sus intereses, descuido de que le acusan los declarantes que han hecho sus exposiciones en este juicio.

En efecto, el señor Roberto Jaramillo en su exposición rendida el 22 de noviembre de 1948, ante el Juez de Pácora, al contestar el punto séptimo del interrogatorio dijo: "Es cierto y me consta que el señor Octavio Gómez tenía una desorganización total en los negocios que tenía con nosotros, pues se negaba a enviarnos extractos y a darnos saldos de cuentas con el fin de hacer aparecer con saldos ficticios, como puedo demostrarlo, tanto en los negocios particulares que tuve con él, como en sus actuaciones como superior nuestro cuando fuimos Agentes de la Federación Nacional de Cafeteros". "También es cierto que muchas veces el nombrado Gómez se vio obligado a descargarme cuentas de consideración, las cuales imputaba a las cuentas de otros compradores por corresponderles a ellos. Esto sucedió con unas cuentas que me cargó cuando estaba interviniendo la Federación y me cargó dineros que correspondían a las cuentas de Agentes de Alfonso Gutiérrez y José Ramírez y que luego procedió a abonarlas cuando le hice las respectivas reclamaciones".

Alfonso Gutiérrez en su declaración rendida ante el mismo Juez el 8 de noviembre de 1948, dice, al contestar al mismo punto 7°: "Me consta que el señor Octavio Gómez tenía en sus negocios una desorganización casi total; por ejemplo, en mi cuenta con la Federación Nacional de Cafeteros me cargó un cheque por un valor considerable del cual no tenía yo nociones que existiera, y al cabo de un año más o menos, se aclararon las cosas y se llegó a la conclusión de que el cheque era o había sido girado a favor de Leonidas Lara e Hijos". Otro tanto declara el señor Jesús Gutiérrez en su deposición de 18 de noviembre del mismo año de 1948.

La confesión del demandado Bela Matías tiene todas las características de una confesión indivisible, porque no puede separarse el hecho principal del recibo del dinero con el cumplimiento de la comisión que le fue encomendada; él no se ha declarado deudor del demandante; en forma muy nítida ha sostenido a lo largo de este proceso, que el dinero lo recibió, pero que cumplió exactamente el mandato.

Giorgi, en su Tratado sobre "Teoría de las Obligaciones", Tomo I, pág. 425, al hablar de la confesión indivisible dice lo siguiente:

"El demandado confiesa la obligación verbal en los términos propuestos en la demanda, pero dice que pagó en la época convenida y, por otra parte, esta época caducó hace mucho tiempo. El hecho adicionado tiene el grado máximo de verosimilitud, porque se encuentra natural que se satisfaciera el crédito verbal a su tiempo y sin recibo escrito".

Ricci, en el Tomo II de su Tratado de Pruebas, al hablar de la confesión indivisible, Nº 262, dice:

"Si el confesante reconociese que la deuda ha existido, pero que la ha satisfecho, será indivisible esta declaración?". "Somos de opinión que en este caso la declaración del confesante se refiere a un solo hecho, por lo que es indivisible". "El hecho al cual se refieren las declaraciones del confesante, es el de la existencia o no existencia de la deuda, de modo que quien dice haber satisfecho su deuda, afirma un solo hecho, cual es que su obligación o deuda no existe ya".

El Profesor Antonio Rocha en su Tratado de Pruebas Judiciales, al hablar de la confesión indivisible dice lo siguiente:

"La regla es ésta: todavía la confesión sigue siendo indivisible con tal que el hecho, aunque posterior, tenga íntima relación con el primero. O al contrario, podemos enunciar esta regla así: la confesión es divisible cuando el hecho agregado, además de ser distinto y separado del primero, no tenga íntima relación con éste. Esta regla es doctrina que se deduce y establece directamente por por razón del artículo 609 del C. J.".

"Hecho obligatorio primitivo y constitutivo de la obligación de devolver, 'recibí el dinero a préstamo'. Hecho posterior agregado a la confesión sobre recibo: 'pero pagué'. Aunque este segundo hecho es posterior al primero, tiene íntima relación con él. La confesión es indivisible. Con la condición, por supuesto, que de la existencia de la obli-

gación no haya ninguna otra prueba distinta de la confesión del que recibió el dinero".

Bonnier en su Tratado de Pruebas Judiciales, Tomo I, dice lo siguiente:

"Finalmente la confesión (artículo citado 1356) no puede dividirse contra el que la hizo. Esta indivisibilidad es sumamente justa. Cuando me refiero a la declaración de mi adversario debo tomarla tal cual es; no puedo dividirla arbitrariamente "para tomar de ella tan sólo lo que me es favorable. De otro modo le presto un lenguaje que no ha empleado ni querido emplear; porque sabido es la facilidad con que, aislando ciertas expresiones puede darse a las mismas un sentido manifiestamente contrario a la intención del que las pronunció. La confesión puede aceptarse o desecharse pero no es permitido desmoralizarla. Así, auncuando no tuviera ninguna otra prueba de mi préstamo que la confesión de la persona a cuyo favor lo hice, y ésta hubiera dicho que se había obligado a devolverme la suma en que consistía, sin intereses, no se me admitirá a sostener que habían estipulado intereses, invocando, por ejemplo, presunciones, si dicha suma excedía en ciento cincuenta francos".

En el caso de autos no hay prueba distinta de la confesión de Matías sobre el recibo del dinero, porque la certificación que expidió el Gerente del Banco de Colombia sobre el pago del cheque 070-W-19-917, no demuestra la obligación por dos razones: Primera, porque esta certificación no tiene carácter oficial ninguno, y la tarifa legal no le dá ningún valor probatorio; es el dicho de un particular que ni siquiera fue reconocido bajo juramento durante el juicio. Y segunda, porque en el supuesto de que tal certificación hubiera sido rendida en forma de declaración, ella sólo demostraría que se giró un cheque y se pagó, no podría de allí deducirse la destinación del valor del mismo.

El recurrente concreta sus cargos en el siguiente aparte:

"Los errores de hecho que cometió el Tribunal en la apreciación de las pruebas, lo condujeron a desestimar la acción y dar por probada la excepción, con lo cual violó indirectamente las disposiciones legales sustantivas que se enumeran en seguida y son las que sustentan, a mi parecer, las pretensiones de la demanda: "El art. 1494 del C. C., que enumera entre las fuentes de las obligaciones, los contratos; el 1.495 que enumera las obligaciones que nacen de los contratos; el 1.602 sobre la fuerza legal que tiene todo contrato; el 1.603 que establece la buena fe como base fundamental de la ejecución de las obligaciones contractuales; el artículo 2.157, y los artículos 2.181, y 2.182 según los cuales el mandatario tiene que dar cuenta de su gestión y consecuencialmente pagar el saldo a su cargo, y debe los intereses del saldo que resulte en contra suya desde que se haya constituído en mora; los artículos 383 y 385 del C. de Comercio, de acuerdo con los cuales el comisionista está obligado a dar cuenta detallada y justificada y a reintegrar al comitente el saldo que resulte a su favor, con intereses legales si fuere moroso en rendir su cuenta o remitir el saldo, una vez evacuada la negociación que le fue encomendada. El Tribunal, por sus equivocaciones de estimación probatoria falló la litis como si no existieran las anteriores disposiciones legales, las desconoció absolutamente, dejó de aplicarlas debiendo hacerlo, y obrando así violó todas esas normas legales que establece el derecho en que se apoyan las súplicas de la demanda".

El demandado expresamente reconoce el recibo del dinero pero a la vez, en todas sus declaraciones como se vió en la parte que se transcribió, afirma que cumplió exactamente los términos de la comisión. No puede por otra parte el demandante aprovecharse de la confesión en la parte que le conviene y negarla en la que le es desfavorable.

No hay en el expediente prueba de la no entrega del dinero al señor Roberto Jaramillo; por el contrario, en el extracto de cuenta que en copia figura en autos, de abril 16 de 1947, de los negocios celebrados entre el demandante y el señor Roberto Jaramillo, figura una partida de diez mil pesos, cargada a Jaramillo con fecha 22 de noviembre de 1946, y entregada por Bela Matías. Este extracto de cuenta que le fue remitido al señor Roberto Jaramillo según su declaración de 22 de noviembre de 1948, sirve para demostrar que el corte de cuentas entre estos dos señores no estaba definido". Al contestar la pregunta octava del interrogatorio absuelto por Jaramillo en la fecha indicada, dijo: "También es cierto que no solamente en el extracto de cuenta particular que me envió el señor Octavio Gómez con fecha diez y seis de abril de mil novecientos cuarenta y siete, sino también en el extracto último que me entregó la Federación en el mes de agosto del presente año, me incluyó de una manera habilidosa la cantidad de diez mil pesos". "Digo de una manera habilidosa, porque el señor Octavio Gómez con el fin de legalizar los diez mil pesos referidos, hizo que el señor Antonio Echeverri firmara sin mi au-

torización, un comprobante o recibo de tal cantidad, por lo cual la Federación se vio obligada, al conocerse mis razones y la maniobra, a proceder a abonarme dicha cuenta".

Según esta declaración el demandante cargó la suma de diez mil pesos al señor Roberto Jaramillo en dos cuentas distintas: una, en su cuenta particular y otra, en la relacionada con la Federación Nacional de Cafeteros. Jaramillo dice que lo hizo en forma habilidosa y que logró que la Federación le hiciera el abono correspondiente por esta cantidad después de demostrar el error del extracto; pero no dice que en la cuenta particular de los dos se hubiera esclarecido el hecho, al punto de poderse sostener que en autos haya constancia de que el señor Jaramillo niega que recibió el dinero del señor Bela Matías. Siendo esto así, no puede aceptarse que la confesión hecha por el demandado en los diferentes interrogatorios que se le formularon, le comprometa como deudor del dinero que reclama el demandante.

Esto en cuanto a la prueba de confesión que ataca el recurrente. También ataca la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de hecho al apreciar las declaraciones de Libia Domínguez y Antonio Patiño. Al respecto dijo:

"B). — Pero, además, incurrió el Tribunal en error de hecho evidente en la apreciación de las declaraciones de Libia Domínguez (C. 3, f. 22 v.), y Antonio Patiño (ib. f. 9), porque es inexacto que la declaración de la primera sea única y porque de las dos declaraciones sí resulta plenamente probado, si necesario fuera, que no lo es como se ha visto, que cuando Gómez enviaba dinero con Bela para sus agentes en Pácora, por medio de cheque, el comisionado no firmaba recibos (res., 6 y 7, res., 2ª), no siendo necesario que los testigos mencionaran precisamente el cheque 070-W-19917, ni que el señor Patiño hablara de las anotaciones en el talonario, pues aunque ninguno de los dos testigos lo hubiera dicho, sería esto obvio para la razón práctica del juzgador".

Estima la demanda de casación que el Tribunal desatendió el dicho de Libia Domínguez y Antonio Patiño en lo que hace a la costumbre del demandante cuando enviaba en cheque dineros con Bela Matías, consistente en no exigir el recibo correspondiente. Los testigos citados no se refieren al caso especial del cheque fechado el 22 de noviembre de 1946, sino en general. La Sala no encuentra error del Tribunal en la apreciación de estos dos testimonios.

El recurrente sostiene que el Tribunal violó los artículos 2157, 2181 y 2183 del C. C., así como los artículos 383 y 385 del Código de Comercio que prescriben la obligación del mandatario de rendir cuenta de su mandato y reintegrar al comitente el saldo que resulte a su favor.

En la demanda no se pidió la rendición de cuentas, como puede verificarse con la lectura de los cuatro puntos petitorios del libelo, y siendo así, la Sala no ve cómo pudo violar el Tribunal las disposiciones antes citadas que se refieren a la acción que reglamenta el Código Judicial en el Título XXXVIII, artículo 1120 y siguientes, distinta de la ejercitada en este juicio.

Lo expuesto, estima la Sala, es suficiente para negar los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. —Pedro Castillo Pineda.—Rafael Ruiz Manrique.— Hernando Lizarralde, Secretario.

EN CASACION NO SE PUEDEN CORREGIR LOS ERRORES EN QUE INCURRA EL SENTENCIADOR DE INSTANCIA AL DECIDIR SOBRE SI ESTA O NO PROBADA UNA CONFESION EXTRAJUDICIAL Y AL ATRIBUIRLE DETERMINADO MERITO PROBATORIO. — CUANDO PUEDE ATACARSE EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LA PRUEBA INDICIARIA

1.—La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión de los indicios la confía la ley a la inteligencia y conciencia del juzgador de instancia, quien se mueve a darles el valor de prueba plena cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico; de manera que ese juicio ponderativo —que "es un proceso mental" del sentenciador— es intocable en casación, como que no está ni puede estar sujeto a reglas determinadas, y no puede, de consiguiente, reputarse como error de éste el hecho de que no haya encontrado fuerza suficiente para convencerse de un indicio o conjunto de indicios sobre los cuales un recurrente manifieste que sí lo ha convencido. En casación sólo es viable atacar la apreciación probatoria del fallador de segundo grado en los siguientes casos excepcionales: cuando se haya dado por probado un indicio, que no lo está; o pasádose por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las deducidas sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado notoriamente a la lógica, por no haber entre los indicios o su conjunto, de un lado, y, de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstas.

2.—La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial, o como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluir que "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", "puede tener hasta mérito de plena prueba".

Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley lo deja a su prudente juicio, para estimar que se halla probada, sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto al asignarle determinado mérito probatorio, y más aún para atribuírle el mérito de plena prueba.

Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente en sobreestimación o subestimación legal de la prueba, no puede enmendarse o corregirse en casación, pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

Ante el Juez Civil del Circuito de San Gil propuso el doctor Bernardo Vesga Arenas, como apoderado de Roberto Niño Parra, juicio ordinario contra Pedro J. Porras S., a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª—Que entre mi patrocinado el señor Roberto Niño Parra, como mandante, y el señor Pedro J. Porras S., como mandatario, existió un contrato de mandato verbal relativo a la adquisición, por medio del remate efectuado en su Juzgado el día diez y siete de julio de mil novecientos cuarenta y siete, de la hacienda denominada "La Meseta", anteriormente propiedad de la sucesión de don José María Rueda (a. Conde de Cuchicute), ubicada en el radio perteneciente a los municipios de San Gil y Pinchote, Departamento de Santander, y cuyos son los linderos: "Por el Norte, siguiendo el filo o borde del cincho interior, con propiedades antes de Silvano Silva y Alejandro Bautista, hoy herederos de José Gómez, con el mismo José María Rueda Gómez (El Jobito) y herederos de Jerónimo Muñoz. Por el Oriente, con propiedades que fueron antes de Pedro Sarmiento hoy de Luis Francisco Silva, Ismael Reyes, Helena Silva de Rueda y herederos de Ernesto Rueda Silva. Por el Sur, con propiedades que fueron de Santiago Gal-

vis, Plácido Millán, Leonardo Serrano, Francisco Porras, Juan Jesús Cardozo, José Antonio Fuentes, Antonio Alonzo, Ignacio Correa y herederos de Antonio Santos, todas, respectivamente, por el viso del cincho más alto, hoy de Luis Silva, Arcadio Galvis, Victoriano Rueda, heredero de Luciano Sánchez, Loreto Barragán, Antonio Chacón, Concepción Navarro, Lorenzo López y Trino Parra. Por el Occidente, con terrenos antes de Rito Laurens".

"2ª—Que, en consecuencia, en dicho remate, en que el señor Pedro J. Porras S., aparece como rematador, éste no adquirió para sí dicho inmueble rural, ya determinado y alinderado, sino que obró como mandatario del señor Roberto Niño Parra, expresamente facultado para efectuar aquel remate.

"3ª—Que, en tal virtud, Roberto Niño Parra fue quien adquirió realmente esa hacienda denominada "La Meseta", determinada y alinderada en el punto primero de estas peticiones, y que, por lo mismo, ese inmueble es de su exclusiva propiedad o pertenencia, debiéndose cancelar el registro número 519 de 6 de noviembre de 1947, anotado en el Libro I par., Tomo II, folios 259 a 262, relativo a la diligencia del remate de que se trata y hecho en favor de Pedro J. Porras S.

"4ª—Que Pedro J. Porras S., debe otorgar escritura en favor de mi patrocinado Roberto Niño Parra de la hacienda denominada "La Meseta", que fue rematada el 17 de julio de 1947, en ese Juzgado, alinderada y determinada en el primer punto petitorio, y entregarle ése inmueble materialmente al señor Niño Parra en la misma fecha en que se otorgue la escritura de enajenación en su favor.

"5ª—Que el demandado Pedro J. Porras S., debe pagarle a don Roberto Niño Parra los frutos naturales y civiles del inmueble que se ordena restituír, no solamente los percibidos sino los que el mismo señor Niño Parra hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo esa hacienda en su poder.

"6ª—Que se condene en costas a la parte demandada, si temerariamente afronta el juicio y se opone a esta demanda".

Como hechos fundamentales se expresaron los siguientes:

"a).—El 28 de octubre de 1939 el demandado Pedro J. Porras S., contrajo matrimonio por el rito católico con Jocabeth Niño Angel, hija legítima de mi poderdante Roberto Niño Parra, y desde entonces, como hijo político, aquél ganó la especial confianza de éste.

"b).—Después de una temporada aproximada de dos años, en que Porras S., residencióse con su esposa en El Banco (Magdalena), donde fracasó con sus negocios personales y colocóse en difíciles circunstancias económicas, los esposos regresaron a casa de don Roberto, quien les dió alojamiento y alimentos gratuitos por un lapso de cuatro años, durante los cuales, además, el mismo don Roberto inició a Porras S., en la compra, trilla y venta de café, para lo cual facilitóle todos sus medios pecuniarios y especialmente el amplísimo crédito de que él ha gozado.

"c).—Ya en 4 de septiembre de 1945, cuando Porras S., se había ganado la absoluta confianza de don Roberto, éste, con el objeto de mejorarle a aquél sus posibilidades crediticias, principalmente las bancarias, considerándolo mandatario suyo para la mayoría de las gestiones, le otorgó la escritura de confianza Nº 332 de la citada fecha, corrida ante el señor Notario 2º del Circuito de San Gil, en cuya virtud hízole traspaso de las propiedades urbanas y rurales allí determinadas y alinderadas.

"d).—En el curso del mes de junio del año pasado, por publicación aparecida en el periódico semanario "El Bronce" que se edita en la ciudad de San Gil, informóse don Roberto Niño Parra de que el 7 de julio siguiente sería rematada en este Juzgado la hacienda ("La Meseta"), determinada y alinderada en el punto primero de la parte petitoria del presente libelo.

"e).—En esos mismos días, en reunión especial con Pedro J. Porras S., y con su otro yerno Humberto Angarita C., don Roberto, después de ser encarecidos por ellos para tal fin, resolvió rematar dicha hacienda, para lo cual los autorizó a ambos en el sentido de que hicieran las gestiones conducentes á obtener, primero los $ 12.000.00 que, correspondientes al 20 por ciento de la postura mínima, debía depositar, y luego, las sumas restantes para cubrir el valor de los dos contados en que hubo de pagarse el remate, o sea, un total de sesenta y seis mil pesos ($ 60.000.00) moneda corriente.

"f).—Los primeros $. 12.000.00, fueron conseguidos por los dos mandatarios, en mútuo, con los señores Aurelio Barrera y Serapio Chaparro, quienes facilitaron siete mil y cinco mil pesos, respectivamente.

"g).—De la misma manera don Roberto Niño Parra ordenó a su mandatario Porras S., en cuya

cabeza figuraban las mayores y mejores de sus propiedades urbanas y rurales, que, para reunir los dineros propicios al remate, vendiera algunas de las propiedades a que se refiere la letra c) de esta relación de hechos, y obtuviera, mientras las ventas se realizaban, en mútuo o préstamos, las cantidades que fueran menester.

"h).—En cumplimiento de esa autorización de su mandante Niño Parra fue como Porras S., para completar los treinta mil pesos del primer contado del remate, obtuvo en préstamo del doctor Manuel Ribero y de don Pedro Miguel Ardila, la suma de tres mil y ocho mil pesos que le entregó Salomón Hernández como precio de la venta de una de las citadas propiedades, la denominada "El Rozo", que figura en la escritura de confianza que a Porras S., le otorgó don Roberto el 4 de septiembre de 1945; suma esta última que le entregó Hernández antes que se le extendiera la respectiva escritura por la premiosidad que había de ese dinero para el tan nombrado remate.

"i).—Hecho el remate, también por conducto del mandatario Porras S., en cuyo balance para efectos de crédito en la Caja Agraria del Socorro figuraban las propiedades que don Roberto le había traspasado, se consiguieron en esos mismos días, con dicha caja, cinco mil pesos sobre la cosecha de café de la hacienda que se había rematado, igualmente destinados a completar el dinero para el segundo contado.

"j).—Para reunir el valor del último contado del remate, por orden y autorización de su mandante Niño Parra, el mandatario Porras S., vendió, y recibió los correspondientes dineros, las siguientes fincas de propiedad de aquél, así reconocidas por Porras S., en escritura pública: "El Caporal", a Antonio Rueda, por la suma de diez mil pesos mediante escritura Nº 405 de 21 de septiembre de 1947, corrida ante el señor Notario 2º del Circuito de San Gil; "El Rayo", a Samuel Ríos, por la suma de siete mil pesos, mediante escritura Nº 424 de 4 de octubre de 1947 otorgada en la misma Notaría; "El Clavellino", a Manuel Medina por nueve mil pesos, por escritura Nº 484 de 5 de noviembre de 1947 de la misma Notaría, habiendo entregado el comprador, de aquella suma, la cantidad de cinco mil pesos, antes de que se extendiera la escritura respectiva, al faltar uno o dos días para vencerse el plazo de la cancelación del último contado del remate; "El Guanábano", por escritura Nº 306, ante la Notaría 1ª del Circuito de San Gil, corrida el 2 de septiembre de 1947, al señor Guillermo Pineda, por mil quinientos pesos; "El Jazmín", a Marco Julio Ortiz, por escritura 385 de 6 de septiembre de 1947, otorgada en la Notaría 2ª del mismo Circuito por la suma de mil cien pesos, y el solar llamado "Belén", vendido también al mismo comprador mediante la misma escritura, la suma de quinientos cincuenta pesos; finalmente, el solar denominado "El Cafetal", que fue vendido a Isidro Díaz por la escritura Nº 467 del 1º de noviembre de 1947, corrida en la Notaría 2ª, por la suma de tres mil pesos, pero de los cuales el comprador entregó a Porras S., la cantidad de seteciéntos pesos antes de correrse la escritura y para completar el último contado del remate.

"k).—En estos mismos días de las gestiones del remate, ante la urgencia de reunir los dineros suficientes para cubrir el último contado, mi patrocinado don Roberto Niño Parra vendió a menos precio, perjudicándose gravemente, treinta reses vacunas a Leopoldo Arenas y otros, por la suma de dos mil pesos que recibió el mandatario Porras S., con el objeto indicado.

"l).—Los dineros de que tratan los puntos anteriores fueron recibidos e invertidos por Porras S., o en el pago de los contados del remate, directamente, o en la cancelación de las deudas contraídas con el mismo fin.

"ll).—En los primeros días del mes de septiembre de 1947, Humberto Angarita G., y Pedro J. Porras S., como mandatarios de don Roberto Niño Parra, acudieron al Banco Agrícola de Bucaramanga y trataron con su gerente, don Valentín González, para proveer al remate de la hacienda "La Meseta", lo relativo a la consecución de un crédito hipotecario, por veinte mil pesos sobre la finca de don Roberto denominada "Los Limones", operación que, finalmente no pudo efectuarse.

"m).—El 17 de julio de 1947 se hizo el remate de la mencionada hacienda "La Meseta" en el Juzgado a su mismo cargo, habiendo figurado como rematador uno de los mandatarios de don Roberto Niño Parra, el señor Pedro J. Porras S., quien, maliciosamente, contrariando la indicación de su mandante, se abstuvo de hacer figurar en el remate al otro mandatario, el señor Humberto Angarita Gil, circunstancia a la cual no dió, en un principio, mayor importancia don Roberto, dada la extraordinaria confianza que en aquél tenía depositada.

"n).—El acta de remate, consignada en la escritura Nº 494 de 14 de noviembre de 1947, se protocolizó en la partida 534 de 17 de noviembre del mismo año en el Libro I par, Tomo II, folios

274 a 277, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de San Gil y fue registrada, previamente, el 6 de noviembre del mismo año de 1947, bajo el número 519 del mismo Libro, folios 259 a 262.

"ñ).—La entrega material de la citada hacienda "La Meseta" fue hecha por el Juzgado el día 25 de julio de 1947 mediante diligencia a la cual concurrieron todos los familiares de don Roberto Niño Parra, lo mismo que el otro mandatario Humberto Angarita G., diligencia en que fue de pública notoriedad que el tántas veces mentado remate se hizo por mandato del mismo Niño Parra, y que era a éste a quien realmente le hacía la entrega material de la hacienda, aunque figurara en el acta Porras S.

"o).—De común acuerdo, y por disposición del mandante don Roberto Niño Parra, Pedro J. Porras S., y Humberto Angarita G., sus mandatarios, entraron a administrar conjuntamente la hacienda rematada, portando sendas llaves de candados y cerraduras, contratando trabajadores, comprando enseres, etc., etc.

"p).—Recibida la hacienda, Porras S., pasó a don Roberto Niño Parra, escrita en su propia máquina, y tomada de sus propios libros de cuentas, una relación detallada de algunos de los gastos hechos en el remate, pago de derechos notariales y de registro, viajes, compra de algunos elementos para la hacienda y hasta el valor de la pequeña suma pagada al pregonero en el remate.

"q).—Seis bestias mulares de don Roberto fueron llevadas a la hacienda "La Meseta" para la explotación de ésta.

"r).—En los días en que don Roberto Niño Parra hacía, por su parte, gestiones directas para obtener el resto de los dineros necesarios para cubrir el último contado del remate, el citado Porras S., en forma asaz maliciosa y dolosa, engañóle haciéndole creer en que si el día preciso en que debía pagarse el último contado no estaba todo el dinero, perdería los treinta mil pesos ya entregados.

"rr).—Inmediatamente después de ese engaño, díjole que su esposa Jacobeth tenía algunos ahorros que entregaría para completar el último contado, pero siempre que se le hiciera a ella escritura de la cuarta parte de la hacienda rematada, lo cual, rechazado por don Roberto, sirvióle a Porras S., de pretexto para mostrarse disgustado y resentido.

"s).—Don Roberto, en esos mismos días, habíale ofrecido a Porras S., con el mismo fin de que se trata en los puntos anteriores, en venta, la cosecha de café de la dicha hacienda "La Meseta" garantizando completarle, con lo producido por otras de sus fincas, trescientas cargas de café.

"t).—Porras S., aceptó en principio y ofreció a don Roberto un precio de noventa y cinco pesos la carga, pero éste le manifestó que tratara con su yerno Angarita G., lo relativo a ese precio, y que al día siguiente le avisaría.

"u).—Cuando el mismo Angarita G., posteriormente, por orden de don Roberto, le dijo a Porras S., que éste había resuelto venderle la cosecha a noventa y cinco pesos carga para completar lo del remate, Porras S., manifestó que ya él había conseguido el dinero, revelando así los oscuros designios que lo animaban para llamarse a exclusivo derecho en la propiedad de "La Meseta".

"v).—Fue así como Porras S., optó entonces, abusando de la confianza que en él había depositado su padre político, por considerarse, al principio, como dueño de la mitad de la hacienda, reconociéndole a don Roberto únicamente la otra mitad, por la cual le ofreció la suma de cincuenta mil pesos por conducto de algunas personas amigas de ambos, que intervinieron en gestión amistosa, para evitarle a Porras S., las graves consecuencias a que lo llevaría su conducta.

"w).—Don Roberto Niño Parra sorprendido y amargado por la censurable conducta de su yerno y mandatario Pedro J. Porras S., perdida ya la anterior confianza, le exigió la devolución de las propiedades que hiciera figurar en cabeza suya por escritura del 4 de septiembre de 1945 a que se refiere el punto de la letra c), de esta relación de hechos, o sea, aquellas que no habían sido vendidas para rematar la hacienda "La Meseta"; exigencia a la cual se vió obligado a acceder el mentado Porras S., mediante escritura Nº 486 de 6 de noviembre de 1947, otorgada ante el señor Notario 2º del Circuito de San Gil, y en la cual, sin rubor alguno, confiesa que las no devueltas las vendió por autorización de su mandante, pero sin explicar qué hizo con el dinero de esas ventas, ya que el mismo día en que se extendió la escritura don Roberto hubo de rechazar indignado la inaudita cláusula que Porras S., había hecho incorporar, pretendiendo que don Roberto aceptara que su mandatario estuviera a paz y salvo con él por razón del dinero producto de esas ventas, cuando eso era una plena falsedad.

"x).—Inmediatamente después del remate de la hacienda "La Meseta", ésta se valorizó en forma extrarodinaria, pues hubo ofertas de compra has-

ta por ciento veinte mil pesos, circunstancia que, a no dudarlo, determinó el móvil de la extraña conducta del mandatario de don Roberto Niño Parra, señor Pedro J. Porras S.".

El demandado contestó la demanda aceptando en parte algunos de los hechos; negándolos en su mayoría y oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas.

El Juez decidió el pleito en sentencia de 28 de julio de 1949, por la que absolvió al demandado de los cargos que se le formularon, sin costas.

La apelación que a las partes se concedió llevó el negocio al Tribunal de San Gil, el que, previa la tramitación de rigor, lo decidió en sentencia de 26 de enero de 1951, que confirmó la apelada, también sin costas.

Para proferir esa decisión el sentenciador estimó, en resumen, que en el proceso no se acreditó el mandato en que la acción se basa.

Al actor se le concedió recurso de casación, el que sustentado y tramitado en debida forma se procede a decidir.

Apoyándose en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente alega contra el fallo los cargos que a continuación se sintetizan y estudian.

Cargo primero. — Afirma el recurrente que el Tribunal al sostener que en el proceso no se demostró la existencia del mandato conferido por Niño a Porras para el remate de la finca "La Meseta", incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que cita, demostrativas de los nueve indicios que destaca, y en el quebranto consecuencial del artículo 2177 del Código Civil.

Los hechos indiciarios que invoca son los siguientes:

1º—Desde época anterior al remate Porras mantenía en su poder, a título de confianza, como testaferro, los bienes inmuebles, rurales y urbanos, de propiedad de Niño, su padre político.

Este indicio, que encuentra acreditado con las pruebas que cita, tiene, en sentir del recurrente y en contrario de lo que estimó el Tribunal, la mayor gravedad y la más estrecha conexidad con el hecho investigado.

2º—Porras y Niño trataron y convinieron sobre lo operación del remate para éste y el último manifestó su voluntad de adquirirla, por intermedio del primero. Esto lo encuentra comprobado con los apartes de la contestación de la demanda que transcribe y comenta.

3º—Porras, en asocio de Humberto Angarita —como recomendado de Niño— hicieron gestiones para obtener los dineros del remate para Niño, las cuales culminaron en la consecución de $ 12.000.00 que consiguieron para hacer postura, hecho que encuentra probado con los siguientes elementos: declaración y certificación del Presbítero José Ignacio Sánchez (c. principal, fs. 62v., 63 y f. 116 c. Nº 2); declaración de Aurelio Barrera; (c. Nº 2, f. 70) y recibo del mismo (f. 6, c. Nº 2), y declaración de Serapio Chaparro (c. Nº 2, fs. 75 y 76).

4º—Porras confesó antes y después del remate que obraba por cuenta de Niño, lo que aparece acreditado:

a). Con las declaraciones y certificaciones citadas de los mencionados presbítero, Barrera y Chaparro; y

b). Con las declaraciones de Antonio González (c. Nº 2, f. 27), Alberto González (f. 22 idem), Rodolfo Rueda Martínez (c. 2, f. 55), Rodrigo Navas (c. 2, f. 54), y Pedro Alcántara Prada (c. Nº 2, fs. 58 y 59).

El Tribunal era libre de valorar esta confesión extrajudicial, pero no de prescindir de ella como indicio.

5º—Niño suministró a Porras fondos para la adquisición de "La Meseta" (operación inicial por $ 12.000.00), éste solicitó dinero para cubrir los contados pendientes, con garantía de los bienes de Niño, (operación con la Caja Agraria del Socorro); enajenó los mismos bienes y recibió dinero de Niño con igual fin.

El recurrente cita y analiza las pruebas que en su concepto demuestran este hecho, que considera como indicio de la mayor gravedad.

6º—Humberto Angarita, por insinuaciones recibidas de Niño, cooperó activamente con Porras en la adquisición de La Meseta, antes y en el acto del remate, según resulta de las conferencias telefónicas celebradas entre Angarita y Porras (fs. 106, c. Nº 2) y de los testimonios de Temístocles Duarte y Alfredo Laurens (f. 100 y 101, c. Nº 2).

7º—Intervención conjunta de Angarita y Porras en la administración de "La Meseta", según encuentra acreditada con las pruebas que cita;

8º—Rendición o extracto de cuentas, referente al movimiento de fondos con motivo de la negociación de "La Meseta" (fs. 35 a 38, c. de p. del actor);

9º—La conducta maliciosa de Porras al tratar de incorporar, en la escritura de devolución de los bienes a Niño una cláusula liberatoria de sus obligaciones con Niño, por razón de negocios reazados con los bienes de éste.

Se considera:

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión de los indicios la confía la ley a la inteligencia y conciencia del juzgador de instancia, quien se mueve a darles el valor de prueba plena cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico; de manera que ese juicio ponderativo —que "es un proceso mental" del sentenciador— es intocable en casación, como que no está ni puede estar sujeto a reglas determinadas, y no puede de consiguiente, reputarse como error de éste el hecho de que no haya encontrado fuerza suficiente para convencerse de un indicio o conjunto de indicios sobre los cuales un recurrente manifieste que sí lo ha convencido. En casación sólo es viable atacar la apreciación probatoria del fallador de segundo grado en los siguientes casos excepcionales: cuando se haya dado por probado un indicio, que no lo está, o pasádose por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las deducidas sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya tenido por no probado un indicio apesar de estarlo, o cuando se ha faltado notoriamente a la lógica por no haber entre los indicios o su conjunto, de un lado, y, de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstas.

Esta es la jurisprudencia que la Corte ha propugnado en constantes y conocidas sentencias.

Considerando con ese criterio los hechos puntualizados bajo los números 1º, 6º, 7º y 8º en la anterior acusación, se ve en la sentencia que el Tribunal no le asignó a esos hechos ningún poder de convicción para dar por demostrada la existencia del contrato de mandato cuestionado; es decir, que no encontró que de ellos pudiera desprenderse inferencia lógica alguna sobre la realidad del mandato ni les dió importancia en orden a formar su convencimiento sobre el particular.

En esta materia, como ya se dijo, la ley defiere al juicio del juzgador y él es intocable en casación.

No sucede lo propio con los demás hechos alegados por el recurrente, desde luego que unos no los tomó en cuenta el Tribunal y otros los tuvo como no probados, por lo cual la Corte estima del caso entrar a examinarlos.

Segundo indicio.—Sobre el particular, después de transcribir apartes parciales de la contestación de la demanda sobre los antecedentes del remate, expresa el recurrente:

"El indicio no puede ser más preciso y grave como revelador de que recibió el encargo de adquirir la finca para Niño y, aunque el confesante trata de disminuír su importancia, haciendo presente la advertencia de la falta de plazos, o sea de que era forzoso adquirir de contado, ello nada significa porque la operación se hizo en varios contados (c. 3, f. 15v), lo que deja sin valor su manifestación maliciosa de que adquiriría para sí si el comitente no conseguía los fondos para el pago del precio".

Sobre este punto dijo el demandado en la contestación de la demanda:

"Palabramos con mi suegro la conveniencia de rematar "La Meseta"; yo le manifesté que quería rematar la finca porque era de café; que para mí era buena operación, dada la índole de mis negocios como exportador del artículo. El me manifestó que la rematáramos ambos pero que no tenía el dinero disponible; yo le manifesté que en un remate ordinario no había plazos; que si no podía conseguir el dinero, entonces yo entraría a rematar por mi propia cuenta. Llegó el día del remate y como el señor Roberto Niño Parra no pudo conseguir el dinero para depositar el porcentaje legal para poder ser postor, no se presentó al remate".

Esa contestación del demandado, que debe ser tomada en su integridad mientras no se la desvirtúe, no puede considerarse como un indicio de la existencia del mandato, pues en ella lo que categóricamente se confiesa o afirma es que apenas se contempló o proyectó la posibilidad de que Niño y Porras remataran para ambos el inmueble, siempre que aquél suministrara oportunamente los fondos indispensables para ello, y que como esto no ocurrió, Porras remató en su propio nombre. El recurrente quiere ver aquí una "manifestación maliciosa" del demandado, tomando en cuenta el hecho de que el pago del precio del remate se realizó en varios contados; mas éste es un suceso posterior al remate mismo, por lo cual no desvirtúa en lo mínimo la verosimilitud o sinceridad de ésta.

A juicio de la Corte no es posible desprender inferencia alguna del hecho examinado.

Tercero y Quinto indicios.—Estos que se presentan como dos indicios distintos, no son en realidad sino uno solo: consecución de fondos en nombre y por cuenta de Niño con destino al pago del precio del remate (art. 667 del C. J.).

El recurrente como pruebas demostrativas de

este hecho cita las que en seguida se mencionan y analizan:

a).—Declaración y certificación jurada del Presbítero Ignacio José Sánchez (fs. 63 y 116, c. Nº 2).

La primera es una declaración extrajuicio, no ratificada, y no puede ser tenida como prueba (artículo 693 del C. J.).

La segunda es una certificación jurada, expedida por un sacerdote, que no está incluído entre los funcionarios que, al tenor de lo estatuído en el artículo 678 del C. J., deben rendir su testimonio en esa forma.

Y aunque apesar de lo dicho pudiera estimarse como prueba, en dicha certificación se dá cuenta de gestiones realizadas por Angarita a nombre de Niño para conseguir un préstamo, que no se le otorgó; para nada se menciona allí al demandado Porras.

b).—Declaración y recibo de Aurelio Barrera (c. Nº 2, fs. 6 y 70).

Este declarante afirma, en resumen, que el préstamo por $ 7.000.00 a que se refiere el aludido recibo, se lo hizo a Pedro J. Porras y que éste fue quien le reembolsó esa suma a los quince días, y que a Angarita "tal vez no se los hubiera prestado".

Luego este testimonio en vez de perjudicar, favorece al demandado, pues él es quien aparece consiguiendo ese préstamo en los días del remate y cancelándolo después con su propio peculio y no Roberto Niño.

c).—Declaración de Serapio Chaparro (fs. 75 y 76, c. Nº 2).

Este declarante expresa, en síntesis, que antes del remate de la finca "La Meseta", le prestó la suma de $ 5.000.00 a don Pedro J. Porras, fiado por Roberto Niño; que esa suma se la prestó a Porras porque tiene conocimiento de que es una persona honrada; que la entrega de la misma se la hizo a Humberto Angarita, como comisionado de Porras.

Cabe la misma observación anteriormente hecha: el préstamo lo solicita Porras y a él se le hace.

d).—Préstamo de 22 de agosto de 1947, por la suma de $ 5.000.00 hecho al demandado por la Caja de Crédito Agrario del Socorro, del cual —dice el recurrente— "no puede caber la menor duda de que sólo por instrucciones de Niño" lo obtuvo aquél para cubrir parte del saldo pendiente del precio de "La Meseta", lo cual infiere de que en el balance que Porras presentó a la Caja incluyó bienes como de su propiedad que eran de los relacionados en la escritura de confianza que Niño le había otorgado, y de que el demandado negó maliciosamente en posiciones el hecho evidente de esa inclusión.

Se ve que el recurrente utiliza dos indicios, la malicia del demandado y la inclusión de bienes del actor en el aludido balance, para demostrar el hecho indiciario de la consecución de fondos a nombre de Niño para el pago del precio del remate, lo cual es inadmisible al tenor de lo estatuído en el artículo 666 del Código Judicial, que establece que los hechos que suministraran los indicios "deben probarse plenamente y no por medio de otros indicios".

Además, el préstamo fue concedido a Porras (f. 3, c. Nº 3), y cancelado por él a su vencimiento. Esto es lo que del respectivo documento consta plenamente.

e).—Porras vendió a varias personas, entre ellos a Samuel Ríos, autorizado por Niño, y recibió de ellas el precio de las fincas que figuraban a su nombre por habérselas transmitido en confianza su padre político.

Este hecho lo admiten como cierto Tribunal y demandado; pero éste niega que el recibo del precio de estas ventas haya sido para cubrir parte del saldo del remate y que por el contrario siempre ha tenido a la orden de Niño esa cantidad para entregársela. Esa confesión es indivisible y hay que admitirla tal como se hace, y al actor le correspondía suministrar la prueba, que no ha dado, que la desvirtúe plenamente.

Cuarto indicio.—Confesión extrajudicial de Porras hecha antes del remate y después de que éste se verificó, de que obraba por cuenta de Niño, lo cual —según el recurrente— aparece acreditada con las siguientes pruebas:

a).—Declaraciones, ya citadas, del Presbítero José Ignacio Sánchez, Aurelio Barrera y Serapio Chaparro (fs. 62, 63, 116, 70, 75 y 76, c. Nº 2). Ya estos testimonios quedaron analizados atrás y de ellos nada realmente útil se desprende en relación con el hecho que se considera.

b).—Declaraciones de Antonio González (c. Nº 2, f. 57), Alberto González (c. Nº 2. f. 22), Rodolfo Rueda Martínez (f. 55, c. Nº 2) y Pedro Alcántara Prada (fs. 58 y 59, c. 2).

Este último testigo en relación con el punto de que se trata expresó:

"Me consta que don Pedro J. Porras S., me dijo que don Roberto Niño lo había autorizado para la venta de tales fincas, (las que se encontraban en

su poder en virtud del título de confianza), con el fin de reunir fondos para comprar la hacienda "La Meseta".

En vista de este testimonio, en que no se precisa ni el tiempo ni el lugar en que la conversación tuvo lugar, no es posible aceptar que Porras haya confesado que obró realmente en calidad de mandatario de Niño al adquirir la finca mencionada; las palabras que se dicen pronunciadas por Porras no revelan el claro ánimo de confesar el mandato, y sólo por inferencia podría llegarse a tal conclusión; pero un indicio, como es la confesión extrajudicial, no puede ser probado por medio de otro indicio (art. 666 del C. J.).

En todo caso no se descubre el error evidente de parte del sentenciador al no aceptar que tal testimonio pudiera utilizarse como prueba de dicha confesión.

Antonio González manifiesta "que es verdad que los señores Pedro J. Porras y Humberto Angarita me dijeron en los días del remate, ("como un mes antes" de éste, dice después), que era don Roberto Niño quien pensaba rematar la finca "La Meseta"; pero este testimonio sólo sirve para comprobar lo que aquellos señores le dijeron al testigo, de que como un mes antes del remate Niño tenía el pensamiento de rematar; mas nó; en ningún caso, que Porras confesara que iba a actuar en éste como mandatario de Niño. Cabe, además, con respecto a esta declaración, la observación que a la anterior se hizo.

Alberto González expresó: "Yo supe que esa hacienda "La Meseta" la había rematado el Banco, y por ahí se me dijo que el remate era para don Roberto Niño; pero lo que a mí me consta es que el remate lo hizo el Banco"; que "en alguna ocasión, antes de sucederse el remate, don Pedro J. Porras dijo delante de mí que él iba a comprar la hacienda La Meseta para don Roberto Niño".

A un declarante que hace una aseveración tan evidentemente falsa como aquella de que "a mí me consta que el remate lo hizo el Banco", podrá dársele fe cuando en la misma declaración afirma lo que Porras le dijo sobre la compra de la finca? Ello no es legalmente posible.

Finalmente, al testigo Rodolfo Rueda Martínez, que expresa que tiene "intimidad" con el demandante; que revela que es persona de tan poca ponderación y seriedad, por decir lo menos, como que apesar de la "intimidad" que él mismo reconoce que con aquél lo liga, confiesa que lleva relaciones amorosas con una de sus hijas, pero que no tiene intenciones de casarse, sino de pasar el tiempo; que dice que si le habló a Porras para que le sirviera de padrino en el matrimonio, eso "se lo pude decir por chanza", no es posible prestarle fe. Y obsérvese que eso lo decía en 24 de abril de 1948 y sin embargo, al folio 15 del cuaderno de segunda instancia, aparece una partida de origen eclesiástico, que aunque no se estime como plena prueba sí sirve como un dato de simple referencia para formar un concepto sobre la personalidad del declarante, pues de ella resulta que antes de transcurridos seis meses de haber afirmado todo lo que se deja anotado, éste contrae matrimonio con la hija del actor.

Fuera de ser sospechoso este declarante, es falto de seriedad y sinceridad, por lo cual precisa desechar francamente su testimonio (artículos 670, 696 del C. J.).

Con ese grupo de declaraciones tan inconsistentes, imprecisas, ambiguas y desechables, en que además cada testigo hace una aseveración diferente en sí misma, y cumplida en circunstancias de tiempo y lugar distintas, no le es dable al juzgador desprender que está probada la pretendida confesión extrajudicial del demandado. Al estimarlo así, el Tribunal no incurrió en el error que le atribuye el recurrente.

De otro lado, conviene recordar lo que sobre este particular ha dicho la Corte:

"La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial, o como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde pues al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluír que "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", "puede tener hasta mérito de plena prueba".

"Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley lo deja a su prudente juicio, para estimar que se halla probada, sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto al asignarle determinado mérito probatorio, y más aún para atribuírle el mérito de plena prueba".

"Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente en sobreestimación o subestimación legal de la prueba, no puede enmendarse o corregirse en casación, pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia". (Tº LIX, pág. 421, Casación, 14 de agosto de 1945).

Noveno indicio.—De este hecho no puede inferirse, a juicio de la Corte, que el demandado hubiese obrado en la condición de mandatario de

Niño en el remate de "La Meseta", pues ninguna relación o conexidad lógica se encuentra entre ambos; mas aún cuando tuviese la condición de indicio, su calidad sería el de un indicio leve, que no es suficiente para demostrar la existencia del mandato, pues para formar plena prueba la ley requiere pluralidad de indicios "graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". (art. 665 del C. J.).

Como consecuencia de las precedentes consideraciones se declara que no prospera el cargo.

Segundo cargo.—Dice aquí el recurrente que el Tribunal, en varios pasajes de su fallo, insiste en afirmar que falta la demostración de que Porras, al adquirir "La Meseta", obró "en nombre y representación" de Niño, y que al expresar esta consideración incurrió en quebranto del artículo 2177 del C. C., por varios conceptos, a saber:

a).—Por error de hecho en la interpretación de la demanda, ya que en ninguna parte del libelo se ha expresado que a Porras se le hubiera otorgado facultad para actuar en representación de Niño, pues en ella lo que sostiene el actor es que el demandado remató el inmueble en su propio nombre pero por cuenta y riesgo de Niño. A este respecto agrega:

"Luego si el Tribunal equivocadamente entendió que se había pedido con causa en un mandato representativo —o sea que supone a Porras obrando en nombre de Niño y con poder de éste para representarlo, y por ello exige la prueba competente de tal hecho— ha incurrido manifiestamente en el error apuntado, el cual lo condujo a violar por cuanto aplicó indebidamente, o no lo aplicó, el artículo 2177 del C. C., que permite al mandatario, en el ejercicio de su cargo, contratar a nombre propio, esto es, sin representación del mandante";

b).—Por error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria de que se habla en el primer cargo, que acredita plenamente la existencia del mandato no representativo entre Niño y Porras S.; y

c).—De modo directo y por interpretación errónea, porque en derecho colombiano el mandato no implica por sí mismo la representación y puede existir sin ésta.

Se considera:

Para destacar la ineficacia de esta acusación bastaría observar que permaneciendo, como permanece, en pie, por razón del rechazo del cargo anterior, la conclusión que al examinar las pruebas del proceso dedujo el sentenciador sobre que no está comprobada la existencia del mandato que se dice confirió Niño a Porras para la compra en pública subasta de la finca "La Meseta", a ninguna finalidad práctica se llegaría aunque fuese fundado este nuevo cargo, que tampoco lo es.

En efecto, aun cuando el Tribunal en algunos apartes de su fallo emplea algunas expresiones, como la de que no se demostró que Porras obraba "en nombre y representación" de Niño en la adquisición de la finca, ello no pasa de constituír más que una relativa impropiedad en el lenguaje, pues entendió con toda propiedad la cuestión de hecho y de derecho planteada en la demanda y debatida en la controversia.

Así, al comenzar las consideraciones de su sentencia, observó sobre la demanda:

"Tiende este juicio a demostrar la existencia de un contrato de mandato verbal entre demandante y demandado, para que el demandado rematara en pública subasta ante el Juzgado Civil del Circuito de esta ciudad, y a nombre del demandante y por su cuenta y riesgo la finca rural de "La Meseta", sacada a licitación pública en este juzgado".

Y en la parte final de su fallo copia jurisprudencias de la Corte, sentadas en sentencias de septiembre y octubre de 1947 (G. J. Nos. 2050 y 2051, pág. 617), y 10 de agosto de 1945, (Tomo LIX, números 2022 a 2024), en que se sostiene la tesis de que en derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo y que la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado en su propio nombre y se niegue a transferirle el derecho, la concede el artículo 2177 del C. C., al autorizar el mandato oculto y se falla sobre controversias de esa índole, y luégo afirma el Tribunal que el caso de este pleito es similar a los decididos por la Corte en tales sentencias, con la única diferencia de que en éstos se demostró plenamente la existencia del mandato, y que en el presente no se ha dado esa demostración.

Se ve de allí que la imputación que se hace al sentenciador es más aparente que real.

No se admite el cargo.

Cargo tercero.—Dice el recurrente que el Tribunal, al examinar la prueba testifical sobre el mandato afirmó que "es indispensable que los testigos declaren sobre la constitución misma de la obligación; es decir, sobre el acuerdo de voluntа-

des plenas habido entre mandante y mandatario para que el mandatario ejecute el acto jurídico encargado en nombre y representación del mandante"; que conforme al artículo 2149 del C. C., el mandato es eminentemente consensual, salvo excepciones legales, y el encargo que es objeto de él puede hacerse en cualquiera de las formas que ese texto estipula y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; que por este motivo, la exigencia del sentenciador de una prueba sobre "acuerdo de voluntades plenas" sobrepasa el ordenamiento contenido en la citada norma y es contraria a la naturaleza misma del pacto; que por esto el Tribunal aplicó mal, por haberlos interpretado erróneamente, los artículos 2149, 2150 y 2177 del C. C., los que también resultaron violados a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, tal como se demostró en el cargo primero.

Se considera:

Como la acusación contenida en el cargo primero no prosperó, se mantiene vigente la conclusión de la sentencia de que el mandato base de la acción no llegó a comprobarse. De allí que el cargo presente en cuanto se sustenta en el primero, en ningún caso podría determinar la casación de aquélla.

Además, en las frases que critica y transcribe el recurrente el Tribunal no ha sostenido como tesis general que para que se configure el contrato de mandato sea siempre menester que se demuestre un previo "acuerdo de voluntades plenas habido entre mandante y mandatario", pues esto lo afirmó al referirse al caso concreto que estaba decidiendo, que en la demanda se plantea como un convenio previo y expresamente celebrado entre los litigantes, para que Porras en beneficio y por cuenta y riesgo de Niño rematara la finca. Por eso estimó que era indispensable que la prueba testimonial encaminada a justificar la confesión extrajudicial del demandado, diera cuenta de la constitución de aquel acuerdo.

Y si se repara en otros apartes de la sentencia, se ve claramente que en ella no fueron erróneamente interpretados los textos que han sido citados, pues el Tribunal dice claramente "que el mandato es en Colombia de acuerdo con lo establecido por el artículo 2149 del C. C., esencialmente consensual, es decir, que se puede verificar y perfeccionar por el simple acuerdo de voluntades entre las partes y aún verbalmente. Sólo son solemnes el mandato judicial, el que para contraer matrimonio civil en su nombre dá la mujer y el que reglamenta el artículo 458 del Código de Comercio" y después, para referirse al tema de si el mandato puede o no conferirse verbalmente, cita y transcribe la jurisprudencia sentada por la Corte en varias sentencias sobre que el referido contrato "puede celebrarse verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

No es, pues, eficaz ni fundado el cargo.

Cargo cuarto.—Dice el recurrente que el Tribunal a consecuencia de errores manifiestos de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas a que aquí se refiere infringió las siguientes disposiciones del Código Civil: el artículo 2184, en su ordinal 1º, al estimar que como Niño "no proveyó a Porras de dineros suficientes" para el remate de "La Meseta", ese incumplimiento de parte de aquél lo autorizaba "para rematar para sí dicha finca, desistiendo del encargo"; los ordinales 2º y 4º del mismo precepto, puesto que debiendo aplicarlos no los aplicó; y los artículos 2185 y 2189, por errónea interpretación y a consecuencia de error en la apreciación de las pruebas relativas a la provisión de fondos para el cumplimiento del encargo.

Se considera:

El Tribunal no usó la norma consagrada en el artículo 2185 del Código Civil como argumento fundamental para proferir su decisión, sino como una razón condicional para el supuesto de que hubiera existido el encargo, lo que —dice— "tampoco está demostrado". El Tribunal razona de esta manera: Si hubo encargo —y esto no está demostrado— el incumplimiento del actor autorizó a Porras para desistir de él, "si alguna vez existió". De allí que a nada conducen las alegaciones que alrededor de ese tema hace el recurrente, pues su estudio sólo sería procedente y útil en el caso de que hubiera sido quebrada la razón central en que el fallo descansa de que no se comprobó el mandato sobre que versa la litis. Entonces sí habría necesitado el recurrente encaminar su ataque sobre aquella consideración, que tiene el carácter de accesorio o condicional, y la Corte habría tenido el deber de examinarla.

En lo que respecta a los errores que se alega en la apreciación de las pruebas, las referentes a pró-

visión de fondos para el cumplimiento del mandato fueron ya examinadas al estudiar el cargo primero y se concluyó que la acusación sobre ese punto no podía prosperar, por lo cual quedó en vigor la afirmación de la sentencia de que "no se demostró" "que Niño hubiera provisto de fondos para el remate a Porras". Además, la provisión de fondos —en caso de que se hubiese comprobado— no es prueba completa del contrato, sino un indicio más o menos grave de su existencia, que no llegaría por sí solo a formar plena prueba conforme a lo estatuído en el artículo 665 del Código Judicial.

Y con relación al llamado extracto de cuentas, respecto al cual dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al no haberlo apreciado como prueba y en error de derecho al no darle la valoración que la ley le atribuye, ya como confesión judicial o como documento, bastaría observar que es infundada la queja, pues el sentenciador sí los tuvo en cuenta, ya que en el fallo expresamente admite que "estos papeles tienen indiscutiblemente el carácter de prueba"; que Porras no los redarguyó de falsos, sino que por el contrario confesó "en posiciones que fueron escritas por él y tomadas de sus libros", añadiendo que del hecho de que tengan "carácter de prueba no se puede concluír como lo quieren los apoderados de la parte demandante que sean una rendición de cuentas hechas por Porras a Roberto Niño como de mandatario a mandante y por razón del remate de "La Meseta". Igualmente admitió que "estas cuentas demuestran que Porras recibió unos dineros de don Roberto Niño, lo que siempre ha confesado Porras", con lo cual le negó o desconoció la calidad de indicio con respecto al mandato.

De allí que, no existiendo los errores que el recurrente le imputa al Tribunal, quede sin base la acusación sobre consecuencial quebranto de los artículos 2184, 2185, y 2189 del Código Civil.

Finalmente, no sobra reiterar lo que la Corte en forma constante ha dicho con respecto a la prueba indiciaria:

"Estimar la gravedad de los indicios y las relaciones que guardan entre sí, y saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil el hecho desconocido que se trata de probar son operaciones que por su naturaleza pertenecen a la inteligencia del juez, y escapan por consiguiente a la revisión de la Corte de Casación". (G. J., 2 de noviembre de 1927, Tº XXXV, pág. 54).

No prospera el cargo

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintisiete (27) de enero de mil novecientos cincuenta y uno (1951), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de San Gil.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente en su oportunidad a la oficina de su procedencia.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS. —CAUSAL PRIMERA DE CASACION.— IMPROCEDENCIA DE LA CAUSAL SEGUNDA CUANDO EL RECURSO SE INTERPONE CONTRA SENTENCIA TOTALMENTE ABSOLUTORIA

1.—En casación no es suficiente expresar que tal o cual disposición ha sido violada y extenderse en razonamientos probatorios de carácter general alrededor del alcance de las disposiciones analizadas. Con ello se habrá hecho un alegato de instancia, mas no una demanda de casación. La técnica de este recurso exige que, además de citar las disposiciones violadas, se puntualicen claramente el concepto en que lo hayan sido y la clase de error en que hubiere incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera.

El recurso de casación no se dirige a revisar el pleito o la controversia planteada en las instancias, ni a provocar una nuevo análisis de pruebas, pues no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida, en sus relaciones con la ley y a través de los cargos formulados por el recurrente.

2.—Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda.

3.—Entre los modos o maneras de reconocer el documento privado, se encuentra, según nuestros códigos civil y judicial, el reconocimiento tácito, el cual resulta de que aquél haya obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada, o de su apoderado, y no lo haya objetado o redarguído de falso, para que la parte que lo presentó, pruebe su legitimidad (art. 645 del C. J.).

4.—Cuando en casación se acusa por violación indirecta de la ley sustantiva, como consecuencia de una errada interpretación de pruebas, es necesario determinar si se trata de error de hecho o error de derecho y el concepto o motivo de la violación.

Hay, además, que determinar la prueba.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Ref.: Ordinario de Aristides Borrero contra Ricardo Ossa.

Antecedentes:

Consta de este expediente que por medio de las escrituras públicas números 88 de 17 de junio de 1940 y 143 de 26 de junio de 1944, otorgadas ante el Notario Público de la población de Restrepo en el Departamento del Valle, el señor Aristides Borrero adquirió para sí y para sus menores hijos, una finca agrícola denominada "El Brillante", ubicada allí mismo, compuesta de casa de habitación, plantaciones de café y pastos, con una extensión como de veinte plazas, y por los linderos que allí se determinan.

Para la fecha del contrato, ya había muerto la esposa del señor Borrero, quien falleció el ocho de diciembre de 1938, cuya causa mortuoria fue levantada y protocolizada según escritura pública número 128 de 20 de enero de 1944.

Por documento privado, firmado ante testigos, el día quince de febrero de 1944, el mismo señor Borrero celebró en su propio nombre con Ricardo Ossa, un convenio de promesa de venta, a virtud del cual, el primero se obligó a transferir en dominio y propiedad al segundo, el indicado predio de "El Brillante", con sus accesorios, por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) que le serían cubiertos: tres mil pesos ($ 3.000.00) en el acto de celebrarse la promesa de venta, y mil restantes que cubriría el prometiente comprador dentro de cuatro meses, contados a partir de la fecha de la estipulación. La finca se señaló por sus linderos y se puso en posesión de élla al señor Ossa. El documento fue dejado por los interesados en manos del Notario Público del lugar.

Sin tener en cuenta las relaciones contractuales que se desprenden del anterior documento de promesa de venta, don Aristides Borrreo, en su nombre y como representante de sus menores hijos

Carlos Arturo, José Ricardo, Plutarco, Hernando, Angel Ramiro, Jaime y Eulalia Borrero Ortiz, demandó por la vía ordinaria ante el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Cali, al señor Ricardo Ossa en acción reivindicatoria, para que se le condene a entregarles, a él y a sus hijos, el predio de "El Brillante", relacionado atrás, y sus frutos, a partir de la mencionada fecha del quince de febrero de 1944, que fue cuando en desarrollo de la promesa de contrato de venta, se había puesto a Ossa en posesión de la finca, y por las costas del juicio.

Dicen los demandantes, que a consecuencia de un contrato apenas en formación, de una manera abusiva se apoderó Ossa de la finca que se le demanda.

A su turno, este señor presentó contra don Aristides Borrero, demanda de reconvención, apoyado en el documento de promesa de venta de que se habló atrás, para que por incumplimiento del demandado, se declare resuelto el contrato de promesa que los liga, debiéndose condenar a Borrero a devolverle la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00), que le fueron entregados como parte del precio de lo convenido, por los perjuicios que se estimaron en más de tres mil pesos, costas y derecho de retener el bien que se litiga, mientras no se cubra la suma reclamada.

Borrero negó los hechos y propuso algunas excepciones.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento consideró demostrada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes, y por incumplimiento por parte de don Aristides Borrero, declaró resuelto el contrato de promesa de compraventa, con las consecuencias del caso.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por el representante de los Borreros, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, donde se pronunció fallo con fecha 24 de junio de 1948, en donde se declara que no hay lugar a decretar en la acción principal, la reivindicatoria propuesta, y en cuanto a la contrademanda, se confirmó en todas sus partes la providencia recurrida.

Estudia el juzgador el contrato de promesa de venta y lo halla suficientemente demostrado, como también el incumplimiento por parte del prometiente vendedor, señor Borrero. Observa que éste se obligó a hacerle a Ossa la escritura de venta de la finca y que a cuenta de ella recibió la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00), y los mil restantes debían haberse cubierto el quince de junio de 1944, fecha del vencimiento de lo pactado. Que Ossa estuvo listo a satisfacer este último pago para obtener la transferencia, pero Borrero se negó a recibir y a llenar por su parte lo prometido. De donde deduce el sentenciador la necesidad de confirmar la providencia apelada.

Encuentra el Tribunal que, aunque la mitad de la finca era de los menores Borreros, la promesa de venta fue únicamente del padre, quien la incumplió y contra quien recae el fallo.

Que, a no ser por la demanda de resolución, que lleva el mismo resultado de la acción de dominio instaurada, ésta habría de decretarse.

Los cargos en casación

Contra lo resuelto por el Tribunal, recurrió para ante la Corte, el representante de los señores Borreros, quien ante esta Corporación, en un extenso memorial, el cual adolece de método y carece en su mayor parte de los requisitos necesarios para que una demanda de casación pueda estudiarse, aduce una serie de reparos que la Sala trata de poner en orden para su comprensiva consideración, adoptando un criterio de amplitud, no sin hacer notar las graves dificultades que el examen presenta, por la carencia de técnica en los cargos propuestos.

Acusa el recurrente, en definitiva, por los siguientes motivos, que se sintetizan:

1º—Sostiene en dos apartes de su demanda que la providencia recurrida es incongruente, porque "niega las peticiones principales y subsidiarias de la demanda de reconvención", y porque "no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, al no analizar y tomar en consideración la entidad probatoria de la parte demandante, ni siquiera las declaraciones de Saulo Loaiza Jiménez y Antonio Hernández Vernaza", etc.

2º—Expresa que el documento que contiene la promesa de venta, no fue debidamente considerado, al tenérsele como prueba, ya que no existe en el proceso diligencia de su reconocimiento por parte de don Aristides Borrero. Que tal instrumento no se trajo original, sino en copia, tomada de otro juicio en que obraba.

Que, si se considera la copia solicitada al Juzgado en que figura el original de la aludida prome-

sa como instrumento público, "su valor será el que se le dé en el juicio respectivo en que fue presentada la prueba original, y en que puede o nó ser rechazada o desconocida". Señala como violados, los artículos 637 y 645 del C. J., y los artículos 1757 y 1761 del C. C.

3°—Aplicación errada del artículo 2674 del C. C., en cuanto el fallo se concretó a interpretar y analizar la escritura 146 de 26 de junio de 1944, sin estudiar la de 1940; violación del artículo 775 del C. C., por cuanto el Tribunal reconoce en el demandado Ossa la mera tenencia del fundo; violación del artículo 1609 del C. C., porque no cabía disponer la resolución del contrato de promesa sin la demostración de que Ossa había cumplido con lo de su parte.

4°—Por aplicación indebida y apreciación errónea del artículo 89 de la ley 153 de 1887, por cuanto la promesa de venta era ineficaz, ya que los menores no podían obligarse. Dice que el Tribunal juzga que Borrero sí podía comprometer en la promesa de contrato la parte de sus hijos.

5°—Sostiene que fueron violados también los artículos 1612 y 1613 del C. C., "porque se condenó a Borrero a pagar perjuicios, sin deberlos y sin analizarlos, para deducir su causalidad; que se violaron los artículos 762 y 783 del C. C., por desconocer el juzgador la posesión legal de los herederos de Inés Ortiz de Borrero, y los artículos 663, 740, 743 y 1401 del C. C., porque la propiedad de El Diamante pertenecía a la sucesión y el verdadero título de Ramírez era el que le otorgara Borrero y más tarde sus hijos.

6°—Dice que hubo "apreciación errónea de la prueba del demandado y falta de apreciación de la del demandante". Que el Tribunal estimó el documento que contiene la promesa de contrato, y falla haciéndole comentarios favorables, sin estudiar ninguna de las pruebas del Cuaderno número 3 de la primera instancia, y dejó de estudiar: el certificado de la Tesorería Municipal, en que aparece que Borrero continuó pagando los impuestos, y las declaraciones de Simón Laverde, Antonio Hernández Vernaza y otras del referido Cuaderno número 3, y las pruebas del Cuaderno número 8; y las posiciones, según las cuales, se explica cómo Ossa ofreció dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) por la finca "El Brillante", y Borrero le manifestó que pertenecía a una mortuoria que estaba para liquidarse, de tal manera que Ossa sí sabía la situación legal de la finca. Textualmente dice: "Incurrió en error de derecho al aplicar los artículos del C. C., 2674, 775, 1102, 1103, 1546, 1882, 1544 citados en la sentencia y las (sic) del C. J., 647 y y 648 y cometió error de hecho al confundir la posesión de los herederos de Inés Ortiz con la presunta tenencia de Ossa". Que, al confundir los derechos de los menores, emanados de su estado civil y de "sus títulos sucesorales" con la posesión clandestina, dejó de "estudiar y apreciar" los artículos 673, 745, 751, 762, 778 y 789 del Código Civil.

Para resolver, se considera:

No sin gran dificultad, la Corte ha podido concretar en los apartes que se dejan compendiados, los innumerables reparos que en forma confusa, difusa y carentes de toda técnica, se han propuesto contra la sentencia en estudio. Con excepción de la causal segunda alegada, el recurrente no ha expresado cuál es el motivo de la violación que entraña el reparo de los señalados en el artículo 520 del C. J., ni el concepto de ésta.

"En casación, como lo ha dicho esta Sala, no es suficiente expresar que tal o cual disposición ha sido violada y extenderse en razonamientos probatorios de carácter general alrededor del alcance de las disposiciones analizadas. Con ello se habrá hecho un alegato de instancia, mas no una demanda de casación. La técnica de este recurso exige que, además de citar las disposiciones violadas se puntualice claramente el concepto en que lo hayan sido y la clase de error en que hubiere incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera". (G. J., Tomo 59, pág. 410).

El recurso de casación no se dirige a revisar el pleito o la controversia planteada en las instancias, ni a provocar un nuevo análisis de prueba, pues no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida, en sus relaciones con la ley y a través de los cargos formulados por el recurrente.

Esto sentado, se procede al estudio de los presentados, en su orden.

1.—En relación con la demanda de reivindicación propuesta por Borrero contra Ossa, relativa al inmueble de "El Brillante", el Tribunal absolvió al demandado "de los cargos formulados en la citada demanda".

Ahora bien: como lo tiene determinado esta Sala, "cuando la sentencia es totalmente absolutoria no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones

y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda". (Casación, Tomo 49, números 1957 y 1958, páginas 512, 601, 610).

2º—En relación con la prueba del contrato de promesa de venta, se observa lo siguiente: que según el texto mismo del instrumento, las partes convinieron en dejarlo en poder del Notario, para hacer uso cuando fuera el caso; que el contrademandante Ossa acompañó a su demanda una copia simple de él, pero posteriormente y dentro del término de prueba, el propio señor Borrero solicitó al Juez se librara despacho al magistrado del Tribunal, que conocía de otro negocio en que dicho documento obraba original, para que se expidiera copia conducente, la cual fue ordenada con las formalidades legales y se halla en el proceso.

Existe, pues, un reconocimiento tácito por parte del demandante con respecto a tal instrumento.

Entre los modos o maneras de reconocer el documento privado, se encuentra, según nuestros códigos civil y judicial, el reconocimiento tácito, el cual resulta de que aquél haya obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada, o de su apoderado, y no lo haya objetado o redarguído de falso, para que la parte que lo presentó, pruebe su legitimidad (art. 645 del C. J.). La parte contra quien se adujo, fue Ossa y éste no lo tachó de falso, sino que, por el contrario, lo aceptó.

Los documentos privados se presentan originales y sólo se admiten en copia que tenga el mismo valor, entre otros casos, cuando se expida por orden del Juez, como en el asunto en estudio (artículo 647 del C. J.).

3º—Al considerar la acción reivindicatoria materia de la demanda principal, en presencia del contrato de promesa de venta, el Tribunal anotó que cuando se firmó aquélla, aún no había adquirido la finca quien prometía venderla. La promesa se firmó el quince de febrero de 1944 y la adquisición del bien que se reivindica, la efectuaron los demandantes por escritura número 143 de 26 de julio de 1944, es decir, Borrero había prometido vender una cosa de la cual vino a ser dueño cuatro meses quince días posteriormente. "De tal manera —dice el Tribunal— que la tradición del dominio, en relación con los demandantes en reivindicación, arranca desde la fecha de su inscripción de acuerdo con lo que previene al efecto el artículo 2674 del C. C., en relación con terceros". Tal concepto es rigurosamente exacto.

Pero en la práctica y con respecto al fallo, ninguna influencia tuvo el examen del precepto en la solución final del litigio, pues el Tribunal, después de haber encontrado justificadas las causas para que la reivindicación pudiera decretarse, negó lo pedido al respecto, no obstante considerar justificada la demanda sobre el particular, pero la Sala no puede entrar a estudiar tal anomalía, pues la sentencia no se acusó por este aspecto.

La escritura número 88 de 17 de junio de 1940, contiene un contrato de permuta del predio "El Diamante" por "El Brillante", este último materia de la reivindicación; pero este contrato fue resuelto por los contratantes, por cuanto el predio de "El Diamante" pertenecía a la sociedad conyugal Borrero-Ortiz, en estado de liquidación para la fecha del contrato.

En el convenio de promesa de venta firmado entre Borrero y Ossa, se dispuso que el prometiente comprador entrara en posesión de la finca que se le ofreció vender; por consiguiente, Ossa ejercía allí mismo la mera tenencia, sin ánimo de señor y dueño, en espera de poder adquirir el dominio.

El incumplimiento por uno de los contratantes da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido, o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para demandar, o la resolución o el cumplimiento del contrato en ambos casos con indemnización de perjuicios, (artículo 1546 del C. C.).

Consta de autos, que la negociación fue acordada por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), de los cuales Ossa dió a Borrero tres mil, al firmarse la promesa, y mil pesos ($ 1.000.00), que debían entregarse en el plazo de cuatro meses, y que dos o tres días antes de su vencimiento, Ossa se presentó a pagar y Borrero se negó a recibir, por no poder efectuar la tradición del inmueble negociado, pues la mitad pertenecía a sus hijos. Tal hecho aparece aceptado y confesado por Borrero, luego, necesario era concluír que estaba en mora de satisfacer lo pactado, cosa que no acontecía con don Ricardo.

4º—En el aparte correspondiente a este numeral, sostiene el recurrente que, no pudiendo enajenar los menores condueños con el señor Borrero su cuota en el inmueble materia de la promesa, no podía por ello el Tribunal dar aplicación al artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Sobre el particular, bastaría observar que la promesa de contrato se firmó el quince de febrero de 1944, cuando todavía los menores no habían adquirido su derecho en el predio "El Brillante" negociación que sólo se realizó el 26 de julio de

1944. El contrato de promesa de venta se celebró entre personas mayores de edad y legalmente capaces para contratar. No se prometió vender bienes que pertenecieran a los menores.

5º—Ya por mandato expreso del artículo 1546 del C. C., relativo a la condición resolutoria tácita que va envuelta en los contratos bilaterales, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, como por lo dispuesto en los artículos 1612 y 1613 del mismo Código y como consecuencia de lo demandado, el Tribunal condenó al contratante que no cumplió a pagar el valor de los perjuicios sufridos por quien satisfizo lo pactado y en contra del moroso en llenar sus obligaciones. No se discutió en el juicio, si los herederos estaban o no en posesión de alguna herencia. La acción principal del pleito es la de reivindicación, o sea la del dueño que no está en posesión. La demanda fue propuesta por Borrero, en su nombre y en el de sus hijos, y allí atribuyen la posesión al demandado. No vienen al caso, pues, los artículos 762 y 783 del C. C.

No se litiga en el presente proceso, nada relacionado con el predio de "El Diamante", que sí pertenecía a la sociedad conyugal en liquidación Borrero- Ortiz.

6º—Atrás se explicó que la casación no es una nueva instancia del juicio, en que se pueda hacer un nuevo examen de la cuestión probatoria. Cuando se acusa por violación indirecta de la ley sustantiva como consecuencia de una errada interpretación de pruebas, es necesario determinar si se trata de error de hecho o error de derecho y el concepto o motivo de la violación.

Hay qe determinar la prueba, y en consecuencia no se puede acusar, como lo hace el recurrente, porque el Tribunal no estimó las referentes al Cuaderno 3º, "ni las del Cuaderno 8º de la segunda instancia". Cita el demandante unas cuantas declaraciones de testigos, que dice no fueron apreciadas, mas sin indicar el error cometido con esa falta de estimación.

Ataca, por último, por una indebida apreciación de las posiciones absueltas en el juicio, pero sin precisar qué lesión produjo a la parte recurrente tal conducta, ni a qué se encamina la prueba citada. El Tribunal encontró demostrada la promesa de venta del predio "El Brillante", hecha por Borrero a Ossa; halló que reunía las condiciones legales como promesa, que se habían llenado los requisitos prescritos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887; que el contrademandante cumplió con sus obligaciones, cosa que no hizo el demandado, y como consecuencia, declaró la resolución impetrada.

Dice el recurrente, que no se apreció un certificado del Tesorero Municipal, en que consta que Borrero continuó pagando los impuestos de la propiedad de "El Brillante", pero tal prueba era impertinente, pues a nada conducía. Ossa no se presentó como dueño, sino simplemente como persona a quien se le había ofrecido venderle una finca, si cubría cuatro mil pesos ($ 4.000.00); tres mil de contado que entregó, y mil pagaderos a los cuatro meses de firmado el compromiso; que en tiempo se presentó a pagar, pero que el obligado no aceptó, lo que dió origen a la resolución del contrato.

En cuanto a las posiciones, aparece que Ossa conocía que la finca no era de Borrero, pero ello no obsta para que legalmente se hubiera comprometido a venderla.

No se ve, pues, en qué forma pudo el Tribunal violar las disposiciones que se citan, ni lo dice el recurrente, muchas de las cuales son extrañas al debate, como los artículos 1102 y 1103 del C. C., relativas al testamento militar, y otras referentes a la posesión de la herencia, que no vienen al caso, pues la finca "El Brillante" no pertenecía en el momento de iniciarse el juicio, a ninguna causa mortuoria pendiente.

Por lo expuesto, se declara que no progresa ninguno de los cargos aducidos contra la providencia en estudio.

Sentencia:

Por las consideraciones antedichas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo.— Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

PRUEBA DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL.—LA COINCIDENCIA ENTRE LA PREGUNTA DEL CUESTIONARIO Y LA RESPUESTA DEL TESTIGO, NO SE OPONE NECESARIAMENTE A LA VERACIDAD Y SINCERIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1—No se opone forzosamente a la veracidad y sinceridad de la prueba testimonial la circunstancia de que la respuesta del testigo coincida con la pregunta que sobre un punto se le hace, pues aquellas condiciones las desprende el Juez de la impresión que en su ánimo le cause el texto íntegro de la declaración y de las razones o motivos por los cuales el testigo exprese tener conocimiento de los hechos. Y mucho menos fuerza tiene aquella coincidencia cuando el testimonio se rinde con intervención del apoderado de la parte contraria y cuando después de las repreguntas de éste, la declaración sale limpia de toda tacha.

2—Es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al juez en la apreciación del "conjunto de testimonios fidedignos que se aduzca para demostrarla, ha de ser muy estricto, desde luego que el artículo 399 del C. C. expresamente requiere que esa posesión se establezca "de un modo irrefragable", es decir, que no se pueda contrarrestar.

La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esa posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años contínuos, por lo menos (artículo 398 C. C.), y deberá probarse en juicio, mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (artículo 399). Esos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asímismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil detalladamente reglamentada en la ley. No basta, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo, y la fama, para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer, con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años contínuos, por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública.

3—Para que a la Corte le sea dable modificar en casación la apreciación probatoria del sentenciador de segunda instancia, el error de hecho en la apreciación de las pruebas debe presentarse en este recurso de modo manifiesto o evidente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, Julio ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El doctor Alfonso Vargas Solórzano, hablando como apoderado especial de César Rengifo o Díaz, propuso ante el Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué, juicio ordinario contra Aminta, Soledad, Jorge, Camilo y José Vicente Rengifo Guzmán, en su condición de herederos de Julio César Rengifo, para que se declare, entre otras cosas, que su poderdante es hijo natural de Julio César Rengifo y que en su calidad de tal tiene derecho a la herencia de éste.

Como hechos fundamentales de esa demanda invocó el actor los previstos en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Los demandados negaron los hechos y se opusieron a las declaraciones solicitadas, y surtido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento falló el pleito en sentencia de ocho de julio de mil novecientos cincuenta, en que declaró probada la excepción de ilegitimidad de personería de los demandados, por cuanto no se demostró su carácter de herederos del causante, y

en consecuencia los absolvió de los cargos que se les formularon.

Por recurso de apelación concedido al actor subió el negocio al Tribunal Superior de Ibagué, el que en sentencia de 22 de enero de 1951, revocó la apelada y en su lugar accedió a lo pedido en el libelo de demanda.

En ese fallo y en cuanto interesa al recurso de casación que en su contra se interpuso, el Tribunal, después de resumir el contenido de las declaraciones de los testigos Luis L. Arce Palma, Israel Rojas Ortiz, Tobías Velásquez Crespo, Jorge Solano Alvarez, Salomón Varón, Emma Reyes de Gutiérrez, Aura María Reyes de Arce y Elías Ramón Rivera dice:

"Visto lo anterior, el Tribunal halla que del conjunto de la prueba testimonial que el demandante Rengifo o Díaz hizo practicar en los términos probatorios de la primera y de la segunda instancias, excepción hecha del testimonio de Israel Rojas Ortiz, que se contradice notoriamente al ser repreguntado por el señor apoderado de la parte demandada, sí se desprende sin lugar a duda, que entre el presunto padre del demandante, Julio César Rengifo G. y la madre del mismo demandante, Eva Díaz, existieron relaciones sexuales estables, notorias o públicas, con comunidad de habitación, y que el demandante es hijo o fruto de esa unión, habiéndose operado su nacimiento en la ciudad de Ibagué, en el año de 1924, en la época de tales relaciones, que varios declarantes hacen empezar, más o menos, desde los años de 1923 ó 1924. También se desprende sin lugar a duda, que el causante trató al demandante como hijo suyo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y que los deudos, amigos y el vecindario del domicilio de Ibagué han reputado al demandante como hijo de dicho causante a virtud de ese tratamiento, por un espacio de tiempo de más de diez años contínuos. Es decir, que en el caso de autos sí están demostradas las causales invocadas por el demandante, para la declaración judicial de la paternidad natural."

A la parte demandada se le concedió el recurso de casación que hoy se procede a decidir.

El recurrente aduce la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y apoyándose en ella propone contra el fallo los dos cargos que a continuación se compendian y examinan.

Primer Cargo.—El Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 403, 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, al admitir la viabilidad y procedencia de la acción incoada contra los herederos del presunto padre cuando ya éste había fallecido, pues según dichas normas ella no podía proponerse en tal circunstancia contra aquéllos, por no tener legalmente la condición de legítimo contradictor, y estar de consiguiente prescrita.

El recurrente considera conveniente el que la Corte se pronuncie nuevamente sobre este importante tema y para apoyar su opinión aduce, sin agregar una nueva, las razones que sirvieron anteriormente a la Corte para sostener su abolida doctrina sobre el particular, por lo cual hoy le bastará a la Corte, para replicar el cargo, invocar y transcribir las sólidas consideraciones, que esta Sala comparte en su integridad, en que se afirma la jurisprudencia sentada y mantenida constantemente a partir del mes de octubre de 1945 hasta la fecha:

"Conforme a la nueva doctrina de la Corte que abrogó la anterior sobre filiación natural, los artículos 401, 402 y 403 del C. C. forman un conjunto tal que desligarlos conduciría al absurdo. El primero de éllos dá alcance absoluto al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; de suerte que 'no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino **respecto de todos**'; para que se produzca tan excepcional resultado establece el segundo de aquéllos (el 402) ciertos requisitos, de éllos, que se haya pronunciado contra **legítimo contradictor,** y el tercero (el 403) define esta locución precisando que en la cuestión de paternidad lo es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre. Claramente se ve que la intervención del padre con tal nombre o calidad de legítimo contradictor significa que cuando se está ante ella de manera que con esa intervención se haya seguido juicio, la senteneia tendrá alcance contra todos, en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia, circunscrito como está por los artículos 473 y 474 del C. J. y 17 del civil a las personas que han intervenido en el litigio o sus causahabientes. Así, pues, aquellas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que precisamente el presunto padre haya de ser el demandado en un pleito sobre reconocimiento de paternidad natural y que, por lo mismo, la acción de quien se pretende hijo de él se haya de tener por extinguida si en vida de aquél no fue invocada.

"Ante los artículos 219, 220, 221, 222 y 223 del c.c. y 335 a 337 del mismo no puede sostenerse que precisa y exclusivamente sea la persona del padre, y en su caso la de la madre, la que intervenga como parte en los juicios respectivos, aun-

que, como regla básica, según el artículo 216, mientras viva el marido sólo él mismo podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Habiendo otras personas capacitadas por aquellas disposiciones con tal fin, no puede entenderse la expresión 'so pena de nulidad' conque termina el artículo 403 como corroboración de que la muerte del padre extingue la acción del hijo, porque bajo aquella pena se exija allí la intervención del padre 'siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo'. Si así se entendiera esa exigencia y sanción, se incurriría en el absurdo de darlas por aplicables a los casos aludidos en que otras personas distintas del padre están provistas de aquella capacidad, a más de que esas mismas exigencias y sanción sobrarían y quedarían sin sentido si se refirieran a juicios como los aludidos en el artículo 216, es decir, en los que figura el padre. De estas consideraciones se deduce que aquel requisito y la pena de nulidad se refieren ante todo a los juicios de maternidad disputada, principalmente en los que, estando implicada igualmente la paternidad, no basta señalar a la madre como demandado o que se señale como tal al hijo, sino que es preciso traer al padre a la controversia. Claro es que en cuanto no haya muerto.

"El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 declara aplicables al caso de filiación natural los del c. c. que enumera, entre los cuales no figura el 402. En general, la cita de ciertas disposiciones no cabe entenderla como exclusión de las pertinentes no citadas. Y la íntima vinculación de este artículo con el que le precede y el que le sigue, a la vez que impide jurídicamente desligarlos, impide interpretar el artículo 7º y la ausencia en él de la cita del 402 del código como prohibición de mirar hacia éste en tales juicios.

De otro lado, el estado civil y las acciones conducentes a establecerlo son algo existente **per se** y por lo mismo, independientes de circunstancias extrínsecas, como lo es, por ejemplo, para aquel estado del hijo en lo tocante a su filiación, el que su padre viva aún o haya muerto, pues mientras el hijo viva tiene que considerarse vivo con él su interés relativo a ese estado. Además, éste no puede entenderse simplemente como estado desde el punto de vista netamente familiar o social o moral, sino también desde el punto de vista patrimonial. Y sería un contrasentido dar por extinta la aludida acción con la muerte del padre, la que señala el momento de la apertura de su sucesión según el artículo 1012 del c. c. y determina la vocación, el llamamiento de que habla el artículo 1013 ibídem.

"Si todas estas reflexiones impone el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre, a quien, viviendo, le habría tocado respoder ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones transmisibles (artículo 1155 c.c.). Querrá decir tan sólo que la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos tendrá el alcance relativo de toda sentencia y que, por ende, no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido parte en la controversia, en contraste con la que se dictara en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto **erga omnnes,** en virtud de la declaración excepcional del artículo 401, ya que la locución **legítimo contradictor** de que el artículo 402 se vale para señalar al padre, tiene ese preciso sentido y resultado, y no la sugestión que había querido vérsele **a contrario sensu** de ilegitimidad en cualquiera persona distinta." (Casación, 1º octubre 1945, LIX, 684; 28 julio 1946, LX, 717. 29 de julio 1946, LX, 777. 23 de septiembre 1946, LXI, 68. 5 de noviembre de 1946, LXI, 415. 18 de septiembre 1947, LXIII, 27. 11 de mayo 1948, LXIV, 371. 14 de septiembre 1948, LXIV, 751).

Segundo Cargo.—Sostiene el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 4º, ordinales 4º y 5º, 6º, 7º de la Ley 45 de 1936, 398 y 399 del Código Civil, a consecuencia de haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial traída al proceso con el fin de demostrar tanto las relaciones sexuales notorias y estables como la posesión notoria de hijo natural en que se funda la demanda.

Se considera:

La primera falla que se observa en el planteamiento del cargo y que es suficiente para determinar su ineficacia, es que el Tribunal formó su convicción en la apreciación "del conjunto de la prueba testimonial" traída por el demandante y que en el método que emplea el recurrente, va examinando una a una las aludidas declaraciones e invocando separadamente las razones que a su juicio son pertinentes para desechar cada testimonio, y para concluír —cuando se trata de la posesión notoria— que no se reúne "el conjunto de testimonios fidedignos" que la ley requiere para su demostración. Es decir, no hace un es-

tudio comparativo y de conjunto de la prueba, para destacar de esa manera el error en que incurriera el Tribunal. Y esto era indispensable hacerlo así en el caso de autos, en que hay cuando menos tres testigos a quienes les constan los hechos constitutivos de la posesión notoria de hijo natural, mantenida por espacio de más de diez años; otro grupo al cual les constan los mismos hechos por el menor tiempo, pero a partir de y hasta determinada fecha, y otro desde y hasta otra fecha diferente; de tal suerte que relacionados esos dos últimos o sumándolos se encuentra el mantenimiento de la posesión notoria por espacio de más de diez años.

La segunda falla consiste en que el recurrente deja por fuera de su ataque una declaración tan importante, precisa y sincera como la de Aura María Reyes de Arce, (f. 12, c. Nº 6), tomada en cuenta también por la sentencia.

No obstante lo anterior, se detiene la Sala en examinar el ataque a la prueba en lo referente a la posesión notoria, sin considerar el que se relaciona con la prueba de las relaciones sexuales estables, pues como el Tribunal se fundó en que tanto aquélla como éstas estaban demostradas, bastaría para que el fallo se mantenga el que el primer ataque no prospere.

El recurrente combate las declaraciones de Arce Palma (f. 6 c. Nº 5), y Solano Alvarez (f. 9, c. Nº 5), y les hace a ambas la objeción común de que sus respuestas corresponden textualmente a los términos del cuestionario que se les formuló, y a la del primero, la de que incurrió en contradicción al contestar a una repregunta, sobre la época del nacimiento de César Rengifo, comparándola con lo que antes había expresado sobre el particular.

No se opone forzosamente a la veracidad y sinceridad de la prueba testimonial la circunstancia de que la respuesta del testigo coincida con la pregunta que sobre un punto se le hace, pues aquellas condiciones las desprende el Juez de la impresión que en su ánimo le cause el texto íntegro de la declaración y de las razones o motivos por los cuales el testigo exprese tener conocimiento de los hechos. Y mucho menos fuerza tiene aquella coincidencia cuando el testimonio se rinde con intervención del apoderado de la parte contraria y cuando después de las repreguntas de éste, la declaración sale limpia de toda tacha.

Los declarantes mencionados afirman conocer de vista, trato y comunicación a Julio César Rengifo Guzmán, Eva Díaz y a César Rengifo o Díaz, y a éste desde su nacimiento; que les consta por haberlo presenciado que Julio César reconoció a César, desde el nacimiento de éste hasta la muerte de aquél, como su hijo natural, presentándoselo como tal a éllos, a sus amigos y al vecindario en general, y dándole educación en las escuelas de Ibagué, techo y subsistencia y que tanto los declarantes como los deudos, amigos y familiares de los Rengifos han tratado y reputado a César como hijo natural de Julio César y que esta situación se mantuvo por más de diez años.

Las razones por las cuales los declarantes afirman que llegaron a tener conocimiento de las personas y los hechos son enteramente satisfactorias y no se puede pedir más sobre el particular. Y la contradicción que el recurrente le anota al declarante Arce Palma, carece de fundamento, pues el testigo lo que afirmó fueron dos hechos diferentes entre sí, consistente el uno en que el nacimiento de César ocurrió en Ibagué en el año de 1924 y el otro, en que no recordaba la fecha ni el día en que Julio le presentó a César como hijo natural suyo; pero el testigo no dijo, como lo entiende el recurrente, que no recordaba la fecha del nacimiento de éste.

En perfecta armonía y coincidencia con aquellos declarantes está el testimonio, que como se dijo no combate el recurrente y sí toma en cuenta la sentencia, de Ana María Reyes de Arce (f. 12 c. Nº 6), que es irreprochable, a juicio de la Corte, pues afirma constarle por conocimiento personal y directo los mismos hechos, y que la posesión notoria de hijo natural se mantuvo por espacio mayor de diez años, o sea desde el nacimiento de César, a quien tuvo entre sus manos en el momento en que nació en Ibagué en junio de 1924, hasta la muerte de Julio César, que ocurrió, según consta en autos, en 1948.

Obran también en autos las de Salomón Varón (f. 9v., C. Nº 5), Emma Reyes de Gutiérrez, (f. 10v. c. Nº 6), y Tobías Velásquez Crespo, (f... 8, C. Nº 5), quienes afirman constarles directa y personalmente los hechos constitutivos de la posesión notoria, por espacio de siete u ocho años, y que si bien por sí sólos no servirían para demostrar aquélla por no abarcar la totalidad del tiempo correspondiente, sí son utilizables, como los utilizó el Tribunal, en refuerzo de las tres declaraciones antes citadas para dar así como plenamente establecido el hecho cuestionado.

Con respecto a la prueba de la posesión notoria ha dicho la Corte:

"Como lo ha anotado la Corte, es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba refe-

rente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al juez en la apreciación del 'conjunto de testimonios fidedignos' que se aduzca para demostrarla, ha de ser muy estricto, desde luego que el artículo 399 del c.c. expresamente requiere que esa posesión se establezca 'de un modo irrefragable', es decir, que no se pueda contrarrestar.

"La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esa posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años contínuos, por lo menos (artículo 398 c.c.), y deberá probarse en juicio, mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (artículo 399). Esos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen asímismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil detalladamente reglamentada en la ley. No basta, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo, y la fama, para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer, con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años contínuos, por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública".

En el caso de autos se han cumplido a cabalidad las exigencias jurisprudenciales, y si a eso se agrega que el error de hecho en la apreciación de las pruebas tiene que presentarse en casación de modo manifiesto o evidente para que a la Sala le sea dable modificar la apreciación probatoria del sentenciador de segunda instancia, y ya que aquí no aparece el error y mucho menos en esa forma, es forzoso concluír que el cargo que se ha examinado debe rechazarse.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintidós (22) de enero de mil novecientos cincuenta y uno (1951), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Ibagué.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente a la oficina de origen.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — NO PUEDE INVOCARSE ESTA CAUSAL CUANDO LO OCURRIDO ES UN ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1—Cuando el sentenciador incurrió en error al interpretar la demanda, no puede acusarse en casación por incongruencia entre lo fallado y lo pedido, con base en la causal 2ª; sino que lo procedente es invocar la causal 1ª, por error de hecho al hacer tal interpretación.

2—El artículo 946 del C. Civil, inicial de la reivindicación, por lo cual cubre toda la materia, establece lo que el actor debe probar en relación con el dominio de la cosa, a fin de que el demandado "sea condenado a restituirla". Son varios hechos y una condenación impetrada: la restitución. Sobre esto, sobre la restitución debe versar el fallo, después de que los hechos sean enunciados y probados. Y esos hechos son: cosa determinada, derecho de dominio en el actor, posesión material en el demandado, identidad entre esa cosa y la enunciada en el libelo. Pero éstos son hechos que, como tales, se deben expresar en la demanda y que el juzgador debe hallar probados, para poder pronunciarse sobre la restitución.

3—Quien establece una acción reivindicatoria, no está obligado a pedir que se le declare dueño de la cosa que reivindica, sino que le basta probar que lo es: el carácter de propietario es más bien materia de un hecho que de una petición en la demanda.

4—Según los términos del artículo 214 del C. J., es en la contestación de la demanda donde debe expresarse que el demandado no tiene la cosa en su poder.

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

Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía.

Sobre un inmueble de dos plantas, con viviendas y con locales de comercio, situado en esta ciudad sobre la carrera 13-A y marcado en sus puertas principales con los números 12-66 y 12-55, han versado dos juicios ordinarios: uno que terminó con sentencia de la Corte de diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, y el otro que ha de quedar sellado con esta sentencia.

A)—En el primer juicio figuró como demandante Manuel Lozano y como demandadas Magdalena Lozano y Amelia López. Muerta aquélla cuando el juicio cursaba, tomó su posición Luis Rogerio ó Rogerio Ardila López en su carácter de heredero único testamentario. Se pidió en ese juicio una declaración de dominio a favor del actor Manuel Lozano, y su restitución, sobre el inmueble mencionado. El Tribunal Superior de Bogotá, revocando la sentencia del Juez, decidió en la suya de veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta, que el demandante Manuel Lozano "es único dueño de la totalidad de la finca urbana", de que se trató arriba, "con derecho a todos los atributos o elementos integrantes de esta propiedad."

No se accedió a la restitución porque según lo establecido en el juicio "la demandada no está en posesión, ni siquiera en tenencia material de las porciones de la casa", por lo cual "ha de desecharse, por improcedente e inútil, la acción restitutoria puesto que según la doctrina del artículo 964 del C. C., la finalidad práctica de la acción reivindicatoria consiste en devolver al nudo propietario (artículo 950) la posesión material que ejercita el demandante". Y agrega el Tribunal: "La acción restitutoria de posesión sobre que versa la segunda petición del demandante no puede prosperar por ineptitud o indeterminación del libelo de demanda con respecto a la cosa materia de la restitución".

En todo caso: la sentencia definió el dominio a favor de Manuel Lozano; figuraron en el juicio Luis Rogerio ó Rogerio Ardila López y Amelia López, pero con la circunstancia de que antes de dictarse tal sentencia el actor Lozano desistió de la acción, en lo que se refiere a la citada Amelia López; y la Corte no casó la sentencia del Tribunal, la cual, por tanto, quedó en firme, y fue debidamente registrada.

Muerto Manuel Lozano, el inmueble en cuestión pasó a ser de María Helena Lozano, heredera de aquél.

B)—En el presente juicio María Helena Lozano, a quien se acaba de nombrar, entabló demanda ordinaria contra Luis Rogerio o Rogerio Ardila López y contra Amelia López, ya citados, en la cual se pide, entre otras cosas:

1º—Que la posesión civil inscrita a favor de la actora Lozano sobre el inmueble cuestionado está vigente con exclusión de los demandados.

2º—"Que Amelia López, por sí o como delegada de Luis Rogerio ó Rogerio Ardila López, restituya la porción del inmueble que ocupa, con todos sus accesorios y dependencias".

3º—"Que Luis Rogerio ó Rogerio Ardila López restituya la porción del inmueble que ocupa, con todos sus accesorios y dependencias".

El Juzgado 8º del Circuito de Bogotá, en sentencia dé veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta, decidió los puntos anteriores, no aceptando lo pedido en el ordinal 1º, y accediendo a las peticiones hechas en los numerales 2º y 3º.

El Tribunal confirmó la sentencia del Juez, según fallo de ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, de manera que prosperó así la demanda de restitución, y los demandados interpusieron el recurso extraordinario, que se entra a estudiar.

La tarea de la Corte

Cada uno de los demandados recurrentes constituyó su apoderado, y de esta suerte, cada uno también presentó memorial acusatorio al correrse el traslado común a la parte recurrente; pero como después se advirtiera que los recurrentes éran dos, se corrió nuevo traslado, y el apoderado de Amelia López alegó de nuevo, de manera que son dos los alegatos de este apoderado. Mas como en el segundo dice que éste es "como síntesis o compendio del ya presentado y con un poco más de método y orden que no tiene el primero", se considerará el segundo escrito como la demanda de casación por parte de Amelia López. Pero para obrar con método, la Sala seguirá los pasos de la demanda del recurrente Ardila López, comprendiendo dentro del mismo análisis las cuestiones tratadas por el otro recurrente.

Cargo Primero:

Ambos recurrentes coinciden en acusar la sentencia por la segunda causal del artículo 520 del C. Judicial, o sea, por inconformidad entre lo pedido y lo setenciado.

Se funda esta acusación en que la parte actora entabló una acción restitutoria de la posesión, y sin embargo, se consideró por el juzgador que se trataba de una acción reivindicatoria. Se presenta así el cargo: El demandado afirma que la acción no es reivindicatoria sino posesoria especial, y se funda entre otros hechos en que se suplicó la declaración principal de ser la demandante "poseedora civil inscrita" y en que, entre otros, en el hecho 6º de la demanda y en toda ella se afirma enfáticamente que María Helena Lozano es legítima poseedora y se le perturba en esa posesión; y sinembargo, el Tribunal consideró la demanda como si se tratara de una reivindicación.

Se considera:

Sin mostrar la menor duda, y sin que ni el Juez ni el Tribunal hubieran considerado un caso de interpretación de la demanda, se estudió y falló ésta como de reivindicación. ¿La acción no era de reivindicación, como dicen los recurrentes?

Entonces quiere decir que el juzgador interpretó la demanda considerándola como reivindicatoria, y así falló el pleito. No hubo, por tanto, incongruencia entre lo pedido en la demanda, tal como lo interpretó el Tribunal, y lo decidido en la sentencia, pues allá se pidió la reivindicación de un inmueble, y aquí se accedió a lo pedido.

Si de interpretación se trató, entonces no es el caso de la causal segunda, sino de la primera. Los recurrentes dicen a este respecto: "Si como se ha demostrado, la acción ejercida o incoada en este pleito es la simplemente posesoria y el fallo recurrido la estimó y le dio la existencia ficticia de acción de dominio, es claro que la sentencia resolvió sobre puntos ajenos a la controversia, o dejó de decidir sobre los que han sido objeto del litigio (numeral 2º, 520 del C. J.)."

Y vale la pena de hacer notar que en la sentencia sobre reconstrucción del juicio, pues fue incendiado el 9 de abril de 1948, en la cual queda definido todo lo esencial del proceso, se dejó constancia de que el actor ejercitó la acción de restitución del inmueble. No restitución de la posesión o tenencia, como lo sostienen ahora los recurrentes. (fol. 6 v. y 7 v. del Cuad. 1º.).

Tratando de la inconformidad entre lo pedido y lo sentenciado, de que se quejan los recurrentes, dice el opositor esto que es exacto: "La sentencia está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Lo que ocurre es que el pleito fue fallado en favor de la

parte demandante. Si el argumento se generaliza, ninguna sentencia estaría de acuerdo con las pretensiones de ambas partes, porque toda controversia se desata a favor de una de ellas y en contra de la otra."

Mas, de una vez, y como éste es el argumento central de los recurrentes, que lo agitan en otros cargos, es conveniente estudiar la siguiente cuestión: se entabló una acción reivindicatoria, como lo consideraron los falladores, o se entabló una acción posesoria, como lo sostienen los recurrentes?

Como ya se vio, en el primer renglón petitorio de la demanda se impetra una declaración en el sentido de que está vigente la posesión civil inscrita de la actora sobre el inmueble en litis, con exclusión de los demandados, declaración que no se hizo por inocua e innecesaria.

Obraron acaso los juzgadores contra alguna ley, por no haberse hecho la declaración de ese renglón primero? Nadie lo ha dicho. La sentencia no ha sido acusada por esa circunstancia, y se puede decir entonces que el renglón desapareció de la demanda.

Quedó entonces desarticulada la demanda, con grave desmembración que la hizo ineficaz para un fallo reivindicatorio? No. Quedó completa. Prescíndase de ese renglón, de ese primer miembro petitorio de la demanda, y ésta reúne todos los requisitos legales, pues se pide en ella, dando por no escrita la primera solicitud, que se ordene a los demandados la restitución al demandante de las porciones de la propiedad urbana en litigio que están ocupando indebidamente.

Quién hace o quién debe hacer esa petición? El dueño. Cómo se es dueño: por la declaración que haga el Juez o porque el actor presente títulos de los cuales aparezca sin lugar a duda que reúne las condiciones legales para serlo? Se es dueño por ésto último: porque en el expediente el actor haya presentado la prueba plena de que es propietario, después de haber expresado en los hechos que tiene el dominio de lo que trata de reivindicar.

El artículo 946 del C. Civil, inicial de la reivindicación, por lo cual cubre toda la materia, establece lo que el actor debe probar en relación con el dominio de la cosa, a fin de que el demandado "sea condenado a restituírla". Son varios hechos y una condenación impetrada: la restitución. Sobre esto, sobre la restitución debe versar el fallo, después de que los hechos sean enunciados y probados. Y esos hechos son: cosa determinada, derecho de dominio en el actor, posesión material en el demandado, identidad entre esa cosa y la enunciada en el libelo. Pero éstos son hechos, que como tales se deben expresar en la demanda y que el juzgador debe hallar probados para poder pronunciarse sobre la restitución. Y en la demanda se enunciaron de esta manera:

1º á 6º, tratan del dominio de la actora sobre el inmueble de la demanda.

7º y 8º, tratan sobre las partes que detentan los demandados en ese inmueble, partes que aparecen delimitadas e identificadas, y que deben ser restituídas.

Además, en la demanda se pide que los demandados, como poseedores de mala fe, sean condenados al pago de frutos naturales y civiles y a otras prestaciones, materia ésta de los juicios de reivindicación.

Y por último, como fundamentos de derecho se citan en la demanda las disposiciones del Libro II Título XII del C. Civil, sobre reivindicación, y las relacionadas con dominio. No quedaba duda, y no la tuvieron los juzgadores, de que se trataba de una acción reivindicatoria.

Aquellos hechos los enunció y los probó el actor, sin que hubiera necesitado pedir una declaración sobre dominio, como no necesitaba pedirla sobre identidad, o sobre ocupación por parte del reo, o sobre otro culaquiera de los elementos que deben coexistir para que la reivindicación sea viable.

Es por esto que la Corte ha expresado "que quien establece una acción reivindicatoria no está obligado a pedir que se le declare dueño de la cosa que reivindica, sino que le basta probar que lo es: el carácter de propietario es más bien materia de un hecho que de una petición en la demanda." (G. J. XXVIII pág. 264.)

No prospera este cargo.

Cargo Segundo:

Se deja a un lado aquí el cargo sobre incongruencia, pero se da por establecido que la acción incoada es posesoria, y se apuntan entonces como violados unos textos legales sustantivos. Se inicia así el cargo: "Siendo la acción posesoria, como lo estima el demandado, el fallo acusado quebrantó los artículos 946, 949, 950, 952 y 967 del C. C. que definen y reglamentan la acción de dominio."

Fuera de que no se expresa el concepto de esas violaciones, ni se cita la causal de casación, el recurrente entra a argumentar sobre la base de que la acción era posesoria, es decir, sosteniendo un punto de vista contrario al del Tribunal. Pero no se trataba de enfrentar tesis a las del

Tribunal, ni se trataba de polemizar contra lo sostenido en la sentencia sobre el particular. El Tribunal decidió que se estaba frente a una acción de dominio, y los recurrentes dicen que esto se debió a una mala interpretación de la demanda. Pues entonces se ha debido atacar esa interpretación, lo que no se hizo. Apenas se enunció el cargo en el capítulo anterior, para alegar la incongruencia.

Se citan aquí como violados unos textos legales relacionados con la acción reivindicatoria; y si fue precisamente esta acción la que aceptó y falló el Tribunal, entonces no fueron violados esos textos enunciados por el recurrente, porque ellos se refieren a la acción reivindicatoria, que fue la que vio el Tribunal en la demanda, y la que consideró y falló.

Sobre estos puntos nada dice el recurrente de parte de la demandada Amelia López.

No tiene razón el recurrente en este cargo.

Cargo Tercero:

Versa este cargo sobre personería sustantiva de los dos demandados.

Sobre el demandado Ardila López, se dice que la sentencia expresó que muerta Magdalena Lozano, a quien se refirió el primer juicio historiado frente a la letra A) de atrás, dejó como heredero universal al citado Ardila López, quien ha debido entonces ser demandado en tal carácter, es decir, como representante de la sucesión de la Lozano. Así se enuncia este cargo: "Ahora bien: el hecho en virtud del cual se dedujo la acción contra la persona natural de Luis Rogerio Ardila y no como heredero o representante de la sucesión o herencia de Magdalena Lozano, es un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación en la persona natural de Ardila, o sea la ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado: no es la persona obligada a responder. Entonces el fallo que condenó personalmente a Ardila a restituír el inmueble que posee o tiene, no personalmente, sino como heredero y representante de la testadora Magdalena Lozano, cuya sucesión no se demandó, incurrió en error de hecho evidente al no apreciar las pruebas del juicio consistentes en el testamento de aquella señora, en el acta de defunción de la misma, en la declaración o reconocimiento judicial de Ardila como su heredero universal. Quebrantó el fallo el artículo 1072 C. C. que define el testamento; el artículo 1758 C. C. que define el instrumento auténtico, o sea la copia del reconocimiento o declaratoria de heredero de Ardila, autorizado por el competente funcionario; los artículos 346, 347 e Inc. del artículo 349 C. C. sobre registro de defunciones como prueba del fallecimiento. En cuanto a la ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado, quebrantó los artículos 328, 329, 341 a 343 del C. J., en el concepto arriba acotado, por falta de aplicación; y los artículos 1012, 1013, 783, 1298, 1299, 1303, 1155, 1008 y 1011 C. C. en el concepto arriba expresado y también por falta de aplicación al caso del pleito."

En relación con la demandada López, dice su apoderado que como en el primer juicio, letra A) de atrás, se desistió de la acción en favor de esta demandada, ese desistimiento produce los mismos efectos de la cosa juzgada, y no se le podía demandar entónces en el nuevo juicio. Así se expresa el recurrente: "En estas condiciones fácilmente se observa que el fallo acusado quebrantó el artículo 17 del C. C., puesto que, auncuando la sentencia obtenida anteriormente por Manuel Lozano lo declaró dueño exclusivo del inmueble, ese fallo no perjudicó a la señorita Amelia López, porque no fue dictado contra ella. En cambio el desistimiento perjudicó a Manuel Lozano, por haberlo hecho (artículo 464 C. J.). Como el fallo acusado hoy en casación estimó que en el juicio reivindicatorio anterior 'se declaró dueño a Manuel Lozano de la totalidad del inmueble' y con ese fundamento acogió la nueva acción contra Amelia López para condenarla a restituír, es claro que tal fallo —el hoy acusado— incurió en error de derecho al estimar la sentencia del primer juicio reivindicatorio como sentencia contra Amelia López, quebrantando el artículo 17 del C. C. por no haberlo aplicado, lo mismo que las disposiciones sustantivas de los artículos 467, 473, 474, 462 y 464 C. J. Y también, fácilmente se observa, que a la señorita Amelia López se le demandó en acción reivindicatoria en la primera acción, la misma cosa que hoy se le demanda o sea la propiedad del inmueble determinado en ambos, ya que ambos fallos así lo resolvieron. Como hay identidad jurídica de las personas actoras en las dos demandas, y como Amelia fue demandada en el primer juicio y respecto de ella se desistió, tal desistimiento equivale a cosa juzgada, desde luego que no puede proponerse nuevamente la misma acción por la misma cosa y la misma vía. El fallo acusado desconoció ese desistimiento en sus efectos, quebrantando en consecuencia, por este nuevo aspecto, los artículos 462, 464, 467 y 474 del C. J."

Se considera:

La demanda inicial se prologa con estas enunciaciones:

María Helena Lozano es propietaria del inmueble de que se ha hablado;

Este inmueble fue singularizado en una inspección ocular;

De ese inmueble retiene indebidamente una parte, singularizada en la misma inspección, el demandado Ardila López, y otra parte la demandada López en connivencia con Ardila López;

La posesión que sobre esas porciones alegan Ardila López y la López envuelve usurpación de la propiedad de la actora; y

En un juicio anterior sobre el mismo inmueble fueron demandadas Magdalena Lozano y Amelia López, fue reconocida la propiedad con todos sus atributos a favor de Manuel Lozano, padre de la actora, y allí se hizo parte el actual demandado Ardila López.

A renglón seguido se demanda personalmente a los citados Ardila López y la López como ocupantes de las porciones ya tratadas, y como se vio atrás, se dice en los hechos Séptimo y Octavo que aquellos **detentan** esas porciones.

Y qué ocurrió en seguida?

El demandado Ardila López contestó la demanda, y no sólo acepta en ella que es poseedor material como el actor lo afirma, sino que propone la excepción de prescripción.

La demandada López propuso la excepción de inepta demanda fundada en que "no posee ni parte ni el total del inmueble demandado". La excepción fue fallada desfavorablemente para la López, y entonces contestó la demanda, en la cual se lee esto expresado por su apoderado: "Así, Amelia López sólo ha tomado la posesión que le atribuyó don Manuel Lozano y lo que ahora se le atribuye en el juicio". Sin perjuicio de que en adelante siga en vaivén, aceptando unas veces ser poseedora, y otras expresando que no lo es. Pero en todo caso, lo expuesto en las contestaciones de la demanda, y lo que se va a expresar en seguida, definen incontrovertiblemente dentro del juicio la posición de los demandados, tal como la ley lo exige para que puedan ser sujetos pasivos de la acción. Y definido este punto de acuerdo con la ley, carecen de sentido y de razón cualesquiera razones en orden a tratar de demostrar que la personería de los demandados es incierta dentro del juicio.

Antes de presentar la demanda, el actor hizo practicar una inspección ocular para definir las partes del edificio ocupadas por los demandados, y en el acta de esa inspección se lee que una vez indentificado el inmueble, se encontró un departamento ocupado por Ardila López y por su familia, y en otro departamento se encontró a Rebeca de Rojas quien dijo ser empleada de Amelia López, ocupante del departamento y ausente en ese momento. Además, se expresa en esa acta, lo siguiente: "En conclusión, de la inspección ocular practicada sobre el inmueble número 12-66 y 12-52 de la carrera 13-A, aparece que el tramo Sur de la casa lo ocupa la señora Amelia López, el tramo norte lo ocupa el señor Rogerio Ardila López, y los almacenes y tiendas de la referida casa sobre la calle y sobre la carrera con inclusión de una pieza alta, los ocupa la señorita María Helena Lozano."

Aparece pues de autos todo lo que la ley requiere para establecer la personería de la parte opositora en un juicio reivindicatorio. Mas de acuerdo con el artículo 214 del C. Judicial, si el demandado en reivindicación no tiene la cosa en su poder, debe expresarlo en la contestación, pues de lo contrario, si el actor prueba su propiedad, se hace el demandado responsable de la cosa o de su precio. Sobre esto dijo la Corte: "El artículo 214 implica una garantía para las partes: para el demandado, porque probándose en el incidente respectivo que es otro el poseedor, queda exento de la demanda; y para el demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en el caso de prosperar oblígalo necesariamente a la restitución." (G. J. XLV pág. 646).

Según los términos de aquel artículo, es en la contestación de la demanda donde debe expresarse que el demandado no tiene la cosa en su poder. Ardila López, lejos de esto, aceptó que la cosa está en su poder, y no se le ocurrió decir, como lo expresó después, que la poseedora es la sucesión de Magdalena Lozano y que ha debido ser ésta la demandada, lo que quiere decir que es inválida esta alegación. En cuanto a la López, fuera de las pruebas de que se ha hablado, la justicia definió que es apta como demandada. Y ni aquél ni ésta comprobaron tener título superior al de la actora.

Ni se puede invocar cosa juzgada, alegando que la López figuró en el primer juicio como demandada poseedora, y en el presente juicio se le vuelve a demandar en el mismo carácter. Sobre esto es preciso hacer alguna historia.

En el primer juicio, como se vio, fueron demandadas, conjuntamente como poseedoras, Magdalena Lozano y la López. Y lo era ésta?

Al contestar la demanda dijo lo siguiente: "El demandante señor Lozano se ha equivocado al iniciar un juicio de reivindicación de la casa que

menciona en la demanda, contra mí, una vez que yo no soy ni he sido poseedora de dicha finca ni en todo ni en parte. Lo que pasa es que yo desde hace muchos años acompaño en su casa en donde vive y ha vivido siempre a la señorita Magdalena Lozano en calidad de empleada a su servicio. Esta es la razón por la cual yo habito y vivo en dicha casa." Y agregó más adelante: "Mi domicilio es en la casa materia de la demanda, porque vivo allí acompañando a la señorita Magdalena Lozano en calidad de empleada a su servicio."

Por su parte la otra demandada, señora Lozano, al contestar el hecho 13 de la demanda, en que se dice que ella y la López son colombianas solteras, y que ambas ocupan un departamento del inmueble, expresó: "Somos colombianas y solteras. Amelia López es una persona que me acompaña hace muchos años y por eso vive conmigo en mi casa cuya posesión tengo hace más de cuarenta años."

En vista de esto, dice la sentencia de primera instancia: "Por su parte Amelia López en la contestación de la demanda niega la calidad de poseedora que se le atribuye en la demanda y declara que en ninguna ocasión se ha pretendido dueña de parte alguna de la finca materia de la presente acción. Aclara además que la razón por la cual vive en la aludida finca es la de ser empleada al servicio de la señorita Magdalena Lazano."

Y agrega la sentencia: "La anterior relación demuestra, pues, que en cuanto se refiere a la demandada Magdalena Lozano se cumple la condición o elemento de la acción a que alude la rúbrica de este aparte" (Que el demandado sea poseedor de la cosa). (Cuad. Nº 6).

Una vez que la Lozano declaró que ella era la poseedora de la porción reclamada, y no su sirvienta, se desistió de ésta como demandada, y siguió el juicio solamente con aquélla, hasta que murió. Después el juicio se siguió con Ardila López.

Esto quiere decir que la López no fue poseedora dentro del primer juicio. Negó serlo.

Y ahora, en el presente, sí lo es, según pruebas del expediente, por lo cual se le demanda como poseedora de una parte determinada del inmueble. Aquí aceptó ser poseedora, mientras que en en el anterior juicio negó serlo. Por lo cual se trata de una nueva posesión.

Pero hay algo más: En el primer juicio se demandó conjuntamente a la Lozano y a la López como ocupantes de una parte del inmueble, sin haberlo definido debidamente, por lo cual se dijo en la sentencia del Tribunal, que no fue casada: "Como el demandante mismo confiesa que posee y administra sin contradicción de la demandada los siete locales y apartamentos de la planta baja, que dan a la calle 13 y a la carrera 13, y que tiene ocupados con objetos de su propiedad un cuarto interior de la casa en la planta baja y una parte de las habitaciones de la planta alta o segundo piso, implícitamente está afirmando que la demandada Lozano no está en posesión ni siquiera en tenencia material de esas porciones de la casa; por esta sola consideración ha de desecharse, por improcedente e inútil, la acción restitutoria de tales locales y piezas que posee el demandante, puesto que según la doctrina del artículo 946 del C. C., la finalidad práctica de la acción reivindicatoria consiste en devolver al nudo propietario (artículo 950 ibídem) la posesión material que ejercita el demandado y por esta razón el artículo 952 ibídem manda que la acción de dominio se dirija contra el actual poseedor, a quien la ley considera como sujeto pasivo de la acción restitutoria. El 'resto' o 'las porciones', según voces de la demanda, que habitó la demandada doña Magdalena Lozano con sus sirvientes y dependientes, ha debido ser el objeto único de la acción restitutoria, conforme a los principios civiles precitados. Pero dentro del tecnicismo legal no cabe pedir restitución del 'resto' de una casa ni de una 'porción' o 'porciones' indeterminadas de la misma."

Y agregó el Tribunal: "c) La acción restitutoria de posesión sobre que versa la segunda petición del demandante no puede prosperar por ineptitud o indeterminación del libelo de demanda con respecto a la cosa materia de la restitución." (Cuad. Nº 3).

Y fue por esto que la sentencia del Tribunal negó la petición sobre restitución.

No hubo entonces condena sobre restitución en el primer juicio, y sí la hay en el presente, contra la López, ya sola, y contra el otro demandado Ardila López. Conviene repetir que éste fue demandado en el presente pleito en nombre propio y como poseedor actual de la cosa, y no como causante en la posesión, ni como heredero de Magdalena Lozano, y que en tal carácter le hizo frente a la litis, aceptando el papel de demandado. De manera que en ambos casos se trata de una nueva posesión.

Se ve entonces que no se puede invocar cosa juzgada tratándose de dos juicios que tienen características diversas.

Dijo la sentencia ocasionalmente y no a manera de soporte en sus conclusiones, "que la acción reivindicatoria se extiende a los casos que

contempla el artículo 971 del C. C., es decir, que ella se puede dirigir contra el simple tenedor, pero no por esto puede entenderse que el citado artículo infirma todo lo establecido respecto al elemento posesión en el demandado." Y al rededor de ésto, ambos recurrentes hacen crítica sobre la tesis del Tribunal, como si éste hubiera expuesto una cosa disparatada. Mas no es así. Los recurrentes sostienen que el artículo en mención sólo es aplicable cuando entre el actor y el demandado existía un contrato no traslaticio de dominio, como el arrendamiento, el comodato, la prenda, el usufructo, el secuestro, etc., pero no a otros casos, contrato no alegado ni establecido aquí. La demandada López —a cuyo caso se refiere propiamente la argumentación— no tuvo contrato de tenencia con la actora, de manera que no se le podía demandar con base en ese artículo. Y termina el recurrente: "Así que el fallo recurrido quebrantó el artículo 971 del C. C. por errónea interpretación e indirectamente quebrantó los artículos 775 y 953 de la misma obra."

Esta acusación es infundada, más que todo porque el Tribunal no hizo depender ninguna de sus conclusiones en el citado artículo 971, según ya se dijo, artículo de interpretación más extensiva, pues se refiere a todos los casos en que el demandado se niega a entregar la cosa que se demanda no desconociendo el derecho de dominio ajeno a ella vinculado. El Tribunal cita una jurisprudencia de la Corte sobre los diversos caminos que llevan a la situación de mera tenencia a que aquel artículo 971 se refiere, y entre ellos está "el del poseedor material de una cosa en que está vinculado un derecho o cuota de otro, que no desconoce pero que se niega a entregársela" (Casación de 5 de diciembre de 1944).

El artículo 915 del C. Civil de Chile es exactamente igual al artículo 971 del Código Colombiano. El más notable comentador chileno, señor Claro Solar, estudia a espacio aquel artículo para fijar su sentido, y expresa en síntesis sobre él lo siguiente:

"Se contempla en el artículo 915 un caso distinto, el de un individuo que sin ser poseedor, porque retiene la cosa sin ánimo de señor o dueño, se resiste indebidamente, es decir, sin derecho alguno para seguir con la cosa, a restituírla a la persona a cuyo nombre la poseía. Si esa persona ha entrado a la tenencia de la cosa en virtud de un contrato celebrado con el demandante que le imponía la obligación de restituírsela después de cierto tiempo o en el evento de una condición, el demandante tiene a su favor la acción que emana del contrato, que será la que ejercite para exigir la restitución de la cosa; y al demandado se le aplicarán las reglas que respecto de deterioros, frutos y mejoras establece este título de la reivindicación, y se le considerará como poseedor de mala fe para estos efectos. Si esa persona ha entrado en la tenencia de la cosa en virtud de un acto de un tercero, o como legatario o heredero de un tercero, que le obliga a entregar al demandante la cosa después de cierto tiempo o en el evento de una condición, el demandante pedirá la restitución de la cosa de acuerdo con ese acto o disposición testamentaria, y en la demanda se aplicarán las reglas de este título en orden a deterioros, frutos y mejoras. Esto, salvo las disposiciones especiales que hubieran de aplicarse según la voluntad de las partes o las disposiciones legales que rijan al respectivo acto o contrato.

"Puede ocurrir que, tratándose de bienes raíces, el poseedor inscrito sea privado de la tenencia de la cosa, y que el tenedor, que no es poseedor de ella, la retenga indebidamente. La disposición del artículo 915 sería, en nuestra opinión, aplicable al caso; y el poseedor inscrito, que pretende tener o tiene efectivamente el dominio de la cosa y que conserva su posesión por la inscripción no cancelada, podría pedir que ese injusto tenedor fuera condenado a restituírle la cosa, aplicando las reglas de este título en conformidad a dicho artículo.

"Esta acción no tendría el carácter de reivindicatoria desde que el poseedor inscrito conserva la posesión de la cosa y el tenedor de ella no tiene ánimo de señor, aunque resista injustamente la entrega; pero el artículo 915 autoriza al propietario para deducirla como si se tratara efectivamente de reivindicar la cosa de un verdadero poseedor y aplicar en la instancia las reglas de este título." (**Derecho Civil** - Tomo IX - págs. 348 y 459.)

Es inválido este cargo.

Cargo Cuarto:

Aquí alega el recurrente por parte de Ardila López, que el asunto de este pleito ya fue fallado en el anterior a que se refiere la letra A) de atrás, y que por lo tanto, existe cosa juzgada. Dice que en este juicio, "posteriormente al reconocimiento de la propiedad con todos sus atributos, el fallo negó la entrega, de manera que para adquirir el actor esa entrega o posesión que ya le fue negada, debió alegar, no el mismo hecho alegado y sucumbido, sino otro distinto de género

próximo, como la simple acción posesoria". Y continúa así: "En síntesis estimo violados o quebrantados por el fallo los citados artículos 473 del C. J., y 17 del C. C., porque estas disposiciones consagran la autoridad de la cosa juzgada". Nada más, de manera que el cargo se presenta muy deficientemente.

Ya se vió atrás que el recurrente Ardila López se quiere escudar también en el principio de la cosa juzgada. Mas sobre este punto ya se hizo atrás una exposición para dejar contestada la queja.

Pero el caso simple es el siguiente: en el primer juicio, como se vio, se declaró que el actor era dueño de la cosa cuya restitución se solicitó, pero no se accedió a la restitución, no por concepto de quienes figuraban como demandados, sino por simples defectos de forma, de manera que se hizo imposible el fallo sobre entrega de esas partes. La sentencia de ese entonces no pronunció condena contra los demandados, como se expresó atrás, lo que quiere decir que ellos quedaron fuera de esa sentencia. Ahora figuran como nuevos demandados poseedores, lo que quiere decir que ni hay identidad de procesos, ni contra los demandados en este juicio se está repitiendo una condena de entrega.

Cargo Quinto:

Dos cuestiones se tratan en este cargo, que se refiere sólo al caso de Ardila López y que en resumen son una sola:

a) Que éste fue demandado personalmente, cuando ha debido ser demandada la sucesión de Magdalena Lozano, causante de Ardila López, por lo cual el Tribunal "incurrió en error de hecho evidente al no apreciar las pruebas del juicio consistentes en el testamento de la Lozano, el acta de defunción de ésta y la copia del auto por el cual se declaró a Ardila como su heredero. Quebrantó el fallo los artículos 1072, 1758, 346, 347 y 349 del C. C., se dice.

b) En la contestación del libelo propuso la parte de Ardila López la excepción de inepta demanda, y sobre esto dice su apoderado recurrente que "quebrantó el fallo los artículos 328 y 333 del C. J., en armonía con los artículos 1012, 1013, 783, 1298, 1299, 1303, 1155, 1008, y 1011 del C. C., por no haberlos aplicado al caso del pleito, puesto que el fallo negó sin ningún examen las excepciones perentorias propuestas, entre ellas la de ilegítima personería, mediante la confirmación del de primera instancia que tampoco examinó la de inepta demanda fundada en que el demandado Ardila no era la persona obligada a responder sino la herencia de Magdalena Lozano".

En verdad, estas dos acusaciones, completamente desprovistas de las estrictas condiciones que debe tener una queja en casación, se pueden reducir a una, como ya se dijo, a saber: que no ha debido ser demandado Ardila López sino la sucesión de Magdalena Lozano. Cuestión de fondo que por cierto ya fue analizada atrás.

Si Ardila López, demandado en nombre propio como poseedor material, no era el tenedor de la cosa, sino que lo era la sucesión de Magdalena Lozano, a la cual se ha debido demandar, según se sostiene, era preciso que así lo hubiera manifestado el citado Ardila López en la contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 214 del C. Judicial. Mas no lo hizo así, sino que afrontó el pleito, por lo cual tiene que cargar con las consecuencias de él, y es inválida la alegación que posteriormente se ha hecho de que se ha debido demandar a la sucesión como poseedora material.

Este cargo, como los anteriores, tampoco prospera.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

Las costas a cargo de los recurrentes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez.— Pedro Castillo Pineda.— Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

NO ES PROCEDENTE EL ESTUDIO DE UN CARGO, CUANDO EL FALLO RECURRIDO TIENE OTROS FUNDAMENTOS QUE SON SUFICIENTES PARA SUSTENTARLO Y QUE LA DEMANDA DE CASACION NO HA ATACADO

La Corte ha dicho repetidamente que el estudio de un cargo resulta innecesario cuando cualquiera de los fundamentos del fallo es suficiente para mantenerlo, y el recurrente limita el ataque a algunos de ellos. La inutilidad de tal estudio es evidente, pues aún en el caso de prosperar la acusación, los fundamentos del fallo que pasó por alto el recurrente quedarían en pie con la consistencia necesaria para impedir la infirmación de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil A.—Bogotá, julio diez (10) de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado, Isaías Venegas demandó a José de los Reyes Plazas ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Sogamoso, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones: "1º—Que el demandado José de los Reyes Plazas debe a mi representado Isaías Venegas, de plazo vencido, la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda legal, o sean, tres mil pesos que le dio como arras de la promesa de compraventa de un inmueble ubicado en la vereda de Alcaparral de la jurisdicción del Municipio de Firavitoba, y tres mil pesos ($ 3.000.00) más que debía entregarle como el doble de las arras y en virtud de su incumplimiento con relación de dicho contrato. 2º Que el demandado debe al mismo señor Venegas los intereses legales de la cantidad que se acaba de mencionar, a partir del día veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y siete, fecha del vencimiento del plazo para el otorgamiento de la escritura de compraventa, hasta cuando se efectúe el pago. 3º Que el demandado debe igualmente a mi representado la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00), que de él recibió como parte del precio de la compraventa prometida y que deja expresada, más los intereses legales de dicha suma a partir del día veintiseis de junio de 1947 hasta cuando se efectúe el pago. 4º Que el demandado debe pagar a mi representado el valor de los perjuicios que le ocasionó el incumplimiento del contrato en referencia. 5º Que el demandado debe pagar al demandante el valor de las costas del juicio".

Los fundamentos de hecho los expuso el demandante así:

"1º—En el Municipio de Firavitoba con fecha 23 de enero de 1947, se otorgó un documento de promesa de venta, en virtud del cual José de los Reyes Plazas prometió vender a Isaías Venegas una finca raíz ubicada en la vereda de Alcaparral, de la jurisdicción de Firavitoba, por los linderos expresados en dicho documento. 2º El precio de dicho contrato fue fijado por los señores Plazas y Venegas en la suma de noventa mil pesos que se pagaban en esta forma: tres mil pesos ($ 3.000.00) que en la fecha del otorgamiento del documento entregó el promitente comprador al promitente vendedor y que éste recibió como arras del negocio. Diez y siete mil pesos ($ 17.000.00) para completar veinte mil sobre arras, que debían pagarse en el curso de marzo siguiente. Treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) en el curso del mes de julio siguiente, y treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) en el curso del mes de julio siguiente, y treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) en el curso de diciembre del mismo año. 3º El inmueble prometido podía recibirlo el promitente comprador cuando a bien lo tuviera, caso en el cual pagaría sobre la suma que debiera del precio el interés del siete por ciento anual. 4º La escritura de perfeccionamiento del contrato debía otorgarse cuando se efectuara el pago del último contado. 5º Con fecha veintiseis de marzo del mismo año de 1947 y al pie del mismo documento de promesa de venta, los contratantes modificaron algunas de las condiciones de la promesa de compraventa, con intervención de la señora Inés Groso de Plazas, esposa del promitente vendedor, obligándose so-

lidariamente para con él. 6º En virtud de esa modificación el promitente vendedor se comprometió a ceder a favor del inmueble objeto de la promesa de venta el servicio del agua derivada de la Laguna de Tota, servicio concedido al promitente vendedor por los señores Luis Niño Reyes y Evaristo Obregón, en virtud de compraventa celebrada por Plazas con dichos señores sobre otro terreno. 7º En la misma fecha veintiseis de marzo, José de los Reyes Plazas recibió de Isaías Venegas como parte del precio del contrato la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) completándose ocho mil pesos ($ 8.000.00) con los tres mil pesos dados por el mismo como arras de la negociación. 8° En la misma modificación del contrato se estipuló que Isaías Venegas le entregaría otro contado de treinta y siete mil pesos ($ 37.000.00) dentro de tres meses a partir de esa fecha y que dentro de tal plazo se otorgaría la escritura de perfeccionamiento del contrato. 9º Allí mismo se estipuló que al otorgarse la escritura de venta el promitente comprador aseguraría con la misma finca el pago del último contado, pagando sobre él los intereses del siete por ciento anual, que eran los estipulados. 10. El negocio de compraventa entre el demandado y los señores Niño y Obregón, en virtud del cual adquiría el servicio de agua de la laguna de Tota que estaba obligado a ceder a favor de la finca vendida a Venegas, no se llevó a cabo. 11. No habiéndose llevado a cabo el negocio de Plazas con los señores Niño y Obregón, el demandado se colocó en imposibilidad de cumplir a Venegas el compromiso adquirido con él del servicio de agua para la finca. 12. Sin el servicio de agua para la finca que Plazas prometió vender a Venegas, el precio de la finca disminuiría considerablemente. 13. El servicio de agua estipulado entre Plazas y Venegas en la modificación de la promesa de venta era esencial al contrato, porque, como se acaba de expresar, sin ese servicio la finca desmejoraría notablemente y no servía para los fines que tuvo en cuenta Venegas al celebrar la negociación. 14. El negocio entre Plazas y los señores Niño y Obregón no se llevó a cabo porque el primero resolvió desistir de dicha negociación. 15. El día 26 de junio del año mencionado, se presentaron en la Notaría 2ª de Bogotá Plazas y Venegas a otorgar la escritura de perfeccionamiento del contrato, conforme a las estipulaciones expresadas en las modificaciones del documento de promesa. 16. Ante el mencionado Notario, Venegas le exigió a Plazas que en dicha escritura debía hacerse constar el derecho al uso del agua de la laguna de Tota, conforme a lo estipulado, y Plazas manifestó que no podía consignarse en la escritura el servicio de agua en beneficio de la finca que se le vendía; Venegas a su vez manifestó que no estaba obligado a consignar el resto del precio del contrato. 18. Por falta de cumplimiento del demandado de transmitir al demandante en la escritura de perfeccionamiento del contrato el servicio de agua de la laguna de Tota no se llevó a efectividad el contrato de compraventa prometido. 19. Establecido el hecho del incumplimiento del promitente vendedor del referido contrato, estaba en la obligación de devolverle a Isaías Venegas el citado día 26 de junio de 1947 el doble de las arras que había recibido, o sean seis mil pesos ($ 6.000.00). 20. Igualmente estaba en la obligación de devolverle al mismo señor Venegas, en la misma fecha, los cinco mil pesos ($ 5.000.00) que fuéra de las arras había recibido de él, como parte del precio del referido contrato. 21. El demandado no ha entregado al demandante, a pesar de repetidos cobros que le ha hecho, nada de las sumas de dinero que de él recibió, que se dejan mencionadas y que se le cobran en este juicio".

El demandado se opuso a las declaraciones pedidas y negó el derecho invocado por el actor; además, propuso demanda de reconvención formulada en los siguientes términos:

Hechos: 1º "Por medio de documento privado de 23 de enero de 1947, otorgado en el vecindario de Firavitoba, mi poderdante se obligó a vender al señor Isaías Venegas, mayor vecino de Bogotá, "una finca ubicada en la vereda de Alcaparral, jurisdicción de Firavitoba, alinderada así: por el oriente, con tierras de las señoritas Sánchez F.; por el norte, con terrenos del comprador; por el sur, con terreno del doctor Luis Angel Rodríguez y Anselmo Mesa y por el occidente, con tierras del señor Anselmo Mesa, Antonio Forero y el comprador". 2º Dicha finca era y es todavía de propiedad de mi poderdante, cuenta con abundantes águas no sólo para abrevadero, sino para regadío, comoquiera que está íntegramente cubierta por las aguas del río de Pesca, mediante la toma conocida con el nombre de Toma de la Tebaida, que un poco más arriba se desprende del mencionado río. 3º En la cláusula segunda de dicho documento se estipuló el precio de la finca y la manera de verificarse los pagos. 4º En la cláusula **Tercera** se estipula a favor del com-

prador la facultad de pedir la entrega material del inmueble cuando le parezca, mediante el reconocimiento del interés esipulado, por las sumas de dinero que reste debiendo. Se fija además el plazo para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la forma de erogación de los gastos de esta última y en fin algunas otras condiciones de menor importancia en relación con objetos muebles que existen en la finca. 5º Por medio de nota suscrita por ambas partes al respaldo del documento mencionado en vecindario de Firavitoba con fecha 27 de marzo de 1947 se modificaron algunas de las estipulaciones del contrato original, consistentes en la forma de pago, fecha de éstos, el plazo para el otorgamiento de la escritura de venta, y finalmente la intervención de un nuevo contratante o sea, de la señora Inés Groso de Plazas. Pero en lo esencial, se respetaron las condiciones originales. 6º Una de las modificaciones contenidas en la nota en referencia, expresaba la dación en pago de la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00), por parte del comprador señor Venegas a favor de mi poderdante, suma que ambas partes consideraron como pago efectivo de parte del precio convenido, pago hecho en el mismo día en que suscribieron la nota en referencia. 7º En la convicción de que sería pagadero el mismo día de su expedición el señor Plazas aceptó como efectivo un cheque firmado por el señor Isaías Venegas contra un Banco de esta ciudad en el cual no había provisión de fondos por parte del otorgante de dicho instrumento habiendo sido por tanto girado en descubierto. 8º Por razón de tal giro, mi poderdante sufrió perjuicios de consideración, de los cuales el único responsable es el señor Venegas. 9º El señor Venegas tampoco dio cumplimiento a lo estipulado en la nota suscrita al respaldo del documento de promesa de venta, con fecha 26 de marzo de 1947, en lo referente al pago de la suma de $ 37.000.00, alegando excusas impertinentes. 10. El día 26 de junio de 1947, tanto mi poderdante como su esposa la señora Inés Groso de Plazas se trasladaron a Bogotá al domicilio del señor Venegas, a otorgar la correspondiente escritura de venta en una de las notarías de Bogotá, según lo pactado en la nota modificativa del contrato, aunque propiamente no se había estipulado nada en relación con el lugar en donde debería otorgarse el mencionado instrumento público. 11. El día antes dicho, el señor Isaías Venegas, rehusó firmar la escritura de venta del inmueble prometido, haciendo así perder el viaje a mi poderdante y a su esposa y los gastos consiguientes. 12. Además del incumplimiento de parte del señor Venegas, al no pagar la suma de $ 37.000.00 el 26 de junio de mil novecientos cuarenta y siete, mi poderdante sufrió perjuicios de consideración. 13. Mi poderdante y su esposa estuvieron siempre dispuestos a cumplir todas y cada una de las cláusulas del contrato prometido y en el lugar y tiempo debidos".

Peticiones—Fundado en tales hechos, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"1º Que el señor Isaías Venegas, ya conocido de autos, no cumplió con las cláusulas principales y adicionales contenidas en la promesa de venta otorgada el día 23 de enero de 1947, modificada por las nuevas cláusulas estipuladas en la nota suscrita el día 26 de marzo del mismo año. 2º Que, como consecuencia de su retractación e incumplimiento se le condene a perder la suma de $ 3.000.00 que dio al señor José de los Reyes Plazas como arras del contrato prometido. 3º Que se condene al señor Isaías Venegas a indemnizar a mi poderdante los perjuicios sufridos por éste a consecuencia del incumplimiento de aquellas obligaciones, incluído el daño emergente y lucro cesante. 4º Se le condene en las costas del juicio en caso de oposición".

El contrademandado rechazó las pretensiones del reconviniente, aceptó algunos hechos y negó otros.

Posteriormente el actor corrigió la demanda para dirigirla también contra Inés Groso de Plazas. Esta se abstuvo de contestar el traslado.

El juez del conocimiento consideró que la promesa era nula por falta de algunos requisitos, y falló así:

"1º Absuélvese a los demandados José de los Reyes Plazas e Inés Groso de Plazas de los cargos propuestos en la demanda. 2º Absuélvese al señor Isaías Venegas de los cargos contenidos en la demanda de reconvención. 3º Condénase a José de los Reyes Plazas a restituir a Isaías Venegas, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de **ocho mil pesos** ($ 8.000.00) moneda legal, junto con los intereses de esta cantidad a la rata del siete por ciento (7%) anual, debidos desde el veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y siete hasta cuando se verifique el pago".

De la decisión del juez a quo apelaron ambas partes.

Sentencia recurrida

Después de hacer un estudio detenido del contrato, base del pleito, dijo el Tribunal:

"Así las cosas, y que se deduce del análisis de la promesa general, si no puede aceptarse que en ella se cumplan a cabalidad todos los requisitos indicados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, la conclusión que se impone, es la de que tal promesa no tiene virtualidad para ser fuente de obligaciones, y que, por lo mismo, ni el promitente comprador, ni el promitente vendedor, pueden basarse en ella, para demandar derechos que sólo, en caso de que estuviera ajustada a la ley, podían tener nacimiento. Entonces lo que se presenta, es un estado de hecho, que debe desaparecer para que las cosas queden, como si no se hubiera celebrado promesa alguna. Esto es que si pensando en la legalidad de la promesa, en la que se ve que no intervino una persona entendida, sino que los contratantes sin mayores conocimientos jurídicos la confeccionaron por sí mismos, al promitente vendedor, entregó el promitente comprador señor Isaías Venegas, la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda legal, cuyo recibo acepta el demandado señor Plazas, éste con base en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, y de que esa suma ha llegado a su poder sin causa, está obligado a restituírla a su dueño con los intereses legales del seis por ciento anual desde el día en que lo pide el actor, o sea, desde el veintiseis de junio de 1947, hasta el día en que se verifique la restitución, pues así lo imponen la justicia y la equidad, sin que pueda imponerse obligación alguna al promitente comprador y demandante señor Venegas, desde luego que no recibió nada de parte del demandado, ni de su esposa, **obligada solidariamente** con él ya que nada consta sobre este particular".

En consecuencia, reformó el fallo de primera instancia y en su lugar dispuso:

"1º Declárase que la promesa de venta contenida en el documento de fecha 23 de enero de 1947, adicionada por nota suscrita, a continuación del mismo documento, el 27 de marzo del mismo año y suscrita por José de los Reyes Plazas como promitente vendedor a cuyo cumplimiento se obligó solidariamente con él su esposa Inés Groso y por Isaías Venegas como promitente comprador, de una finca situada en la vereda de Alcaparral, de la jurisdicción de Firavitoba, por los linderos que expresan y la cesión del servicio de aguas para la misma finca cedido al promitente vendedor por los señores Niño y Obregón, provenientes del Lago de Tota, no ha tenido existencia jurídica, en razón de carecer de todas las formalidades exigidas por la ley. 2º Como consecuencia de lo resuelto en el punto anterior, declárase que no es el caso de condenar a los demandados José de los Reyes Plazas e Inés Groso de Plaza, a devolver el doble de las arras recibidas y a pagar perjuicios por el incumplimiento de dicha promesa, por lo cual se les absuelve de estos cargos, y que tampoco es el caso de hacer las condenaciones y demás declaraciones, pedidas en la demanda de reconvención en contra del señor Isaías Venegas, a quien por lo mismo se absuelve de todos los cargos formulados contra él en dicha contrademanda o demanda de reconvención; y 3º Declárase que el demandado José de los Reyes Plazas está en la obligación de restituir al demandante señor Isaías Venegas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda legal, que retiene sin causa en su poder, junto con los intereses legales de dicha suma, o sean, del seis por ciento anual, desde el 26 de junio de 1947 y hasta que se verifique el pago".

El recurso

El demandado ha interpuesto recurso de casación.

El cargo que formula contra la sentencia del Tribunal, dice así:

"**Primer cargo.**—La referida sentencia es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida al caso de autos del artículo 1568 del C. C., que define lo que debe entenderse por obligación solidaria. En efecto, para hacer la condena respectiva, el H. Tribunal partió de la base de que las obligaciones adquiridas en la promesa de venta por Jsoé de los Reyes Plazas y su esposa Inés Groso de Plazas eran obligaciones solidarias y en consecuencia condenó únicamente al señor de los Reyes Plazas. Sin embargo, en la adición de la promesa primitivamente suscrita, se dice: "Tercero: para firmar la escritura nos sometemos en todo a lo que la ley disponga este contrato queda firmado por los dos cónyuges quienes mancomunadamente se comprometen al cumplimiento de él". El artículo aplicado indebidamente por el H. Tribunal expresa que cuando las obligaciones son solidarias el acreedor pue-

de cobrar el total de la deuda a cada uno de los deudores y agrega que "la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley". Ahora bien; como los demandados de los Reyes Plazas y Groso de Plazas tan sólo adquirieron por medio de la promesa obligaciones "mancomunadas", que tan sólo significa en común, pero nunca solidarias, síguese de aquí que el Tribunal, al estudiar la naturaleza de las obligaciones que para las partes surgieron con ocasión de la celebración de la promesa antes determinada y deducir que era de José de los Reyes Plazas, solamente, la obligación de restituir la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda cte. que los promitentes vendedores, es decir, este último y su esposa Groso de Plazas, habían recibido como parte del precio de la futura negociación, aplicó indebidamente al negocio **sub-judice** el artículo 1568 del C. C., declarando la solidaridad, cuando, por el contrario, y de acuerdo con los términos mismos de la promesa, ha debido tan sólo condenar a de los Reyes Plaza al pago de la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m. c. ya que la obligación adquirida en común con su esposa es una obligación divisible. En consecuencia, el fallo recurrido debe casarse para que en su lugar la H. Corte pronuncie la providencia que se ajuste en todo a la naturaleza de las obligaciones contraídas por los contratantes por medio del contrato de promesa de venta, decidiendo que, por tratarse de obligaciones divisibles, los deudores José de los Reyes Plazas y su esposa Inés Groso de Plazas, solamente están obligados a pagar cada uno la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m. c. al demandante señor Isaías Venegas".

Se considera:

El cargo está deficientemente formulado. El recurrente considera que en la adición a tal contrato se estipuló una obligación mancomunada, pero no solidaria. El Tribunal, por su parte, estimó que la esposa del demandado estaba "obligada solidariamente con él".

Se trata, por consiguiente, de una diferente apreciación del contenido y alcance del contrato adicionado. Para que el artículo 1568 del C. C. estuviera indebidamente aplicado, se necesitaría que el documento en mención, con su adición, no constituyera prueba de una obligación solidaria a cargo del demandado. Y que, por tanto, el Tribunal hubiera errado en su apreciación, incurriendo en manifiesto error de hecho.

La violación de la ley sustantiva que se pretende no podía presentarse, en consecuencia, sino en forma indirecta y como resultado del error en la estimación de la prueba. Esta observación la hace la Sala por vía general y sin darle importancia práctica alguna para el caso en estudio, pues por las breves razones que en seguida se exponen no hay materia para el examen del cargo.

El Tribunal consideró que la "tal promesa no tiene virtud para ser fuente de obligaciones, y que... lo que se presenta es un estado de hecho que debe desaparecer para que las cosas queden como si no se hubiera celebrado promesa alguna".

El sentenciador no condena, pues, con base en el contrato, cuya validez desconoce, sino en la situación de hecho establecida a través de los autos. Y el recurrente no ataca en parte alguna de su breve acusación, los transcritos conceptos del Tribunal, base indispensable para que pudiera impugnar la interpretación del pretendido contrato.

Se observa, además, que el Tribunal fundamentó su condena también en los principios del enriquecimiento sin causa y la equidad, sin que el recurrente haya intentado siquiera atacar este aspecto de la sentencia.

Por último, el Tribunal afirma igualmente que el demandado José de los Reyes Plazas fue quien recibió del demandante los ocho mil pesos como parte del contrato prometido, y que esa suma se halla en su poder sin causa (folio 25 vta. C. número 5).

Tampoco el recurrente formula acusación ninguna contra tales conceptos, que por sí solos sustentan la decisión adoptada.

La Corte ha dicho repetidamente que el estudio de un cargo resulta innecesario cuando cualquiera de los fundamentos del fallo es suficiente para mantenerlo, y el recurrente limita el ataque a algunos de ellos. La inutilidad de tal estudio es evidente, pues aún en el caso de prosperar la acusación, los fundamentos del fallo que pasó

por alto el recurrente quedarían en pie con la constancia necesaria para impedir la infirmación de la sentencia. C. C. abril 22 de 1952, G. J. 2113, pág. 737).

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 9 de abril de 1951, en el juicio ordinario de Isaías Venegas contra José de los Reyes Plazas.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA.—REQUISITOS PARA QUE, EN TRATANDOSE DE BIENES RAICES, EL POSEEDOR PUEDA SER CONSIDERADO DE BUENA FE

1—Cuando se manifiesta que el globo de terreno que los demandados poseen está dentro del inmueble de mayor extensión que se alindera, cabe entender que aquél colinda por todos sus costados con éste, sin necesidad de decirlo. Se trata de una deducción obvia y necesaria.

En tales circunstancias, pues, no puede afirmarse que no está suficientemente identificado.

2—La falta de todo título, especialmente inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión, no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe, no tienen otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil A.—Bogotá, julio diez (10) de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Por medio de apoderado, Jesús Triana demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, a Gustavo Efrén Roa, "el primero de éstos además como patrón de Serbelión Pedraza", para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª—Que el demandante Jesús Triana, es dueño exclusivo de la totalidad del predio denominado "La Alcancía", ubicado en jurisdicción del Municipio de Villeta, partido de Mave, determinado y singularizado en el punto a) de los hechos fundamentales y en la escritura Nº 614 de 18 de diciembre de 1947, de la Notaría de Villeta;

2º—Que la faja o porción de terreno que ocupan actualmente los demandados Gustavo y Efrén Roa, y el dependiente del primero Serbelión Pedraza, y que se hallan dentro de la alinderación general de predio denominado "La Alcancía" que se dejó alinderado en el punto a) de los hechos fundamentales, y de que están en posesión éstos, con una casa de paredes de adobe y teja, cerramiento en alambre de púas, un potrero, cultivos de yuca, plátano y otras mejoras similares, y con un rancho, hace parte integrante del predio de mi mandante, a que se contrae la petición anterior;

"3ª—Que los demandados Roa, en la forma que a cada uno de ellos corresponda, están en la obligación de restituír al demandante, dentro del término legal, la faja o porción de terreno que ocupan y que pertenece al predio "La Alcancía", restitución que debe comprender las mejoras existentes y como poseedores de mala fe;

"4ª—Qe los demandados Roa deben restituír igualmente a mi mandante, dentro del término legal los frutos naturales y civiles de la porción de terreno a que se contrae esta demanda, desde cuando la tienen en su poder, hasta el día de la entrega, y no solamente los percibidos, sino los que hubiere podido percibir el demandante, con mediana inteligencia y actividad si hubiera tenido en su poder el terreno, respecto del cual, en caso de no existir, deben pagar su valor, previa regulación;

"5ª—Que los demandados, en caso de oposición, deben pagar las costas del presente juicio".

La demanda la fundó en los siguientes hechos:

a)—"Jesús Triana, adquirió mediante la escritura pública Nº 614 de 18 de diciembre de 1947, otorgada en la Notaría de Villeta, la cual se halla re-

gistrada, y por venta que le hizo Jesús Jerónimo Mejía, el dominio de un terreno denominado "La Alcancía", ubicado dentro de la comprensión de —Mave— en jurisdicción del municipio de Villeta y comprendido por estos linderos: "Partiendo de un mojón marcado M. A. 4., clavado al pié de una cerca de alambre a la orilla de la zona del ferrocarril, se va hacia el norte por toda la cerca mencionada en distancia de diez y siete metros (17 m.) hasta encontrar el mojón A.; de este mojón vuelve a la derecha en colindancia con Emelina Bernal, hasta encontrar otro mojón marcado con las letras E. B., al pie de un zanjón; de aquí se sigue para abajo por la orilla de la zanja, hasta encontrar el mojón marcado con E. B.; de aquí línea recta a otro mojón colocado en otra zanja, en colindancia con la hacienda de Mave; por este chorro abajo hasta encontrar un mojón marcado con J. M. en colindancia con Librada Cubillos; de aquí línea recta de travesía a encontrar un mojón marcado con J. M.; de aquí sigue línea recta por toda la cuchilla arriba, pasando por los mojones M. A. 2 y M. A. 3, hasta encontrar el mojón M. A. 4 punto de partida". — b) Antecedieron en el dominio de este predio alinderado en el punto anterior, Librada Cubillos y Alicia Pardo Ferro, según las escrituras 77 de 9 de marzo de 1940 y 50 de 12 de febrero de 1944, otorgadas en la Notaría de Villeta; c) La finca alinderada anteriormente le fue entregada por el vendedor José Gerónimo Mejía a Jesús Triana conforme a los términos del contrato y se halla en posesión de ella, a excepción de un lote de terreno como en extensión de cinco fanegadas, más o menos, que ocupa y posee Gustavo Roa, el cual ha cercado con alambre de púas y ha establecido mejoras, consistentes en matas de yuca, plátano y otros cultivos de menor importancia, y además, por su cuenta permitió a Efrén Roa, hermano suyo, la construcción de una casa de paredes de adobe y techo de teja, y a Cerbeleón Pedraza la construcción de un rancho, los cuales habitan con sus respectivas familias; d) El lote así ocupado por Gustavo Roa, directamente y por medio de sus dependientes Efrén Roa y Cerbeleón Pedraza, se encuentran dentro de la alinderación general del predio descrita en el punto a) de los hechos fundamentales y lo mantiene cercado con alambre de púas, con todo lo cual, lo independiza del resto de la finca y turba el derecho y el dominio de Jesús Triana, titular del dominio y de la posesión inscrita del predio o terreno en referencia; e) Gustavo Roa no es dueño de la porción de terreno que ocupa, dentro del predio de mi mandante y carece de título que justifique su ocupación y los actos posesorios con que menoscaba la posesión y el dominio del verdadero dueño carecen de justificación legal; f) Jesús Triana en su condición de dueño del terreno alinderado en el punto a), tiene acción contra los demandados para reivindicar la porción del terreno de que aquéllos están en posesión, contra el derecho del demandante, a efecto de que sean condenados a restituírsela, libre de cargas y vicios, junto con las mejoras que ha establecido y con las demás prestaciones de la ley, como poseedores de mala fe; g) Mi mandante en su condición de titular del derecho de dominio pleno de la porción de terreno ocupada por Gustavo Roa y sus dependientes Efrén Roa y Cerbeleón Pedraza, así como de la posesión inscrita del mismo, tiene mejor y exclusivo derecho a demandar el reconocimiento a su favor, del derecho de dominio de la totalidad del predio adquirido y la reivindicación de la porción ocupada por los demandados, junto con las mejoras que como accesorias acceden al fundo, los frutos civiles y demás prestaciones, considerando a los demandados como poseedores de mala fe".

Notificado el libelo a ambos demandados sólo fue contestado por Gustavo Roa, quien se opuso a las declaraciones impetradas y negó el derecho invocado por el actor. Respecto a los hechos 3º, 4º y 5º, dijo:

"**Al tercero.**—Lo niego por no ser cierto, pues la finca materia de la demanda no le ha sido entregada y la poseo desde hace bastante tiempo quieta y pacíficamente, lo mismo que mis antecesores.

"**Al cuarto** d)—No es cierto en la forma determinada y por tanto lo niego. Dicho lote está determinado y alinderado independientemente del que indica este punto y yo estoy en posesión de él como dueño que soy de él por razón del traspaso que se me hizo y mis antecesores me lo entregaron materialmente en la forma descrita en este punto.

"**Al quinto** e) — No es cierto y lo niego. Soy dueño y poseedor del lote en referencia por virtud del traspaso que se me hizo y en él ejercito desde que lo adquirí actos de dominio quieta y pacíficamente".

Negó rotundamente todos los demás hechos.

El Juez del conocimiento puso fin a la instancia negando las peticiones de la demanda, por no haberse determinado de manera precisa el lote objeto de la reivindicación.

Sentencia recurrida

De la anterior providencia apeló el actor. En sentencia fechada el 28 de febrero de 1951, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá reformó lo dispuesto por el Juzgado para declarar probada la excepción perentoria de inepta demanda.

En la parte motiva del fallo se expresan los siguientes conceptos:

"El efecto pretendido por el actor es obtener la reivindicación de un bien que en forma vaga e imprecisa se menciona en las peticiones arriba copiadas y distinguidas por el mismo con los números 2 y 3º y también indicada con la misma imprecisión con las letras c), d), e), f) y g) de los hechos del libelo.

"La determinación que se trata, debía hacerse en la demanda. Es allí donde se plantea la cuestión que ha de ser materia de la decisión del juzgador; es allí donde se aducen los hechos fundamentales de la petición sobre los cuales ha de versar el debate probatorio. Es en la demanda donde el actor tiene la oportunidad de deducir sus pretensiones y los hechos que las sustentan.

"Ahora bien, es sabido que para la determinación o individualización de los bienes raíces no basta expresar su nombre y situación, sino que es indispensable especificar sus linderos, porque éste es el principal o único medio de distinguir con seguridad un inmueble de los demás y evitar la confusión del mismo, con otros que tuvieran una o varias circunstancias iguales o semejantes. (**Justicia**, T. I, págs. 465 y siguientes).

"No es suficiente la identificación general de un globo y decir que dentro de él está enclavado el que se pretende reivindicar puesto que ello no da la individualización del objeto mismo de la decisión. Al respecto leemos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: 'Cuando la cosa que se intenta reivindicar no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre cosa singular; y no se singulariza, no se determina una cosa diciendo que está comprendida dentro de otra de mayor extensión'. (Casación de 30 de agosto de 1940, G. J. T. XLIX, pág. 862)".

El recurso

Al actor le fue concedido el recurso de casación. La correspondiente demanda invoca las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. Los tres cargos que contiene se extractan a continuación:

Dice el recurrente:

Primer cargo.—Acuso la sentencia "por errónea interpretación de la demanda y de las pruebas, por errónea interpretación y por violación de la ley sustantiva, y por falta de aplicación de la misma, porque existiendo la acción reivindicatoria y no siendo inepta la demanda es procedente el fallo que abarque en su totalidad el debate y garantice y se reconozca la totalidad de los derechos a la parte demandante.

"A) El Juez y el Tribunal falladores están acordes en sus conclusiones y sostienen que la acción reivindicatoria no es viable porque en la demanda se omitió la determinación de uno de los requisitos exigidos por la ley para asegurar su prosperidad, o sea, la individualización del lote poseído por los demandados, que no resulta debidamente alinderado, afirmaciones éstas que resultan contraevidentes con el proceso; b) El Juez sostiene que aunque se halla alinderado y determinado el predio en general no se determinó el lote de la reivindicación, con lo cual se omitió uno de los requisitos imperados por la ley y concluye negando todas las súplicas de la demanda; c) El Tribunal corrobora en este mismo pensamiento y concluye personificando la excepción de inepta demanda y con base en ella se abstiene de examinar las súplicas de la misma, condenando en costas al actor.

"La alinderación del inmueble del demandante consta en el literal a) de la demanda inicial y en la escritura pública número 614 de 18 de diciembre de 1947 de la Notaría de Villeta que obra como prueba en este juicio y en la súplica Primera de la parte peitoria de al demanda en cita, se pide que el Juez declare que ese predio es de propiedad de Jesús Triana el demandante y habiendo probado su derecho de dominio y en cambio, no habiendo aducido prueba de ninguna naturaleza la parte demandada que contradiga esta situación legal y evidente, es el caso que el Juez de instancia y el H. Tribunal se inhibieron, o mejor no quisieron resolver nada a este particular, excusándose para ello, con la disculpa de que el

lote de la reivindicación no se había determinado por sus linderos, lo cual también es inexacto como lo vengo demostrando adelante, pero la excusa en el fallo para haber resuelto esta cuestión de la demanda no tiene amparo ninguno en la ley, porque una cosa es pedir que se declare a Jesús Triana dueño exclusivo del predio 'La Alcancía', con base y fundamento en las pruebas y títulos aducidos al juicio, y otra distinta es solicitar la declaratoria de que los demandados se hallan poseyendo un lote del mismo predio y se decrete reivindicación a favor del demandante. De suerte pues, que las omisiones anotadas ponen de manifiesto la circunstancia de que tanto el Juez como el Tribunal dejaron de considerar en el fallo una cuestión que era primordial y a que tiene derecho el actor, o sea, que se declare que es dueño exclusivo y con mejor derecho de la totalidad del predio 'La Alcancía', con lo cual se llevaron de calle los preceptos del artículo 462 del C. J.".

Para demostrar que en la demanda y en las pruebas se halla singularizado y alinderado el lote que poseen los demandados, el recurrente transcribe los hechos c) y d) de la demanda, y apartes de las actas correspondientes a las diligencias de inspección ocular practicadas en las dos instancias.

En seguida expresa:

"Del conjunto de piezas copiadas anteriormente, que militan en el proceso, se obtienen las siguientes conclusiones que son evidentes e incontrovertibles: a) La identificación y singularización consiguiente del predio denominado 'La Alcancía' cuestionado en la demanda, en forma que no deja duda; b) Que este predio 'La Alcancía' cuya titulación acredita el dominio a favor de Jesús Triana, se halla en la actualidad en tenencia y posesión del mismo Triana y Gustavo Roa, lotes y posesiones separadas e individualizadas también porque la de Roa, se halla enclavada dentro del predio general y encerrada en cercas de alambre de púas, construídas por éste para independizarlo del resto de la finca;..... e) Que el lote de terreno poseído por el demandado Gustavo Roa y sus dependientes, se halla dentro del predio 'La Alcancía', enclavado en el mismo, que hace parte integrante de la finca citada, debidamente separado y encerrado en cercas de alambre de púas, construídas en estacones y matachos de madera por el mismo Roa, con lo cual, lo individualiza y se identifica en **forma clara y sin** lugar a duda, en forma que no se confunde ni con el resto del terreno y con los que le son colindantes; y d) Que como el lote poseído por los Roa dentro del predio 'La Alcancía' se halla enclavado en el mismo, circuído por cercas de alambre de púas, en todos sus contornos, con lo cual surge la singularidad del lote en forma clara y evidente, en términos que no se podrían dar otros alindamientos, por estar metido dentro del lote o predio general y encerrado por las cercas tantas veces dichas. Con el acopio de pruebas sobre el dominio del predio a favor de Jesús Triana, sobre la identidad y singularidad del mismo y sobre **la** circunstancia de que el lote poseído por la parte demandada se halla dentro del terreno en general, enclavado en el mismo y encerrado en cercas de alambre, y que no es posible darle ni señalarle otros linderos, y en presencia al hecho incuestionable de que Roa carece de título alguno que acredite sus pretensiones, el H. Tribunal fallador pronunció el fallo recurrido, dejando de aplicar entre otras disposiciones sustantivas, **el** artículo 946 del C. C."

El caso en estudio, dice más adelante el recurrente, no encaja en los términos de las sentencias de la Corte, citadas por el Tribunal. Y agrega:

"En el presente caso, obra plenamente demostrado el primero de estos requisitos con la existencia de los títulos, escriturarios que obran en autos, cuya vigencia está respaldada con el certificado del Registrador respectivo, todo lo cual converge a demostrar que Jesús Triana es dueño de la totalidad del predio 'La Alcancía' y consecuencialmente de la porción y lote poseído por Roa, el demandado; la cosa o sea el predio en general y particularmente el lote ocupado por la parte demandada, es singular, es decir, se encuentra determinado en forma clara; el terreno en general tiene sus linderos y el lote reivindicable, está metido dentro de esa alinderación, pero separado del todo, por medio de las cercas construídas con alambre de púas, tiene una cabida aproximada de cinco fanegadas, está encerrado por todos sus costados con la cerca y por este medio lo independiza del resto del predio. El demandado posee este lote, tiene mejoras de cultivos en el mismo, ha construído una casa de adobe y teja, dos ranchos, tiene potrero dos (sic), pastorea animales; y respecto a la identidad no cabe duda, porque el lote poseído y explotado por Roa es el mismo que le reclama en reivindicación Jesús Triana. Existiendo en todos sus elementos los requisitos exigidos para la prosperidad de la

acción, se personifica el error consumado por el Tribunal y el quebrantamiento de las disposiciones sustantivas que la amparan y garantizan en su prosperidad, porque sólo así se puede justificar que haya llegado a extremos tan notables, porque el objeto de la reivindicación es precisamente el lote que posee Roa dentro de la finca 'La Alcancía', el cual tiene una cabida aproximada de cinco fanegadas y se halla cercado por todos sus costados en alambre de púas, con lo cual lo indépendiza del resto de la finca y es la única alinderación que tiene y se le puede dar y al no declararlo así en la sentencia, el Tribunal cometió error de hecho y error de derecho en la apreciación de las pruebas que militan en autos y respaldan estas cuestiones evidentes.

"El Tribunal en la sentencia acusada desestimó la acción reivindicatoria, no consideró ni fallo la primera súplica de la demanda y reconoció un hecho impeditivo dándole existencia a la excepción perentoria de inepta demanda, se inhibió en el estudio de la misma y condenó en costas al actor. De lo expuesto hasta aquí resulta erróneamente interpretada la demanda y violada la ley sustantiva que ampara y garantiza el derecho de mi poderdante. Las disposiciones sustantivas que debieron ser rectamente interpretadas y que violó el H. Tribunal, son las que en seguida vengo a citar, las cuales deben ser rectamente interpretadas y aplicadas por la H. Corte Suprema de Justicia, en fuerza de lo expuesto y alegado: Artículo 669, en cuanto no se declara el dominio del predio a favor del actor; artículos 745, 756, 785, 789 en cuanto los títulos del demandante que acreditan el dominio y la posesión regular del fundo; artículos 946, 950, 952, en cuanto se desconoce la acción de dominio y reivindicación; artículos 961, 962, 964, 971, 1849, 1857 y 2637 y concordantes del C. C. en cuanto mi mandante adquirió el terreno, es dueño exclusivo de él y tiene derecho a poseerlo en su totalidad, y los demandados que son poseedores clandestinos no han probado nada a su favor".

Segundo cargo

"Falta de apreciación legal de cada una de las pruebas aducidas oportunamente por la parte demandante, lo cual constituye errada estimación probatoria que induce a error de hecho y de derecho.

"En las dos instancias del juicio se solicitó y se recibió el negocio a prueba y se practicaron a cabalidad las que pidió la parte demandante que represento y consisten ellas, en los títulos escriturarios que acreditan a Jesús Triana dueño exclusivo del predio denominado 'La Alcancía' a que se refiere la demanda; certificado del Registro que garantiza la vigencia de dichos títulos, además, la posesión inscrita a favor del actor, y en inspecciones oculares practicadas en asocio de peritos, se identificó el predio, lo mismo que el lote materia de la reivindicación.

"El propio demandado Gustavo Roa en la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, afirmó en presencia del Juez comisionado, que poseía el lote de la demanda desde 1946, que no tenía título alguno y que deriva sus pretensiones de dominio y posesión, sin justificación alguna, de un simple contrato de promesa de venta, que ni siquiera ha traído al debate y según su propia confesión, tal promesa la celebró con Miguel Avila, que no resulta haber sido dueño ni poseedor del predio ni del lote que ocupa Roa, quien por su parte no ha justificado en forma alguna su entromisión en el predio de 'La Alcancía', atrapando el lote que posee injunstificadamente.

"Al no apreciar las anteriores pruebas, el Tribunal no encontró en su evidencia la demostración de la singularidad del lote objeto de la reivindicación, que como se demostró arriba existe en toda su entidad y eficacia, enclavado dentro del predio general y debidamente independizado y separado del resto de la finca, por medio de las cercas de alambre de púas con que lo ha encerrado el demandado y con este proceder del sentenciador, atacó la demanda, tachándola de ineptitud y violó la ley sustantiva aplicable a la solución de la controversia. Por todo lo expuesto, sin lugar a duda, resultan infringidos y violados los artículos 593, 597, 601, 602, 724, 730, 630, 635, 721, 722 y concordantes del C. J., con lo cual se viola la ley sustantiva".

Tercer cargo.—Causal 2ª del artículo 520 del C. J.

"A término de todo lo que se deja expuesto, aparece que la sentencia acusada no está de acuerdo ni en consonancia con la evidencia y realidad procesal y muchísimo menos con las pretensiones deducidas oportunamente por la parte que represento, la cual cumplió la ley, demostró su derecho, pero el Tribunal dejó de lado estas realidades que campean en el proceso y se limitó por sobre el derecho de mis clientes, a defender una excepción de ineptitud de la demanda, que

dicho sea de paso, no existe, porque la singularidad del lote de la demanda es cuestión clara y definitivamente establecida en los autos. No sería legal ni justo que se volviera a viejos y caducos sistemas de fórmulas rígidas, porque desde la abolición del sistema formulario la justicia triunfó y aseguró su imperio definitivamente sobre la fría tarifa de normas que eran sacramentales".

Primer cargo.—Se considera:

Lo fundamental de la acusación consiste en que, a juicio del recurrente, el Tribunal erró al considerar que no se había individualizado en legal forma el lote de terreno objeto de la reivindicación.

La Sala comparte el criterio del recurrente. En la demanda no se señalan los linderos particulares del terreno poseído por los demandados, en el sentido de que no se indican las colindancias por sus diversos costados. Pero de esto no se podía deducir, como lo hizo el Tribunal, que no se individualizó suficientemente. Porque cuando se manifiesta que el globo de terreno que los demandados poseen está dentro del inmueble de mayor extensión que se alindera, cabe entender que aquél colinda por todos sus costados con éste, sin necesidad de decirlo. Se trata de una deducción obvia y necesaria. Y si se tiene en cuenta, además, que una extensión de tierra se determina por su cabida, y que ésta —según el hecho tercero del libelo— es de cinco fanegadas, más o menos, encerradas con alambre de púas, puede aceptarse que está plenamente identificado el globo objeto de la reivindicación.

El Tribunal obró, pues, con excesivo rigor al interpretar la demanda, reduciendo su apreciación a la circunstancia de no encontrar mención expresa de las colindancias del terreno reivindicado, cuando una interpretación conjunta de ella podía llevar lógicamente a la conclusión contraria. Más que a las palabras del libelo el juzgador debe estarse a su contenido, de modo que si aparece claramente cuál es el sentido y alcance de las acciones incoadas, no se sacrifiquen éstos ante lo puramente literal del escrito.

Por otra parte, en la demanda está la alinderación del inmueble general, del que forma parte el reivindicado. En el curso del juicio se identificaron ambos, en forma plena, por medio de las inspecciones oculares practicadas, y mediante los títulos y el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

Es cierto que la demanda se dirige contra los poseedores para que restituyan "en la forma que a cada uno de ellos corresponda" (petición 3ª). Pero en el hecho b) del libelo se advierte que Efrén Roa ocupa simplemente "un rancho" construído dentro del terreno objeto de la reivindicación. De manera que no se puede decir que se haya reivindicado contra poseedores distintos, sin individualizar los respectivos globos de terreno. Cosa distinta sería si en la demanda se hubiera afirmado que Efrén Roa posee, además del rancho, una parte del terreno reivindicado, pues entonces sí hubiera sido indispensable la individualización de los dos globos poseídos, so pena de dejar mal formulada la demanda, dado el carácter singular de la acción incoada (véase sentencia de agosto 26 de 1952. G. J. 2118, pág. 68).

La posesión material de los demandados se encuentra también acreditada en el juicio. En la inspección ocular de 20 de agosto de 1948, quedó clara constancia de que "el resto del terreno que se dejó alinderado en el punto A, se halla ocupado y en posesión por los señores Gustavo y Efrén Roa". Luégo se lee en el acta respectiva, que "en el resto del terreno ocupado por ellos, se halla establecido Cerbeleón Pedraza con unos cultivos de plátano y yuca que pertenecen a Oliverio Martínez, según manifestación de éste quien se presenta en este estado a la diligencia y manifiesta que reconoce como dueño legítimo a Jesús Triana y que sus sementeras le fueron arrebatadas por Gustavo Roa..." Se estableció que el terreno reivindicado se encuentra separado por cerca de alambre de púa, del resto de "La Alcancía". En las observaciones del juez se dice también que ese terreno se encuentra poseído por los Roa y que es parte integrante de "La Alcancía".

En la inspección ocular practicada en la segunda instancia, se identificó nuevamente el predio "La Alcancía" y se dejó constancia de que, dentro de éste, se encuentra un lote poseído por Gustavo Roa, rodeado de cercas de alambre, con cultivos y animales, y que Cerbeleón Pedraza ocupa un rancho por cuenta de aquél.

Por otra parte, al contestar la demanda y referirse a los hechos c), d) y e), Gustavo Roa dijo que poseía la finca materia de la demanda desde hace bastante tiempo.

Por último, con la copia en regla, y debidamente registrada, de la escritura número 614 de 18 de diciembre de 1947, otorgada en la Notaría de Villeta, probó el demandante haber adquirido el pleno dominio del inmueble "La Alcancía", por

venta que le hizo Jesús Jerónimo Mejía. El certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados señala la tradición anterior y continua del dominio. Ya se vio cómo en las inspecciones oculares se identificó plenamente el inmueble y se determinó que lo reivindicado está totalmente dentro del mismo.

Los demandados no presentaron título ninguno que justificara su posesión material.

Se deduce de lo expuesto, que tiene razón el recurrente cuando acusa la sentencia del Tribunal por error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda, el cual lo condujo a abstenerse de resolver sobre el fondo de las peticiones formuladas. La sentencia debe casarse por falta de aplicación de los artículos 950, 952, 961, 962 y 964 del C. Civil, que cita el recurrente. Ellos dan acción reivindicatoria al dueño desposeído de su bien y establecen la obligación del poseedor vencido de restituírlo con sus anexidades, frutos naturales y civiles, de acuerdo con su buena o mala fe.

Sentencia de instancia

De lo expuesto al estudiar el cargo anterior, se deduce que las peticiones primera y segunda de la demanda deben prosperar, lo mismo que la condena a restituir el globo de terreno poseído por Gustavo Roa y el rancho que dentro del mismo ocupa Efrén Roa.

En cuanto a mejoras y frutos, es necesario determinar la buena o mala fe de los poseedores.

Al contestar los hechos d) y e) de la demanda dijo Gustavo Roa que estaba en posesión del lote "como dueño", por razón del traspaso que le hicieron sus antecesores. Pero ninguno de los demandados adujo título alguno que justificara su posesión.

Es, pues, el caso de considerar a los demandados como poseedores de mala fe, de conformidad con lo expuesto por la Corte en casos semejantes al presente: "La **bona fides** ha de considerarse, como ya ha tenido ocasión de exponerlo esta Sala (G. J. XLVII, 465), como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título. "La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto en el artículo 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe no tienen otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario". (Casación, 2 de abril 1941, LI, 172).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,— CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de febrero de 1951, en el juicio ordinario de Jesús Triana contra Gustavo Roa y otro, REVOCA la del Juzgado de primera instancia, y en su lugar FALLA:

Primero.—El señor Jesús Triana es dueño de la totalidad del predio denominado "La Alcancía", ubicado en jurisdicción del Municipio de Villeta, partido de Mave, cuyos linderos generales son: "Partiendo de un mojón marcado M. A. 4. clavado al pié de una cerca de alambre a la orilla de la zona del ferrocarril, se va hacia el norte por toda la cerca mencionada en distancia de diez y siete metros (17 mts.) hasta encontrar el mojón A.; de este mojón vuelve a la derecha en colindancia con Emelina Bernal, hasta encontrar otro mojón marcado con las letras E. B., al pié de un zanjón; de aquí se sigue de para abajo por la orilla de la zanja, hasta encontrar el mojón marcado con E. B.; de aquí línea recta a otro mojón colocado en otra zanja, en colindancia con la hacienda de Mave; por

este chorro abajo hasta encontrar un mojón marcado con J. M., en colindancia con Librada Cubillos; de aquí línea recta de travesía a encontrar un mojón marcado con J. M.; de aquí sigue línea recta por toda la cuchilla arriba, pasando por los mojones M. A. 2- y M. A. 3, hasta encontrar el mojón M. A. 4., punto de partida".

Segundo—El globo de terreno poseído por el demandado Gustavo Roa, de una cabida de cinco fanegadas, más o menos, cuya identificación aparece en las diligencias de inspección ocular practicadas en ambas instancias, se encuentra rodeado por cerca de alambre de púas y hace parte integrante del inmueble determinado en el punto anterior, de propiedad del demandante, señor Jesús Triana.

Dentro de este globo Efrén Roa ocupa un rancho y Servelión Pedraza algunos cultivos, éste como dependiente de Gustavo Roa. Tales mejoras han sido identificadas también en las diligencias de inspección ocular.

Tercero.—Los demandados Gustavo y Efrén Roa están en la obligación de restituír al señor Jesús Triana, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del auto de obedecimiento al superior que dicte el señor Juez a-quo, la posesión material del terreno y del rancho a que se refiere el punto segundo de esta sentencia.

Para efectos de mejoras que existan en dicho terreno y hayan sido puestas por los demandados, se les debe considerar como poseedores de mala fe.

Cuarto.—Los demandados Gustavo y Efrén Roa deben restituír al demandante señor Triana los frutos naturales y civiles que hayan percibido o que éste hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el inmueble en su poder hasta la fecha de la entrega material del terreno; o pagar su valor al tiempo de la percepción, dentro de los veinticinco días siguientes a su liquidación. Se entiende que al demandado Gusta-Roa se le impone esta condena en cuanto al terreno reivindicado, y a Efrén Roa en cuanto al rancho construído por él dentro del mismo terreno, todo esto conforme a las normas del artículo 964 del C. C.

Para los efectos de este punto, se seguirá el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

Quinto.— Los demandados deberán pagar las costas de las instancias.

No hay costas en casación.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez.— Pedro Castillo Pineda. Rafael Ruiz Manrique.— Hernando Lizarralde, Secretario.

NO PUEDEN CONFUNDIRSE LAS ARRAS PROPIAMENTE DICHAS CON LA ENTREGA DE UNA SUMA DE DINERO EN EL MOMENTO DE CELEBRARSE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA O UNO DE PROMESA DEL MISMO

1—Según los doctrinantes y lo que significan las arras, su estipulación es siempre expresa; pues, de no, la entrega de dinero debe considerarse como un anticipo del precio en los contratos de compraventa o en aquellos en que se promete celebrar uno de tal naturaleza. Las arras ofrecen dos modalidades principales: pueden ser consideradas como prenda, señal de la intención de los contratantes de consumar un acto proyectado; o como signo ostensible o prueba de su perfección, para no dar lugar al arrepentimiento. También suele presentarse la modalidad de una especie de indemnización del daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones, frente al que las incumplió; pero ella, aunque puede existir, no está prevista en las disposiciones que regulan las arras en nuestro derecho, sino que su función está adscrita a las obligaciones con cláusula penal de que trata el Libro 4°, Título XII del C. C.

De estas funciones principales que cumplen las arras, y de las especies a que corresponden: arras confirmatorias y arras penitenciales, la una constituye un medio de reforzar el vínculo contractual; la otra constituye un medio oneroso que facilita la realización de cualquiera de las convenciones previstas en el artículo 1625 del C. C., para extinguir las obligaciones. De aquí que no deban confundirse las arras propiamente dichas, con la entrega de una suma de dinero en el momento de concluírse un contrato de compraventa o uno de promesa de esta especie, como anticipo del precio de la cosa vendida u objeto del contrato prometido, porque en este caso, jurídicamente hablando, no hay arras, y ninguna de las partes puede retractarse, porque el dinero así entregado se dá como parte del precio, y no como arras, según las voces del artículo 1861 del C. C.

2—Las obligaciones que dimanan de la promesa de celebrar un contrato, son distintas de las que se originan del contrato prometido. De la promesa nace la acción para pedir su cumplimiento, de acuerdo con lo pactado, y el pago de los perjuicios que se demuestre haberse causado con el simple retardo; y de la promesa incumplida, nace el derecho a la indemnización por los perjuicios que emanam del incumplimiento, y que se ejercita mediante la acción resolutoria del contrato de promesa.

Del contrato celebrado, nacen las acciones por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el comprador que ha pagado el precio tiene la de entrega de la cosa, y el vendedor que ha hecho la tradición, la del pago del precio, y el uno y el otro, la resolutoria con la consiguiente indemnización de perjuicios.

3—De acuerdo con la ley, la doctrina ha establecido que la acción de reparación de los perjuicios originados en el incumplimiento, por parte de uno de los contratantes, de lo estipulado en el contrato, tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que, por lo tanto, no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones, destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas.

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

(Magistrado Ponente: Dr, Pablo Emilio Manotas).

Antecedentes

El 18 de junio de 1948, doña **Graciela Nieto de Reyes** y el señor **Enrique de Castro** otorgaron un documento privado, en el cual convinieron que la primera prometía en venta al segundo y éste a comprar, el inmueble descrito allí, por la suma de $ 9.500.00, que el promitente comprador pagaría a la señora Nieto de Reyes así: "Un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) moneda corriente al firmarse el presente contrato, suma que queda como arras del negocio y que se imputará al precio de la cosa prometida en venta, y los ocho mil pesos restantes ($ 8.000.00) al firmarse la correspondiente escritura pública ante el señor Notario 5º de Bogotá. La señora Nieto de Reyes al firmar este documento dá por recibida a su entera satisfacción la cantidad de un mil quinientos pesos, ($ 1.500.00) moneda corriente".

"La promitente vendedora se obligó por su parte: a firmar la escritura de venta directamente al señor Castro Sánchez dentro de un término no mayor de sesenta días a partir de esta fecha, término que aprovechará para conseguir del Banco Central Hipotecario escritura a su favor del inmueble prometido en venta de conformidad con el contrato Nº 94 de 23 de enero de 1937, celebrado con aquella entidad, y a obtener la desocupación del inmueble por el actual arrendatario, pues el promitente comprador exige tales condiciones para proceder por su parte al cumplimiento de sus obligaciones. Si por circunstancias ajenas a la voluntad de la promitente vendedora no logra la desocupación de la casa por parte del actual inquilino dentro de los sesenta días pactados, podrá obtener del promitente comprador una prórroga prudencial para ello, que en ningún caso excederá de otros treinta días (30). La vendedora entregará los títulos de propiedad de la finca al promitente comprador, para su estudio, el día en que el Banco Central Hipotecario le haga la correspondiente escritura dentro del plazo estipulado. La misma vendedora notificará con tres días de plazo, por lo menos, al promitente comprador, la fecha precisa en que esté lista a firmar la correspondiente escritura pública".

Enrique de Castro propuso demanda en juicio ordinario contra Graciela Nieto de Reyes, a intento de que se declare: Que la demandada no cumplió la promesa de celebrar el contrato de compraventa antes nombrado, sobre la casa número 63-D.66 de la carrera 21 (hoy carrera 23) de esta ciudad; y que como consecuencia del incumplimiento, la señora Nieto de Reyes debe al señor De Castro Sánchez la cantidad de TRES MIL PESOS ($ 3.000.00) más los intereses legales de dicha cantidad, liquidados desde el día 18 de septiembre de 1948, hasta cuando el pago se efectúe, y la condena al pago de las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho de la acción se invoca el mismo documento, en cuanto la demandada no cumplió con las obligaciones estipuladas a su cargo, y enajenó el inmueble prometido en venta al demandante a persona distinta de éste y se ha negado a restituír los $ 1.500, recibidos como arras o imputables al precio de la presunta venta.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, desató la controversia planteada en sentencia de 11 de febrero de 1950, absolviendo a la demandada. El actor apeló de esta decisión y el Tribunal Superior de Bogotá le puso fin a la segunda instancia con su fallo de 20 de noviembre de 1950, por el cual se revoca la apelada y se accede a las declaraciones pedidas en la demanda, con excepción de la condena en costas.

Dice el Tribunal en la motivación de su fallo: "Aunque no lo exprese inequívocamente la demanda, entiende la Sala que su intención es la de actuar (sic) la voluntad o preceptos de la ley relativos a la retractación de la promitente vendedora por ministerio de las arras. El efecto concreto que se pretende, restitución doblada de la suma en que las arras consisten, la cita de las normas del Capítulo 2° del Título 23 del Libro 4º del C. C., en donde están los artículos reglamentarios de las arras, y la mención que se hace a tales arras en la parte final del relato de las causas, orienta suficientemente en este sentido".

La sentencia interpreta el contrato de promesa de compraventa discutido y fija la posición de las partes en el litigio, después de un análisis comparativo de los textos de los artículos 1861, 1857, 1859 y 1620 del C. C., "encuentra en la cláusula segunda del contrato la dación de arras del negocio, y en derecho le atribuye el efecto consignado en el Art. 1859 del C. C., o sea permitir la retractación, mediante su pérdida o restitución doblada, según sea quien se retracta". Y se agrega:

"El actor señor De Castro afirma el total incumplimiento de las obligaciones de la señora de Reyes. Esta a su turno alega que el promitente comprador se retractó dando como causa que a la señora Josefina Sánchez Vargas no le gustaba la casa y que además no tenía el dinero. También aduce su propia conducta contractual indicadora de su voluntad de cumplimiento, en el hecho: haber adquirido la propiedad del inmueble, ordenado ex-

tender la escritura de compraventa en la Notaría 5ª de Bogotá, otorgado un poder para el lanzamiento del arrendatario, etc., etc.". En seguida se entra al análisis y apreciación de las pruebas presentadas por una y otra parte, como justificativas de sus respectivas conductas.

De aquel análisis probatorio saca el Tribunal en conclusión: "que la señora Graciela Nieto de Reyes no dió al promitente comprador el aviso previo sobre fecha del otorgamiento, no entregó oportunamente los títulos, y no procuró cabalmente la desocupación del inmueble por parte del inquilino ocupante(pues no le bastaba otorgar un poder), no concurrió al otorgamiento de la escritura, obligaciones que la cláusula tercera de la promesa puso en su cuenta. No probó plenamente el desistimiento del contrato por parte del promitente comprador, tal como lo alega".

"El examen de las oportunidades que las partes tuvieron para ejecutar las obligaciones que mutuamente asumieron en el contrato bilateral de promesa de compraventa no es favorable a la estimación del cargo que se hace al actor por no haber estado en posibilidad o no haber estado dispuesto a pagar el remanente del precio. Aunque mutuamente obligados los promitentes, sus respectivas prestaciones no se encuentran estrictamente en el plano simultáneo que suele atribuírse a las obligaciones resultantes de los contratos bilaterales.

"Corren de cuenta de la señora de Reyes las descritas en la cláusula tercera. Todas ellas tienen el carácter de preparatorias de la compraventa futura, es decir, le imponen una conducta previa, que, cumplida pértinentemente, da acceso a la simultánea ejecución de lo principalmente prometido, a saber el otorgamiento del título y el pago del remanente del precio. Llegado el momento de otorgar la escritura la promitente vendedora hubiera podido prudentemente negarse a firmar si el comprador no le pagaba o no estaba dispuesto a pagarle. Se ha visto cómo la señora de Reyes se abstuvo de cumplir varias, la mayor parte de las obligaciones".

Insiste el Tribunal en el concepto de que, "lo esencial del efecto de la dación de las arras, tal como lo consigna el C. C. (Artículo 1859), es permitir el desistimiento o retractación unilateral del contrato con sujeción a la pérdida o restitución doblada de la prenda según quien sea el desistente. Cada una de las partes se reserva el derecho de disolver el negocio mediante declaración y pagando las arras. Esta es una especie en el género de las disoluciones: existen otras especies, la de incumplimiento (resolución), la de imposibilidad (caso fortuito) la del hecho imputable. Como se ve la disolución es un efecto de causas diversas, entre ellas, la voluntad declarada; la culpa, el hecho sobreviniente imputable o no a la parte. Y es natural que las causas impriman el sello de su naturaleza en la reglamentación y gobierno del efecto.

"Las arras en realidad son la contrapartida de una facultad que las partes mutuamente se reservan, la de revocar el contrato. Cuando incumplido o no cumplido de modo pertinente para prevenirlo o para sancionarlo, estipulan la prestación de una pena, acuden a la pena convencional. Difieren las arras de la pena convencional en que las primeras son la condición o supuesto del ejercicio de un derecho facultativo, el de retractarse en tanto que la segunda es la sanción de una culpa contractual, el incumplimiento. El derecho, tanto sus principios como sus normas positivas, no otorga a las arras la virtualidad de la pena ni da a la pena el efecto de las arras, pues basta ver cómo el obligado bajo multa debe cumplir y la justicia lo compele a cumplir si se abstiene, cosa que no sucede con quienes dan arras, y pueden por lo tanto retractarse a voluntad.

"Si pues las arras, tutelan sólo aquella especie de disolución derivada de la declaración unilateral, en un caso en que las partes se abstuvieren de dotarlas de eficacia penal o indemnizatoria del perjuicio causado por el incumplimiento, pacto permitido en virtud de la autonomía de la voluntad en materias dispositivas pero que no debe presumirse sino hallarse probado —puesto que la naturaleza de las arras es la consignada en el texto legal en cita— la restitución doblada no corresponde sino en el caso de la expresa o tácita declaración de desistencia.

"El aspecto del tácito desistimiento cobra importancia no completamente arrelievada (sic) en el tratado de las arras. El acto de retractarse, voluntario y unilateral, es suceptible de una declaración del interesado; y además de establecerse mediante el examen de la conducta contractual en todos aquellos casos que concluyen con la negativa o con la abstención de otorgar el acto o contrato al que acceden las arras. La señora omitió dar un aviso, entregar unos títulos y gestionar la desocupación del inmueble, no concurrió al otorgamiento del acto prometido. Estas omisiones predominantemente voluntarias, indican muy caracterizadamente un ánimo contrario a la realización del negocio. Ahora bien, en estricto derecho el ánimo contrario a la celebración del negocio es el principal elemento de la retractación, de manera que

si tal estado de ánimo se manifiesta con hechos externos, éstos pueden, sin inconveniente, ser considerados como suficiente declaración de desistencia. El hecho demuestra tan completamente como la expresa declaración.

"En suma, las omisiones de la señora de Reyes equivalen a una tácita retractación, y por ello sus efectos son los previstos en el Art. 1859 del C. C., desde luego diferentes a los previstos a título de resarcimiento ordinario o de pena estipulada para otras hipótesis de incumplimiento culpable.

"Por lo tanto procede la condenación en los términos de las súplicas de la demanda, excepto intereses que no pueden ser sino moratorios y que no corren sino desde la fecha del requerimiento (C. C., 1608, 3º).

El recurso

El apoderado de la demandada recurrió en casación del fallo del Tribunal de Bogotá, y con invocación de la causal primera del Artículo 520 del C. J., lo acusa por ser violatorio de la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea y falta de aplicación; por haberse incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Esta acusación comprende cinco cargos que se resumen así:

1º a 3º—Violación directa e interpretación errónea de los Arts. 1859, 1861, 1609 y 1610 del C. C., y 1º de la Ley 66 de 1945, "por haberse interpretado mal y haberse dejado de aplicar".

El fundamento de estos cargos es común y consiste en que lo pactado es un contrato de promesa de compraventa y no el pacto accesorio de arras, y que por lo tanto, aquél, "estaba sujeto a las disposiciones sobre resolución de los contratos y no la simple retractación. Que no es posible considerar a un contratante en mora, cuando el otro por su parte no ha cumplido sus obligaciones correlativas, a lo que es lo mismo que para resolver un contrato por incumplimiento, debe haber una parte que estuvo dispuesta a cumplir o cumplió sus obligaciones y otra que no las cumplió". Y en que el Tribunal, "no puede, sin excederse en sus atribuciones, modificar el procedimiento preestablecido para la resolución de los contratos. Si se hubieran pactado arras el Tribunal podía ordenar su devolución doblada, pero como lo que se pactó fue promesa de contrato de que habla el C. C. (Art. 1861) el camino es el indicado en la disposición que no se aplicó en la sentencia.

4º y 5º.—

a) Violación de la ley sustantiva por apreciación errónea, de determinada prueba que llevó al Tribunal a incurrir en manifiestos errores de derecho y de hecho. Se señalan como pruebas mal apreciadas las declaraciones de los Dres. Alfonso Zubieta y Enrique Muñoz; el certificado expedido por el Notario 5º de Bogotá y las posiciones absueltas por la parte demandante.

b). Violación de la ley sustantiva, "por apreciación errónea de determinada prueba que llevó al Tribunal a incurrir en error de hecho y de derecho. La prueba mal interpretada es el contrato de promesa de compraventa. Porque: "el Tribunal cree que la cláusula segunda del mentado contrato establece el pacto accesorio de arras y lo que en realidad se pacta allí es el contrato de promesa de venta"; y al afirmar esto, incurre en violación de los Arts. 1609, 1610 y 1861 del C. C.

De estos cinco cargos que comprende la acusación, dados los términos en que se formula y su ajuste a la técnica del recurso, ha de prosperar el Quinto, a juicio de la Corte.

Se considera:

Las cláusulas pertinentes del contrato de promesa discutido, dicen:

"**Primera.**—La señora Graciela Nieto de Reyes promete vender a Enrique de Castro Sánchez, y éste promete comprar a aquélla, una casa situada en el barrio de Muequetá de esta ciudad de Bogotá, etc.

"**Segunda.**—El precio convenido es la suma de nueve mil quinientos pesos moneda corriente, ($ 9.-500.00), que el promitente comprador pagará así: Un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) moneda corriente al firmarse el presente contrato, suma que queda como arras del negocio y que se imputará al precio de la casa prometida en venta, y los ocho mil pesos restantes ($ 8.000.00) al firmarse la correspondiente escritura pública ante el señor Notario 5º de Bogotá. La señora Nieto de Reyes al firmar este documento dá por recibida a su entera satisfacción la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) moneda corriente".

Según los doctrinantes y lo que significan las arras, su estipulación es siempre expresa; pues, de no, la entrega de dinero debe considerarse como un anticipo del precio en los contratos de compraventa o en aquellos en que se promete celebrar uno de tal naturaleza. Las arras ofrecen dos mo-

dalidades principales: pueden ser consideradas como prenda, señal de la intención de los contratantes de consumar un acto proyectado; o como signo ostensible o prueba de su perfección, para no dar lugar al arrepentimiento. También suele presentarse la modalidad de una especie de indemnización del daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones, frente al que las incumplió; pero ella, aunque puede existir, no está prevista en las disposiciones que regulan las arras en nuestro derecho, sino que su función está adscrita a las disposiciones con cláusula penal de que trata el Libro 4º, Título 11 del C. C.

De estas funciones principales que cumplen las arras y de las especies a que corresponden: arras confirmatorias y arras penitenciales, la una constituye un medio de reforzar el vínculo contractual; la otra constituye un medio oneroso que facilita la realización de cualquiera de las convenciones previstas en el Artículo 1625 del C. C., para extinguir las obligaciones. De aquí, que no deben confundirse las arras propiamente dichas, con la entrega de una suma de dinero en el momento de concluírse un contrato de compraventa o uno de promesa de esta especie, como anticipo del precio de la cosa vendida u objeto del contrato prometido, porque en este caso, jurídicamente hablando, no hay arras, y ninguna de las partes puede retractarse, porque el dinero así entregado se dá como parte del precio y no como arras, según las voces del Artículo 1861 del C. C.

Tratándose en este litigio de un contrato de promesa de compraventa de un inmueble en que las partes se obligan recíprocamente, es una verdadera convención bilateral, tal como lo prevé el Artículo 1496 del C. C., por lo que ha de aplicarse el 1546 ibidem, que rige para todos los contratos de esta especie.

Ahora bien, las obligaciones que dimanan de la promesa de celebrar un contrato, son distintas de las que se originan del contrato prometido. De la promesa nace la acción para pedir su cumplimiento, de acuerdo con lo pactado, y el pago de los perjuicios que se demuestre haberse causado con el simple retardo; y de la promesa incumplida nace el derecho a la indemnización por los perjuicios que emanan del incumplimiento, y que se ejercita mediante la acción resolutoria del contrato de promesa.

Del contrato celebrado nacen las acciones por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el comprador que ha pagado el precio tiene la de entrega de la cosa, y el vendedor que ha hecho la tradición la del pago del precio, y el uno y el otro, la resolutoria con la consiguiente indemnización de perjuicios.

Que la prometiente vendedora, recibió los $ 1.-500.00, a título de arras como prenda o garantía de la ejecución del presunto contrato de compraventa, es un hecho que no se ha establecido en el juicio, pues, ninguna de las pruebas aportadas alude a la celebración de tal pacto, sólo en el documento contentivo de la promesa se habla de arras refiriéndose a aquella suma, pero con la salvedad expresa de que ella se imputará al precio de la casa objeto del contrato prometido.

En esta situación perfectamente definida por el Artículo 1861 del C. C., resulta injustificada la sentencia recurrida, al interpretarse el contrato de promesa de venta, enmarcándolo dentro del Artículo 1859 ibidem, que regula los efectos del pacto de arras, en vez de hacerlo en el primeramente citado, incurriendo así el Tribunal en los errores que le imputa el recurrente, por cuanto no se hallaba en presencia de un convenio con estipulación del pacto accesorio de arras, sino en la de un contrato de promesa de compraventa, que como ya se dejó dicho, es diferente del prometido y origina derechos y obligaciones distintas.

Estas consideraciones son suficientes para casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá:

La Corte en instancia agrega a las razones expuestas en casación, estas otras, con el fin de fundamentar el fallo que ha de reemplazar al infirmado.

En la promesa se cumplieron las exigencias del art. 89 de la ley 153 de 1887, y por ello adquirió su completa validez; no aparece cumplida y, por el contrario, ambos prometientes están conformes en el hecho de no haberse otorgado la escritura pública que prometieron; no aparece tampoco invalidada por su consentimiento mutuo, como tampoco atacada siquiera en este juicio ni infirmada en otro anterior. Así las cosas, habiendo nacido de ella el recibo de la suma de $ 1500.00 por parte de la señora Nieto de Reyes y por concepto de anticipo, a cuya devolución doblada y como consecuencia del incumplimiento se reduce la demanda de De Castro, preciso es reconocer que ésta es, por lo menos, prematura.

Porque, como se tiene dicho, la demanda se fundamenta en la mera declaración de incumplimiento por parte de la demandada del contrato de promesa de venta, no extinguido. Ahora bien: "El fenómeno de incumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado, dá lugar, si se trata de con-

tratos bilaterales, a que se opere la condición resolutoria tácita, dando origen en favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios" (Art. 1546 del C. C.).

"De acuerdo con la ley, la doctrina ha establecido que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas" (G. J. Tomo LXIV, pág. 456).

No previstos en la demanda los extremos de que se ha hablado: invalidación de la promesa judicialmente, o por mutuo consentimiento de los pactantes, o por petición en el libelo que se estudia; ni pedido su cumplimiento, por no estar extinguida, o su resolución por incumplida, le falta a la acción el antecedente jurídico anotado, base esencial sobre que descansa la acción accesoria o consecuencial de la declaración de incumplimiento y la de la correspondiente indemnizatoria. Es a través de estos razonamientos, como la Corte llega a las mismas conclusiones de la sentencia de primera instancia y por los que ha de confirmarla.

No procede el estudio de la excepción alegada por el demandado, en la contestación de la demanda, por adolecer de la misma irregularidad anotada en ésta, y además, porque no prosperando ésta, resulta inoficioso el de aquélla.

Por lo expuesto, **La Corte Suprema de Justicia** —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, expedida el 20 de noviembre de 1950, y confirma la de 11 de febrero del mismo año, pronunciada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de aquella ciudad, en este juicio, pero por los motivos apuntados en los considerandos de este fallo.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo. —Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.— Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, POR LESION ENORME. — PERI TAZGO

1—En el ejercicio de la acción rescisoria por causa de lesión enorme, el factor que es materia de disputa y sobre el cual debe recaer el fallo, es si en realidad la cosa fue vendida por un precio irrito, o por uno superior y desproporcionado a su valor venal, y si por esa circunstancia, el contratante lesionado ha padecido LAESIO ULTRA DIMIDIUM. Por ese aspecto, lo conducente en el debate judicial y lo que constituye la cuestión litigiosa, es la confrontación y examen del precio estipulado en la compraventa y del justo valor de la cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir judicialmente si entre los dos existe una diferencia tan apreciable, que ésta se eleva a más de la mitad del justo precio, o a más del doble del estipulado en el contrato.

Siempre que se ejercite este motivo procesal y se pretenda averiguar si el vendedor padeció lesión enorme, hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble, al tiempo del contrato.

2—Según el artículo 721 del C. J., "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba". Si bien es cierto que tal artículo le da al concepto pericial, como se acaba de ver, la categoría de plena prueba, también es verdad que en el mismo precepto se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No determina el artículo en estudio una aceptación mecánica del juez, sino que es indispensable que el concepto pericial esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es lo esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas).

Ref: Juicio sobre rescisión de una venta por lesión enorme y nulidad de un registro.

Antecedentes:

Con fundamento en el hecho de haber sufrido lesión enorme en el contrato de compraventa de una casa de habitación situada en el costado sur de la plaza de Bolívar, de la ciudad de Cartago, celebrado por Librada Campo, como vendedora, y Rosalía Campo de Durán, como compradora, de que da cuenta la escritura pública número 539 de 7 de mayo de 1945, de la Notaría Pública de allí mismo, el señor Guillermo Campo demandó con fecha cuatro de septiembre de 1945, para la sucesión de doña Librada, la rescisión del referido contrato, por la aludida causa.

Se apoya en que fue instituído heredero universal de la nombrada señora; que la venta fue hecha por la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00), que la vendedora declaró recibidos, y en que para el año de 1945, cuando se celebró el contrato de compraventa a que alude el instrumento número 539, fue la época en la cual el más alto valor adquirió allí la propiedad urbana, siendo, por consiguiente, el valor percibido por el inmueble, inferior a la mitad del justo precio de la cosa enajenada (art. 1947 del C. C.).

Admitida la demanda y antes de surtir su traslado, y cuando ya se había librado el correspondiente despacho sobre el litigio del inmueble al Registrador de Instrumentos Públicos, se dió cuenta al demandante, de que por alguna infidencia tuvo conocimiento la demandada, del litigio ini-

ciado, quien se apresuró a vender lo comprado en las condiciones dichas, al señor Jaime Durán C., lo que lo movió a incluír también como demandado a don Jaime, para que con su audiencia y la de la señora Rosalía Campo de Durán se declare que es nulo el registro de la escritura 794 de seis de septiembre de 1947, de la misma oficina notarial, por la cual doña Rosalía Campo de Durán traspasó a don Jaime el aludido bien, y que como consecuencia de la nulidad que suplica, pide se ordene la cancelación del registro de tal instrumento.

En subsidio, demanda se declare que es simulado el último contrato mencionado, por carencia de causa real y lícita.

Expresa que el mismo día de la presentación de la demanda de rescisión de la venta por lesión enorme, el Juez la admitió y ordenó correr traslado contra quien iba dirigida, a la vez que dispuso su inscripción en el libro de demandas civiles, mandamiento este último, que se cumplió librando el correspondiente despacho a la Oficina de Registro, el día cinco del referido mes el día ocho del propio mes, y el instrumento del caso fue registrado, no obstante la prohibición de enajenar.

Sentencia de primera instancia

El fallo de primer grado se produjo con fecha veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta, negando todos los pedimentos, tanto los contenidos en la demanda principal, como los concernientes a su reforma.

La sentencia recurrida

Apelada la providencia, el expediente fue enviado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, donde con fecha ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, se decidió la controversia, confirmando la apelada.

El juzgador de segundo grado hace un examen muy detallado de los diversos avalúos practicados en el juicio, y llega a la conclusión de que no existió la lesión enorme de que se querella el demandante, en el valor obtenido por la señora Campo en la venta del inmueble situado en la plaza principal de la ciudad de Cartago. Acoge el dictamen rendido por uno de los peritos, con la adhesión del tercero, según el cual, la finca en referencia, para la fecha del contrato, valía doce mil pesos ($ 12.000.00), suma que no alcanza al doble de la cantidad percibida por la venta. Encuentra muy razonables los fundamentos del dictamen, ya por el estudio y consideración realizados por los peritos respecto de otras ventas efectuadas por la misma época, en que se llegó a obtener un precio de veinte pesos ($ 20.00) por metro cuadrado, que coincide con el valor percibido por la casa objeto del contrato.

Dice el Tribunal que, posteriormente al año en que se realizó el negocio Campo-Campo de Durán, fue cuando la propiedad inmueble en Cartago, llegó a precios exhorbitantes.

El sentenciador no hizo el examen de la prueba pericial, sino que estudió otras producidas, como certificados de la Oficina de Catastro y copias de escrituras de ventas de inmuebles que gozaban de la misma situación privilegiada del que es materia del litigio, para llegar a la conclusión de que fue justo el precio dado por los peritos, de doce mil pesos ($ 12.000.00), con lo cual llegó al convencimiento de que no había lugar a la declaración de rescisión de la venta, por lesión enorme.

En cuanto a la acción de nulidad del registro de la nueva escritura de venta, otorgada por la señora Campo de Durán a don Jaime del mismo apellido, encuentra que, habiendo fracasado la acción principal de rescisión, desaparece el interés jurídico para demandar la nulidad y la declaración de simulación, a las cuales se concreta la reforma de la demanda.

En desacuerdo con esta nueva decisión, el demandante recurrió ante la Corte.

Los cargos contra la sentencia

Con fundamento en las causales primera y segunda de las indicadas en el artículo 520 del C. J., se aducen contra la sentencia los dos cargos que a continuación se expresan:

a). Se afirma que la providencia recurrida no es congruente con las peticiones de la demanda base del juicio, porque habiéndose pedido la declaración de que "es nulo el registro de la escritura 794 de 6 de septiembre de 1947", de la Notaría de Cartago, se declaró por el juzgador que "no existe nulidad en la escritura 794", pues no de otro modo puede estimarse la decisión del Tribunal, al confirmar simple y llanamente el pronunciamiento del Juzgado.

b). Como segundo motivo, se ataca "por errores de hecho en la apreciación de las pruebas", los cuales concreta así:

Error de hecho en la apreciación de los dictámenes periciales, en relación con las otras pruebas,

de las que se puede concluír la existencia de la lesión enorme.

Dice que, tanto en los dictámenes de los peritos en la primera y en la segunda instancia, señalan como precio del inmueble para la fecha del contrato, una cantidad inferior al doble del precio fijado en la escritura. Que el sentenciador dió a esta prueba el carácter de plena, y que lo sería si no existieran elementos de juicio que debieron influír en su ánimo para desecharla, tales como los certificados del Tesorero Municipal de Cartago, del Administrador de Hacienda Nacional de allí mismo, de la Oficina de Revisión del Catastro y las declaraciones de varios testigos, que enumera, de donde se desprende que, del año de 1944 para acá, empezó una alza desmedida en el valor de la propiedad inmueble en Cartago; que los testigos Arias, Rodríguez y Gómez hablan de esta alza, y opinan que el precio de la casa sobre que versa el pleito, excede de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00); que en enero de 1945 se vendió en cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) un predio avaluado en el Catastro en treinta mil, y en este orden de ideas cita más de diez operaciones en que los precios de venta fueron muy superiores a los valores catastrales; que todas esas operaciones han venido a establecer de una manera evidente, que en 1945, los estimativos para efectos de la contribución predial, eran muy inferiores a la realidad económica del momento.

Que los indicios que se desprenden de todas estas pruebas aportadas al debate, forman un cúmulo de elementos de convicción "suficientes para destruír el valor de la prueba pericial", y llevar al sentenciador la certeza de que el precio de la cosa materia de la compraventa a que se refiere la escritura 539, es muy superior al doble de la suma por la cual se enajenó.

Que como consecuencia de los errores de hecho cometidos, el Tribunal violó el artículo 722 del C. J., pues no ha debido aplicarlo, sino rechazar el dictamen, para darle cabida a las demás pruebas de que se ha hablado y deducir, consecuentemente, la existencia de la lesión. Que como varios hechos generadores de indicios, cuando son graves, precisos y conexos, forman plena prueba y el fallo no apreció los señalados para deducir la suficiente convicción de la existencia de la lesión enorme, por valer el bien más del doble del precio obtenido, violó la sentencia el artículo 665 del C. J., por no haberlo apreciado; y a consecuencia de los mismos errores y de la violación de las disposiciones citadas, infringió el artículo 1946 del C. C., por haber dejado da apreciarlo.

Agrega que la ley no ha determinado de manera precisa, cómo debe demostrarse la lesión y que si la jurisprudencia "se ha arrimado" a la prueba pericial, es sólo en aquellos casos en que no hay otras pruebas superiores para destruír el dictamen de los peritos.

Termina pidiendo la casación del fallo, por los motivos indicados.

Para resolver, se considera:

Por las razones que se expondrán adelante, la Corte inicia el estudio del presente recurso, por el cargo relativo a la violación de los artículos 722 y 665 del Código Judicial, y el 1946 del C. C., en cuanto se acusa la sentencia por violación de estos preceptos, por errores de hecho en la apreciación de las pruebas con las cuales se considera establecida la lesión enorme, que daría lugar a la rescisión del contrato de compraventa demandada.

En el ejercicio de la acción rescisoria por tal causa, el factor que es materia de disputa y sobre el cual debe recaer el fallo, es, si en realidad la cosa fue vendida por un precio írrito, o por uno superior y desproporcionado a su valor venal, y si por esa circunstancia, el contratante lesionado ha padecido **laesio ultra dimidium**. Por ese aspecto, lo conducente en el debate judicial y lo que constituye la cuestión litigiosa, es la confrontación y examen del precio estipulado en la compraventa y del justo valor de la cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir judicialmente si entre los dos existe una diferencia tan apreciable, que ésta se eleve a más de la mitad del justo precio, o a más del doble del estipulado en el contrato.

Siempre que se ejercite este motivo procesal y se pretenda averiguar, como en el caso de autos, si el vendedor padeció lesión enorme, hay que acudir a las pruebas conducentes, de las cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble al tiempo del contrato.

Según el artículo 721 del C. J., "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba". Si bien es cierto que tal artículo le dá al concepto pericial, como se acaba de ver, la categoría de plena prueba, también es verdad que en el mismo precepto se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse

para que tal plenitud probatoria se realice. No determina el artículo en estudio una aceptación mecánica del Juez, sino que es indispensable que el concepto pericial esté debidamente fundamentado. "En la apreciación de esta última condición, que es lo esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente".

Siguiendo este criterio, fue como el juzgador examinó y apreció la triple prueba pericial realizada en las instancias, en las cuales no se le dió otro avalúo al bien materia del proceso, que el de doce mil pesos ($ 12.000.00), que no alcanza al doble de la suma obtenida por el vendedor, que fue de ocho mil pesos ($ 8.000.00).

Ante el Tribunal se practicó un avalúo, además de dos realizados en la primera instancia, el cual estudia el juzgador con todo detenimiento, pesando los fundamentos en que se apoyaron los expertos para emitirlo.

Según el perito Vélez Toro, para 1945, la finca materia del debate tenía un valor de doce mil pesos ($ 12.000.00), sirviéndole al perito como fundamento para su concepto, el conocimiento del inmueble, su situación y las ventas de bienes raíces efectuadas en el mismo sector en que está ubicada la casa, para la fecha de la negociación, y cita el experto unas cuantas operaciones de compraventa llevadas a cabo sobre bienes en el mismo lugar.

Rechaza el Tribunal el dictamen del perito Jesús Aguirre, por disparidad de criterio al determinar el valor de la finca cuando la vendió la señora Campo, de cuando la compradora la enajenó al señor Jaime Durán, por lo cual se llamó al perito tercero, señor Rubiano, quien se adhirió al dictamen del perito Vélez Toro, dando las razones de su determinación.

Para el Tribunal, le merecen especial consideración los conceptos de este perito, quien ha vivido siempre en la población de Cartago, donde ejerce el comercio, y por las razones en que basa su opinión, entre las cuales merece citarse, la de que la valorización de la propiedad inmueble alcanzó su mayor auge fue en 1946 y 1947.

Cita el perito varias operaciones de venta de inmuebles en el lugar donde está situada la casa sometida a su examen, y saca la conclusión de que las ventas hechas por la misma época, alcanzaron allí un precio de veinte pesos ($ 20.00) por metro cuadrado. Que la vendida a la señora Campo de Durán es una casa de construcción muy antigua, siendo propiamente, para el año de 1945, "un rancho", del cual su propietaria obtenía un arrendamiento de cuarenta y dos pesos ($ 42.00) por mes, con una extensión de seiscientos metros cuadrados, que a razón de veinte pesos cada uno, dá el valor de doce mil pesos ($ 12.000.00), en que precisamente se justipreció la finca del litigio.

Entra luego el sentenciador a hacer un estudio detallado y circunstancial de otras pruebas presentadas al debate, como son: escrituras de compraventas llevadas a cabo para la misma fecha, llegando a la conclusión de que, en realidad, el auge de la propiedad inmueble en Cartago fue para los años de 1946 y 1947, y que la venta de que se trata se hizo de acuerdo con los precios del momento, o sea del año de 1945.

Considera el recurrente, que el Tribunal ha debido guiarse por las otras pruebas aducidas al proceso, distintas de los dictámenes de los expertos, como son las escrituras relativas a operaciones de la misma índole, y basarse en algunas exposiciones de testigos, pero olvida que cuando se trata de avalúos, o de cualquier regulación en cifra numérica, se requiere la estimación pericial. "El medio adecuado para establecer el justo precio en las acciones sobre rescisión por lesión enorme, es el avalúo pericial de la cosa". (Casación, 12 de diciembre de 1940. Tomo 50, pág. 494).

"En tratándose de avalúos, como de toda cuestión técnica, es preciso la intervención de expertos al respecto, que dictaminen sobre el particular, que no la de testigos, los cuales declran sobre hechos, pero no conceptúan, ni dictaminan". (Sentencia de 12 de febrero de 1944, Tomo 57, pág. 58).

Por último, es necesario repetir, como atrás se dijo, que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, como lo halló el Tribunal de Buga, hace plena prueba, pero es necesario, se repite, que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho, que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos. (Véase Casación de 30 de abril de 1942, Tomo 53, pág. 391, y Tomo 59, pág. 839).

En el caso en estudio, como ya se demostró, con el examen realizado de las pruebas, no se cometió ese error.

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo b)—Se acusa por incongruencia, en cuanto a lo decidido en relación con la demanda de nulidad de la venta hecha por la señora Campo de Durán a don Jaime Durán.

La demanda fue propuesta con el interés jurídico que se desprendía de la posible rescisión del contrato de venta, pero establecido como queda, que tal acción carece de fundamento y que no puede progresar, tal interés ha desaparecido, y por lo tanto, sobra entrar al examen de la cuestión.

Al demandante le importaba la nulidad del registro del traspaso en referencia, para el caso de que la demanda contra la señora de Durán fuera viable, pero negada ésta, carece de todo derecho para pedir la nulidad antedicha.

Sobra extenderse sobre el interés jurídico para demandar, concepto ampliamente expresado por esta Sala en sus providencias publicadas en las GACETAS JUDICIALES, Tomo número 49, página 848; Tomo 58, página 181; Tomo 62, página 432, y en providencia de esta Sala de fecha 22 de octubre de 1952.

No es admisible, pues, el cargo.

Sentencia

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y uno.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo—Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, Hernando Lizarralde.

CUANDO LA VIOLACION DE LA LEY PROCEDE DE ERRORES EN LA INTERPRETACION DE UN ACTO O CONTRATO, NO PUEDE HABLARSE DE VIOLACION DIRECTA, SINO QUE SE TRATA DE UNA INDIRECTA— EL ERROR EN QUE PUEDE INCURRIR UN TRIBUNAL AL HACER DICHA INTERPRETACION ES DE HECHO, Y, POR TANTO, DEBE SER MANIFIESTO PARA QUE INCIDA EN CASACION

1.—Para el recurrente, las cláusulas de la escritura no deben interpretarse como constitutivas de dos usufructos sucesivos, cosa prohibida por el artículo 828, sino de uno solo, adicionado con la modalidad condicional de la muerte de la señorita Cediel; forma de constitución no prohibida, sino valedera, en cuanto la condición se cumple antes de la expiración del término de vigencia del usufructo, caso contemplado por el artículo 830.

De este modo, la sostenida violación del artículo 828 no sería directa, por indebida aplicación al caso controvertido; sino indirecta, proveniente de error cometido por el Tribunal en la interpretación de las cláusulas contractuales consignadas en la supradicha escritura número 1958.

2.— Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que los errores en que puede incurrir un Tribunal al interpretar un acto o convención, son de hecho y que, como tales, deben aparecer de modo evidente o manifiesto por el contenido mismo de las estipulaciones de cuya interpretación se trata.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, julio once de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

En la escritura número 1958, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, el día 24 de septiembre de 1942, el señor Miguel Alonso Robayo y la señorita Santos Cano manifestaron "concretar" un contrato de renta vitalicia, conforme a las siguientes cláusulas:

"**Primera.** — Miguel Alonso constituye en favor de la señorita Santos Cano una renta vitalicia mensual de treinta pesos ($ 30.00) moneda corriente, pagaderos al empezar cada mensualidad.

"**Segunda.**—A la muerte de la acreedora principal de la renta vitalicia, continuarán devengándola por igual suma y en la misma forma la señorita Abigaíl Cediel, mujer soltera, mayor y vecina de Bogotá, en la actualidad.

"**Tercera.**—El precio de la renta vitalicia consiste en la nuda propiedad de la siguiente finca raíz, cuyo dominio transfiere la compareciente Santos Cano a Miguel Alonso, mediante la presente escritura...".

Más adelante, el instrumento citado contiene esta declaración: "Dicha finca no ha sido enajenada por su actual propietaria a ninguna persona, está libre de todo gravamen, pleito pendiente, condiciones resolutorias, embargos, anticresis y arrendamientos por escritura pública y **pasará al deudor de la renta vitalicia a la muerte de las sucesivas acreedoras de la misma renta**".

Santos Cano murió el 3 de junio de 1943. Abigaíl Cediel, mujer soltera que vivía con su amiga Santos, siguió usufructuando la casa materia del contrato, y percibiendo de Miguel Alonso la renta de $ 30.00 mensuales, hasta 1948, en que dejó de pagársela, en vista de que la señorita Cediel no quiso entregarle el inmueble.

El pleito

En demanda admitida por el Juzgado Primero Civil de este Circuito el 25 de febrero de 1949, Miguel Alonso Robayo le instauró juicio ordinario a Abigaíl Cediel para que se declare:

1º Que "el derecho de usufructo de que era dueña la señorita Santos Cano, se consolidó con la nuda propiedad, de que es dueño don Miguel Alonso Robayo, a la muerte de la usufructuaria en el inmueble distinguido con el número veinte

setenta y nueve (20-79) de la carrera primera de esta ciudad...".

2º Que la frase "...y **pasará al deudor de la renta vitalicia a, la muerte de las sucesivas acreedoras de la misma renta"**, que se estampó en la cláusula **Tercera** de la escritura número 1958... no implica ni dio nacimiento a derecho real alguno de usufructo, uso, habitación, posesión o simple tenencia, a favor de Abigaíl Cediel y respecto del inmueble especificado y alinderado en la petición primera de esta demanda.

3º Que, en consecuencia, el inmueble pertenece en pleno dominio al demandante Miguel Alonso, y se condene a la demandada a restituírselo con frutos y al pago de costas.

El Juzgado dictó su fallo el 27 de mayo de 1950 en un todo de acuerdo con las peticiones del demandante, menos en lo tocante a costas.

En apelación ante el Tribunal de Bogotá, dicha entidad, por sentencia de 17 de agosto de 1951, lo confirmó en todas sus partes y condenó en las costas de la segunda instancia a la demandada, con base en las siguientes y principales consideraciones:

"El punto sometido a la controversia —dice— puede sintetizarse así: La parte demandante sostiene que el usufructo que se reservó la señorita Santos Cano sobre el inmueble determinado en la escritura número 1958 se consolidó con la nuda propiedad a la muerte de la usufructuaria y que el derecho de usufructo sucesivo que se constituyó mediante la cláusula tercera de la misma escritura, al indicar que la finca usufructuada "pasará al deudor de la renta vitalicia de las acreedoras sucesivas de la misma renta es nulo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º y 228 (sic) del C. C.; y la parte demandada sostiene por el contrario que, se trata de un usufructo constituído simultáneamente a favor de la señorita Cano y de la señorita Abigaíl Cediel, en los términos del artículo 381 ibidem.

"Al hacer la señorita Santos Cano dentro de la escritura número 1958, ya citada, la declaración de transferencia de la nuda propiedad del inmueble allí determinado sin ninguna declaración expresa con relación al usufructo, es claro que conservó éste a su favor, pero en forma completa y absoluta para sí, sin que esta reserva implicara simultaneidad con la demandada, porque en tal caso se hubiesen estipulado las condiciones y especificaciones determinadas en el artículo 381 del C. C. ya citado.

"La declaración o adición contenida en la cláusula tercera de la escritura, y consistente en la frase "pasará (la finca) al deudor de la renta vitalicia a la muerte de las sucesivas acreedoras de la misma renta", si se le dá alguna interpretación, no puede ser otra que la de que por ella se quiso constituir un usufructo sucesivo a favor de Abigaíl Cediel, el cual usufructo surtía su efecto después de la muerte de la primitiva usufructuaria.

"Esta interpretación de la frase insertada, dentro de la cláusula 3ª de la escritura se deduce no solamente de los mismos términos de ella y del contenido todo de la escritura sino de las afirmaciones hechas por la demandada".

Interpretada la cláusula 3ª de la escritura por el Tribunal en el sentido expresado, esto es, como la constitución de un usufructo sucesivo, la sentencia recurrida cita el artículo 828 del C. C. que prohibe esa forma de constitución; y agrega que habiéndose constituído así, "dicho acto es nulo al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6º del C. C. que dice que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa".

Considera el Tribunal que el usufructo se constituyó por la vida de la usufructuaria, Santos Cano, y que habiéndo muerto ésta el 3 de julio de 1943, según la partida civil que consta en autos, aquél se consolidó con la propiedad desde la muerte de la Cano y que, por lo mismo no hay duda de que el dueño "único y pleno del inmueble", es el demandante Miguel Alonso Robayo, por lo cual se impone la confirmación del fallo del Juzgado.

La parte demandada interpuso recurso de casación contra esta sentencia, el cual sustanciado en debida forma, pasa a estudiarse.

Demanda del recurrente

Tres son los cargos que le formula a la sentencia, a saber:

a) Violación del artículo 828 del C. C. por aplicación indebida;

b) Violación directa del artículo 865 del mismo Código, también por indebida aplicación; y

c) Violación indirecta del mismo artículo 828 y de los artículos 946, 948, 950, 961 y 964 del citado Código, por error de hecho en la "apreciación de la escritura número 958 (sic) de 24 de septiembre de 1942 de la Notaría 5ª de Bogotá".

Primer cargo

Lo concreta así el recurrente:

El Tribunal falló el juicio aplicando el artículo 828 del C. C. que prohibe constituir dos o más usufructos sucesivos y alternativos y añade en lo pertinente que en caso de que se constituyan de hecho, los usufructuarios posteriores se considerarán como sustitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el usufructo.

"Y al fallar en este sentido consideró que se trata de dos usufructos sucesivos o sea uno a favor de Santos Cano y el otro a favor de Abigaíl Cediel, el cual no podía producir efectos por la referida prohibición legal ya que la primera de las indicadas personas ejerció su derecho hasta morir.

"En consecuencia, estimó que la cláusula tercera **de la escritura cuando dice que la casa pasará al deudor de la renta o sea al demandante a la muerte de las sucesivas acreedoras de la misma renta** (se subraya), no le dá derecho a la demandada a permanecer en el inmueble, pues sobre éste no posee derecho real de usufructo ni de uso o habitación, ni personal de simple tenencia. Y que al fallecimiento de Santos Cano el usufructo constituído por ésta a su favor se consolidó con la nuda propiedad de que es titular Miguel Alonso Robayo".

Otro aparte de este capítulo de acusación dice: "Lógicamente, la cláusula comentada (la que se dejó transcrita y subrayada) puede interpretarse en el sentido de que a la muerte de la usufructuaria no se consolidaba en poder del demandante el usufructo con la nuda propiedad, pues se le agregó la condición de que ello no ocurriría mientras no adviniera el fallecimiento de la señorita Cediel quien fue un tercero en la celebración de tal contrato".

Se observa:

Para la Sala no queda la menor duda de que el cargo de violación del artículo 828, que el recurrente le atribuye al fallo, proviene, en su sentir, del modo como el Tribunal interpretó la supradicha cláusula tercera de la escritura, en que Santos Cano y Miguel Alonso Robayo consignaron el contrato de renta vitalicia.

Así lo confirman estos otros pasajes del mismo capítulo:

"En ninguna parte del contrato contenido en la escritura número 1958 de 24 de septiembre de 1942 de la Notaría 5ª de Bogotá se lee que Santos Cano estipulara que a su muerte pasaba el usufructo de que ella disfrutaba a la cabeza de Abigaíl Cediel...

"Realmente lo que hubo fue el evento previsto en el artículo 830 del C. C. o sea, que al resto de la vida del usufructuario se le agregó la condición de la muerte de Abigaíl Cediel para la consolidación de nuda propiedad y usufructo".

En otras palabras: para el recurrente, las cláusulas de la escritura no deben interpretarse como constitutivas de dos usufructos sucesivos, cosa prohibida por el artículo 828 sino de uno solo, adicionado con la modalidad condicional de la muerte de la señorita Cediel; forma de constitución no prohibida, sino valedera, en cuanto la condición se cumpla antes de la expiración del término de vigencia del usufructo, caso contemplado por el artículo 830.

De este modo, la sostenida violación del artículo 828 no sería directa, por indebida aplicación al caso controvertido; sino indirecta, proveniente de error cometido por el Tribunal en la interpretación de las cláusulas contractuales consignadas en la supradicha escritura número 1958.

Por lo tanto este cargo, tal como ha sido propuesto, resulta infundado, y debe rechazarse.

Segundo cargo

En el capítulo tercero de sus acusaciones ataca el recurrente la sentencia, por el preciso concepto en que equivocadamente fundó el anterior, o sea, por "error de hecho en la apreciación de la escritura número 958 (sic) de 24 de septiembre de 1942 de la Notaría 5ª de Bogotá". Por esto, y con el fin de metodizar su estudio, la Sala procede a considerar preferentemente dicha acusación.

Este cargo, dice el recurrente, contiene dos aspectos, a saber: I. error en cuanto con su apoyo se consideran acreditados dos usufructos sucesivos que conduce a la violación indirecta por aplicación indebida del artículo 828 del C. C.; II. error en cuanto con su apoyo se dio por demostrado el dominio pleno del demandante sobre el inmueble materia de la reivindicación, lo que llevó a la violación indirecta, por indebida aplicación de los artículos 946, 948, 950, 961, 964 y 969 del C. C.".

"Primer aspecto:

"La sentencia estimó demostrada la constitución de dos usufructos sucesivos en la escritura antes citada y de ahí concluyó que no podía producir efecto el segundo, de modo que habiendo fallecido Santos Cano, a su muerte se consolidó la nuda propiedad y el usufructo y Abigaíl Cediel carece de derecho para permanecer como usufructuaria en el inmueble.

"Pero ocurre que el Tribunal erró de hecho al dar por demostrados los usufructos sucesivos por las razones expuestas en el primer cargo ya que la cláusula tercera que es de donde se pretende derivar ellos no expresa tal cosa pues simplemente contiene una condición agregada a la muerte de la usufructuaria para que se consoliden el usufructo y la nuda propiedad.

"De esta suerte, al dar por acreditado lo que no está e incurrir en el citado error que aparece de manifiesto, violó indirectamente el artículo 828 por haberlo aplicado a un caso que está fuéra de su radio y que se gobierna por otra norma legal cual es el artículo 830 ibidem".

"Segundo aspecto:

Con fundamento en que la escritura en mención contiene dos usufructos sucesivos, el segundo de los cuales por disposición de la ley no tiene operancia, el Tribunal declaró que el usufructo constituído a favor de Santos Cano se consolidó con la nuda propiedad, transferida a Miguel Alonso Robayo a la muerte de la primera, razón por la cual desde dicho instante aquél se hizo dueño de la propiedad plena del inmueble objeto de la reivindicación, y como por lo expuesto Abigaíl Cediel carece de derecho a permanecer en él debe, como actual poseedora de la casa, restituírla al actor".

A continuación, el recurrente hace una serie de consideraciones para sustentar su tesis primordial, conforme a la cual, no fueron dos usufructos sucesivos los que se constituyeron mediante el contrato celebrado entre Santos Cano y Miguel Robayo, sino un usufructo a favor de Santos, con adición o agregación de una condición que no se ha cumplido, a saber: la muerte de la demandada, Abigaíl Cediel.

Alega que por haber errado el Tribunal en la susodicha interpretación del contrato, llegó a la conclusión de que la nuda propiedad y el usufructo se consolidaron en cabeza del demandante y, en consecuencia, decretó en su favor la reivindicación del inmueble, contra la poseedora demandada. Error que —concluye el recurrente— condujo al sentenciado a violar las disposiciones sustantivas reguladoras de la reivindicación, por indebida aplicación.

Se observa: Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que los errores en que pueda incurrir un Tribunal al interpretar un acto o convención, no son de hecho y que, como tales, devención, son de hecho y que, como tales, deben aparecer de modo evidente o manifiesto por el contenido mismo de las estipulaciones de cuya interpretación se trata. (Casación. Mayo 22 de 1916. T. XXV, pág. 366; junio 15 de 1920. Tomo XXVIII, pág. 77).

Pues bien. De acuerdo con el criterio interpretativo del recurrente, que inclusive considera la Sala como el más probable, parecería lo más acertado sostener que mediante el contrato en referencia las partes se limitaron a acordar un simple contrato de renta vitalicia del cual debían beneficiarse, en orden sucesivo, la Cano y la Cediel, mediante un precio que inicialmente consistía en la nuda propiedad del inmueble que la primera le transmitía al deudor de la renta señor Alonso, y que más tarde, al morir la segunda, debía convertirse en el dominio pleno; de esta suerte la señorita Cano, segunda beneficiaria de la renta, ningún derecho habría adquirido sobre el usufructo que la primera se reservó y que, en consecuencia, debía pasar a sus herederos mientras se producía el evento de que se hallaba pendiente la consolidación de la plena propiedad.

Sin embargo, no fue éste el concepto del Tribunal sentenciador. A su juicio, "la aclaración o adición contenida en la cláusula 3ª de la escritura, y consistente en la frase, la finca 'pasará al deudor de la renta vitalicia a la muerte de las sucesivas acreedoras de la misma renta', si se le dá alguna interpretación, no puede ser otra que la de que por ella se quiso constituir un usufructo sucesivo a favor de Abigaíl Cediel", el cual es nulo absolutamente, de conformidad con lo prevenido por los artículos 828 y 6º del C. C.

Con lo cual la situación, antes que ofrecer un **evidente** o **manifiesto** error de hecho en la apreciación de la escritura, comporta apenas una diferencia de interpretación insusceptible de producir la invalidación de la acogida en la sentencia, cualquiera que sea el grado de probabilidad que se le asigne a la contraria. El error en estos casos, no sería evidente o manifiesto, sino

simplemente probable, y sabido es que sólo el primero funda motivo de casación.

Por ello el cargo, resulta como el anterior, igualmente infundado.

Tercer cargo

Corresponde esta acusación a la segunda de la demanda, por "violación directa del artículo 865 del C. C. por indebida aplicación", y la funda así:

"El Tribunal estimó que la nuda propiedad trasferida a Miguel Alonso Robayo se consolidó con el usufructo a favor de Santos Cano desde la muerte de ésta y aplicó el artículo mencionado cuando aparece del contrato en que se constituyó el usufructo que a éste se le agregó una condición para que viniera dicha consolidación o sea el fallecimiento de Abigaíl Cediel.

"Esta declaración aun cuando tuviese apoyo legal no podía hacerse frente a Abigaíl Cediel que no fue parte en el contrato del usufructo, sino en relación con Santos Cano o sus herederos, según se vio. Además, ella se hizo depender exclusivamente de la ineficacia de la constitución de dos usufructos sucesivos (C. C., artículo 828), mas nunca de que la condición añadida a la muerte de la usufructuaria se tuviese por no escrita y por ende que había operado el término del usufructo consistente en la muerte de la Cano, sin ninguna otra modalilad.

"Y como la acción entablada no es la adecuada conforme quedó explicado en cargo anterior, la declaración de consolidación es violatoria de la norma citada, pues no depende de la causa asignada en la demanda sino, en su caso, de otra diferente que no ha sido invocada".

Se considera:

Dos son los aspectos que en este cargo expone el recurrente: el primero se refiere al modo como el Tribunal interpreta la estipulación escrituraria que, según el sentenciador, constituyó dos usufructos sucesivos, y que el recurrente interpreta como constitución de uno solo, con aditamento de una condición; y el segundo menciona, a su vez, una cuestión relacionada con la legitimidad de la personería de la demandada Abigaíl Cediel, y otra respecto de la improcedencia de la acción deducida en la demanda.

Acerca de lo primero ya se vio cómo, por no ser **evidente** el error de que se acusa la sentencia cuando apreció el contenido del contrato, no procede la infirmación de la sentencia por dicho concepto. Y respecto de lo segundo resulta, que las dos cuestiones enunciadas no fueron siquiera objeto del debate en las instancias, ni bases en que se apoyara la sentencia, para llegar a la conclusión que dedujo; tienen pues la calidad de medios nuevos, cuya consideración está fuéra de lugar en el presente fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y siete (17) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951) pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA.—PERITAZGO.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 716 DEL CODIGO JUDICIAL

1.—A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.); pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda obligado a decidirse por el últimamente practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos, si llega a estimar que carecen de debida fundamentación.

2.—No es constitutivo de error de derecho el que el sentenciador hubiera escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en un pleito, el practicado en la segunda instancia, por estimar que tenía una fundamentación más aceptable, pues, por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el juzgador tuviera necesariamente que escoger el de primera instancia, por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los dos peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el artículo 718 del C. J., que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos "una vez en cada instancia".

3.—En los artículos 721 y 722 del C. J. no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica, con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre calidades y requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien lo reconoce o niega, para aceptar o negar la fuerza probatoria al dictamen de peritos.

4.—El artículo 716 del Código Judicial vigente es más explícito que el 656 del abolido código judicial, en cuanto "con el fin de procurar un mejor y deliberado estudio" de las cuestiones sometidas al examen de los peritos, expresamente dispone que ellos "deliberen juntos sobre tales cuestiones"; pero esa previsión sobre deliberación conjunta estaba también contenida, cuando menos de manera implícita, en el artículo 656 del código anterior, pues éste disponía que los peritos "practicarán la diligencia juntos", la cual consistía "EN EXAMINAR la realidad de los hechos o cosas sobre que deban emitir concepto; el estado físico o moral de las personas; HACER las mensuras y LAS APRECIACIONES NECESARIAS, y presentar fundadamente su dictamen por escrito". También preveía esa norma que los peritos cuando estuvieran conformes, extendieran su dictamen en una sola declaración firmada por ellos, o por separado, cuando hubiera desacuerdo.

Y refiriéndose a ese último artículo, dijo la Corte:

"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 insuficientes 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 G. J.), y la de 31 de julio de 1914 (Tomo XXIV, G. J.), (Casa-

ción, julio 22 de 1931, Tomo XXXIX, pág. 222).

Luego la omisión que se considera puede influir, cuando ocurre y ello se demuestra, en el valor de convicción que a la prueba debe asignársele, según las circunstancias y demás condiciones que reúna, y siempre a juicio del juzgador de instancia, que es a quien le corresponde examinar las calidades del dictamen y señalarle, en consecuencia, el valor probatorio respectivo. De suyo, esa omisión no tiene la virtualidad de despojar de toda eficacia al experticio.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Beatriz Gaitán de González y Daniel González Quintana propusieron ante el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra la compañía denominada "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.", para que en sentencia definitiva se declare rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa contenido en la escritura número 2742 de 28 de agosto de 1944, de la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual la expresada señora Gaitán de González, con el consentimiento de su marido González Quintana, dio en venta a la mencionada sociedad sus derechos y acciones equivalente a la mitad proindiviso sobre un lote de terreno, con capacidad de veinte y dos fanegadas y un mil cincuenta y cinco varas cuadradas, ubicado en el Barrio de Puente Aranda, alinderado como en ese instrumento se expresa, y para que se hagan las demás declaraciones consecuenciales.

En los hechos de la demanda afirmó la actora que el precio de $ 66.316.50 que recibió de la sociedad fue inferior a la mitad del justo precio que tenía el derecho de dominio enajenado el día de la celebración del contrato.

Según se estableció en el incidente de reconstrucción del juicio, la compañía demandada descorrió el traslado oponiéndose a las declaraciones solicitadas, aceptando el hecho de la celebración del contrato y negando que el precio pagado por la cosa vendida fuese inferior a la mitad del que justamente tenía en el día de la venta.

El Juez del conocimiento falló el pleito, accediendo a las declaraciones pedidas y condenando en costas a la parte demandada.

Esta apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de doce de diciembre de 1950, revocó la apelada; absolvió a la empresa de los cargos que le fueron formulados, y condenó en costas a la actora.

El Tribunal hace en su fallo un resumen de las pruebas allegadas al proceso y observa que se practicaron dos dictámenes periciales, uno en primera instancia rendido por los doctores Humberto Jaramillo, perito de la parte actora, y Jorge Rocha, perito tercero, quienes uniformemente avaluaron los derechos materia de la compraventa en la suma de $ 139.264.65 (ciento treinta y nueve mil, doscientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y cinco centavos), y otro en segunda instancia, rendido por los doctores Hernando Posada Cuéllar, perito de la demandada, y Suárez Hoyos, tercero, quienes de común acuerdo fijaron en la suma de $ 66.316.50, el valor de los mismos derechos en el día del contrato.

En presencia de esa doble y contradictoria prueba, expresa que al juzgador le corresponde preferir la que encuentre mejor acomodada a los requisitos legales y calificar cuál tiene una más acertada fundamentación.

Luégo destaca las razones en que se funda cada uno de los dos dictámenes, y analizándolas dice:

"Del anterior compendio de los factores que tuvieron en cuenta los expertos que actuaron en los dos dictámenes periciales que se examinan, queda de manifiesto el hecho de que el segundo de los experticios, o sea el producido ante el Tribunal, contempló un mayor número de factores de evidente influencia sobre la cuestión materia sujeta del examen: al paso que los peritos de primera instancia sólo tuvieron en consideración "como factor principal y decisivo", el precio de las transacciones comerciales verificadas sobre los lotes situados en el mismo sector del sujeto al avalúo, y su valorización por el transcurso del tiempo, los peritos que actuaron en el avalúo practicado como prueba en segunda instancia, estimaron, fuéra de esos mismos factores, el punto relativo a la calidad del predio en razón de su ubicación, las posibilidades de su comercio, el objeto de la venta, etc., como elementos necesarios todos para el avalúo sometido a su pericia.

"Que el precio de las transacciones comerciales sobre predios aledaños y de parecidas consideraciones al que es materia del avalúo, es un

factor relativo, que no constituye base principal y decisiva de un avalúo, lo pone de presente el hecho de haberse celebrado algunas operaciones sobre esa clase de terrenos de acuerdo con precios muy distintos de los que sirvieron de base a las negociaciones citadas por los peritos de la primera instancia, como la venta de Rafael Antonio Calderón a Roberto Peña, y la de Elías y Luis E. Gaitán a Juan R. Bermúdez contenidas en las escrituras números 4387 de 15 de diciembre de 1943 (folio 22, cuaderno 5º), y 5411 de 25 de octubre de 1944 (fol. 9º, cuaderno 2º), a que aluden los peritos Hernando Posada Cuéllar y Manuel Antonio Suárez Hoyos, al examinar ese mismo factor en el dictamen pericial de segunda instancia.

"En cambio, constituye base esencial para todo avalúo de finca raíz, y concretamente para el que es objeto de este pleito, el examen de las condiciones en que se efectuó el contrato y la calidad y ubicación del terreno, porque todos estos factores concurren a establecer las bases lógicas de un juicio acertado sobre el valor de los bienes de esa clase. Así lo comprendieron los doctores Dávila Piñeros, perito de la primera instancia y Gualberto Rodríguez Peña, perito ante el Tribunal, al avocar, según ya se vio, el examen del primero de los puntos enunciados, como bases de su dictamen.

"a) El punto referente a las condiciones del contrato constituye una de las principales bases del avalúo porque de él se deducen, con certeza, estas circunstancias de evidente influencia sobre él:

"1ª Que el objeto de la venta versó sobre derechos y acciones en común y proindiviso, y no sobre cuerpo cierto y determinado, lo cual —como lo demuestra la experiencia— ordinariamente determina una depreciación derivada de la situación forzosa de comunidad en que se coloca el comprador.

"2ª Que la venta de que se trata no se hizo por cabida, de modo que la unidad de medida que sirva de base al avalúo no puede ser la vara cuadrada, sino la que corresponda, según la costumbre, a la naturaleza del predio vendido: en concepto de los peritos doctores Posada Cuéllar y Suárez Hoyos, la unidad de medida en orden al cómputo del precio sometido a su dictamen, es la fanegada, apreciación ésta que el Tribunal encuentra conforme con la bases esenciales del contrato, y con las referencias en él contenidas, como lo explican claramente los peritos", punto éste que demuestra transcribiendo lo que cada uno de ellos expone sobre el particular.

Y sigue el Tribunal:

"b) El punto referente a la ubicación del inmueble constituye también base importante para el avalúo, porque de ese factor se deducen asimismo estas circunstancias que inciden directamente en el aumento o disminución del precio:

"1ª Que si el predio tiene la condición rural, la unidad de medida para los efectos del cómputo del precio será lógicamente, y de acuerdo con la costumbre, la fanegada o la hectárea, como acertadamente lo anotan los peritos en el aparte de su dictamen anteriormente transcrito.

"2ª Que si el predio no es urbano, su destinación está limitada a la explotación económica rural, no a urbanización, que requiere condiciones especiales, a pesar de su cercanía a los núcleos urbanos de población; lo que no excluye que esta última circunstancia deba tenerse en cuenta como factor de valorización.

"La confrontación de valores llevada a cabo por los peritos de la segunda instancia con base en los elementos de apreciación que se dejan relacionados, lo mismo que las conclusiones derivadas de ella, también las considera el Tribunal acertadas, en razón de la correspondencia que existe entre tales deducciones, y los documentos de prueba en que se apoyan".

Después de transcribir la exposición pericial sobre ese punto, entra el Tribunal a examinar la cuestión sobre si la circunstancia de que los peritos no hubieran deliberado juntos, conforme lo prescribe el artículo 716 del C. J., acarrea o no la nulidad del dictamen, y se pronuncia por la negativa, añadiendo que esa omisión sólo dá "lugar a demandar de los peritos la explicación o ampliación del dictamen cuando, a virtud de ella, la exposición sea oscura o deficiente (artículo 719 del C. J.)".

Finalmente, acoge el experticio de segunda instancia, por encontrarlo debidamente fundamentado y con apoyo en él niega la acción rescisoria incoada.

A la demandante se le concedió el recurso de casación que, debidamente preparado, se procede a decidir.

El recurrente formula tres cargos contra la sentencia, los cuales se sintetizan y estudian a continuación:

Primer cargo

Dice el recurrente que el Tribunal incurrió en errores al apreciar la prueba pericial, cuando atribuyó al dictamen de segunda instancia calidades de que carece, y le imputó errores que no existen al de primera instancia, y que a consecuencia de esos errores, que son de hecho, quebrantó el artículo 702 del Código Judicial, no por haberlo escogido como norma determinante, de acuerdo con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, en lo cual hizo bien, sino porque la sana crítica con que quiso obrar es equivocada, y al violar el artículo 702, violó automáticamente el 721 y por ende los artículo 1946 y 1947 del Código Civil.

Añade que al examinar la sentencia se ve que los factores que encontró el Tribunal en el dictamen de segunda instancia sobre avalúo de la finca para preferirlo sobre el de primera instancia, fueron en realidad los siguientes:

"a) La calidad rural, no urbana;

"b) Que el precio o avalúo de predios rurales no se determina por varas cuadradas sino por fanegadas;

"c) Que el contrato en cuestión fue de venta de derechos proindiviso y no de cuerpo cierto".

En cuanto al punto a), el Tribunal yerra al creer y decir que los peritos de primera instancia no tuvieron en cuenta la calidad rural del predio, pues no hay nada en el estudio de los peritos Jaramillo y Torres Rocha que justifique esa apreciación. Por el contrario, la consideración de ser predio rural es una preocupación suya que se echa de ver a lo largo de su exposición, y, por el contrario, en parte alguna hablan del predio destinado al urbanismo. Cuando comparan precios de compraventas de lotes aledaños, hablan y especulan alrededor de la condición rural, no urbana.

En cuanto al punto b), el Tribunal se equivoca también en creer y decir que los peritos de segunda instancia obraron mejor que los de primera al avaluar por fanegadas y no por varas, pues ni los peritos de primera instancia avaluaron por varas, ni al traer a cuento las varas como unidad de medida dejaron de avaluar por fanegadas. Dá lo mismo decir que un predio tiene 50.000 varas cuadradas o 5 fanegadas; y dá lo mismo asignarle a las 5 fanegadas un valor por unidad de fanegada que por descomposición en varas cuadradas. Lo que sucede es que tanto los peritos de primera como de segunda instancia hablan de varas cuadradas porque varios de los predios cuyo precio de venta estudian comparativamente, tienen una extensión de fanegadas y además de unas varas cuadradas adicionales, y otros reducen la extensión, para el solo efecto de comparar precios, al común denominador de varas cuadradas, como era obvio. Pero repito que es falsa la aseveración de que a los peritos de primera instancia les guió y decidió el criterio del precio unitario de la vara cuadrada.

"En cuanto al punto c), también hay un error del Tribunal en considerar más justo el dictamen de segunda instancia, que el de primera, en cuanto aquél autoriza la tremenda diferencia del valor de lesión enorme, mayor del 50%, a la circunstancia de que la compraventa Gaitán de González-Bavaria versó sobre derechos proindivisos y no sobre cuerpos ciertos. No niego que de lo proindiviso al cuerpo cierto media la necesidad de una partición, y que ello implica gastos, pero también es oportuno considerar que aquí se trataba de un porcentaje o proindivisión de la mitad del lote, a sabiendas, por los títulos de propiedad, que la otra mitad era de un solo dueño, a quien treinta y nueve días después le compró Bavaria a más del doble del precio que le acababa de pagar a la señora Gaitán de González. De manera que esas afirmaciones no pueden ser absolutas sino de un valor relativo, en atención a circunstancias en que la operación se verificó. Pero darle un valor absoluto a la circunstancia, suele determinar o inducir a error, que no fue pesado ni medido por el Tribunal".

Se considera:

El ataque del recurrente a la fundamentación de la sentencia sobre el punto a que el cargo se contrae, es incompleto y, por lo mismo, ineficaz.

En efecto, el Tribunal opone al dictamen de primera instancia la objeción de que los peritos consideraron "como factor principal y decisivo" para fijar el avalúo del inmueble "el precio de las transacciones comerciales verificadas sobre lotes situados en el mismo sector del sujeto al avalúo" lo cual estima el sentenciador que "es un factor relativo, que no cosntituye base principal y decisiva de un avalúo" y que esto se demuestra con "el hecho de haberse celebrado algunas operaciones sobre esa clase de terrenos de acuerdo con precios muy distintos de los que sirvieron de base a las negociaciones citadas por los peritos de la primera instancia", como ocu-

rre con las ventas que puntualiza como demostración de su apreciación.

Esta, que, a juicio de la Corte, es una de las objeciones de mayor entidad y gravedad que el Tribunal hace al dictamen de primera instancia, la pasa por alto el recurrente cuando ella por sí sola es bastante para mantener la decisión acusada en cuanto desechó dicho experticio.

Y precisamente una de las razones que llevaron al sentenciador a acoger preferencialmente el dictamen de segunda instancia consistió en que "la confrontación de valores llevada a cabo por los peritos de la segunda instancia con base en los elementos de apreciación que se dejan relacionados, lo mismo que las conclusiones derivadas de ella, también las considera el Tribunal acertadas, en razón de la correspondencia que existe entre tales deducciones, y los elementos de prueba en que se apoyan".

Sobre esta apreciación del fallador, armónica con la anterior, nada dice el recurrente, y sirviendo, como sirven, tanto la una como la otra de suficiente soporte de la sentencia, ésta no podría ser casada ni aún en el caso de que fuera procedente el cargo en estudio.

De otro lado, tampoco se descubre error de hecho manifiesto en las apreciaciones del Tribunal que le merecen crítica al recurrente, y que éste sintetiza en los apartes a), b) y c) del cargo que en seguida se examina.

A) Sobre este punto dice el recurrente que "no hay nada en el estudio de los peritos Jaramillo y Torres Rocha" que indique que no tuvieron en cuenta la calidad rural del predio, pues ésta fue una preocupación suya, y que "en parte alguna hablan de predio destinado al urbanismo". Empero la copia que obra en autos del dictamen rendido por el perito tercero no confirma y por el contrario desvirtúa la alegación del recurrente, pues aquél para informar su criterio sienta "la base indubitable de que esos terrenos tienen como única destinación, como la tenía en la fecha del contrato, la de ser urbanizados fabril o residencialmente", y siguiendo ese derrotero, que reafirma en toda su exposición, es como llega a dictaminar, dando un avalúo acorde con el perito principal. De consiguiente, la apreciación del sentenciador sobre el particular no es errónea sino, por el contrario, exacta.

B) El Tribunal conceptuó que "si el predio tiene la condición de rural, la unidad de medida para los efectos del cómputo del precio será lógicamente y de acuerdo con la costumbre, la fanegada o la hectárea", y en el dictamen pericial de segunda instancia consta que los peritos tomaron en cuenta esa unidad; y en cambio, en el experticio de primera instancia aparece que los expertos avaluaron tomando como unidad de medida "la vara cuadrada". Luego tampoco se observa error alguno en esta otra apreciación.

C) Sobre este punto estimó el Tribunal que una de las circunstancias que debían influir en el avalúo es la de que "el objeto de la venta versó sobre derechos y acciones en común y proindiviso, y no sobre cuerpo cierto y determinado, lo cual —como lo demuestra la experiencia— ordinariamente determina una depreciación derivada de la situación forzosa de comunidad en que se coloca el comprador" y que los peritos de segunda instancia tomaron en cuenta este factor al rendir su dictamen.

Observa la Sala que es evidente que tal circunstancia se tomó en cuenta por aquéllos como fundamento de sus conclusiones, y como hasta el mismo recurrente acepta "que de lo proindiviso al cuerpo cierto media la necesidad de una partición, y que ello implica gastos", salta a la vista que el Tribunal al considerar a dicho factor como uno de los que debían influir en la determinación del precio de los derechos a que se refiere el pleito y al darle preferencia al dictamen de segunda instancia por cuanto lo tomó en cuenta, no incurrió en el error que le atribuye el recurrente.

Las breves consideraciones que sobre los anotados puntos acaban de expresarse y las que antes se expusieron, imponen el rechazo de la presente acusación.

Segundo cargo

Sostiene el recurrente que sí son erradas las imputaciones que el sentenciador le formuló al dictamen de primera instancia, él es perfecto y ha debido traer las consecuencias para el Tribunal de ser aceptable **per se**, y que si no se le dio el valor que a un dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado le asigna el artículo 721 del C. J., necesariamente se incurrió por el sentenciador en un error de derecho, con violación directa de esta norma, y consecuencial de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil.

Se considera:

Ya se vio al estudiar el cargo anterior que en la apreciación del sentenciador sobre los dictámenes periciales producidos en este pleito, no se incurrió en error alguno, por lo cual la presente acusación que se propone sobre el supuesto de que sí lo hubo falla por su base y no puede prosperar.

De otro lado, es oportuno reiterar lo que ya la Corte tiene decidido sobre la materia a que el cargo se refiere:

"A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.); pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el últimamente practicado por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carecen de debida fundamentación.

"No es constitutivo de error de derecho el que el sentenciador hubiera escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en este pleito, el practicado en la segunda instancia por estimar que tenía una fundamentación más aceptable, pues por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el juzgador tuviera necesariamente que escoger el de primera instancia por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los dos peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el artículo 718 del C. J. que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos "una vez en cada instancia".

"Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, "en los artículos 721 y 722 del Código Judicial no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre calidades y requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien lo reconoce o niega, para aceptar o negar la fuerza probatoria al dictamen de peritos". (Casación, 29 de agosto de 1949, T° LXVI, números 2075, 2076, pág. 372, y 27 de agosto de 1947, págs. 717, 722, T° LXII, números 2050 y 2051).

Por lo expuesto, no se admite el cargo.

Tercer cargo

Aquí dice el recurrente que en autos consta que el perito tercero que actuó en segunda instancia no estudió ni deliberó junto con los peritos principales, quienes también hicieron su estudio separadamente; que esa circunstancia de falta de deliberación conjunta hace inoperante e intrascendente dicha prueba, y que por ese motivo el sentenciador, al preferir el dictamen de segunda instancia sobre el de primera instancia, y al asignarle un valor de plena prueba, violó los artículos 946 y 947 del Código Civil.

Considera la Corte:

Según lo enseña el artículo 716 del Código Judicial "los peritos proceden a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos, deliberan juntos sobre tales cuestiones, y luégo extienden el dictamen en una sola declaración, si están de acuerdo, y de no, por separado, expresando en todo caso, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen.

"El perito tercero que, si es el caso, acompaña a los principales en las diligencias correspondientes, emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales".

La finalidad de esta norma fue explicada por la comisión revisora del actual Código Judicial en los siguientes términos:

"Con el fin de procurar un mejor y deliberado estudio de los puntos materia del dictamen y poner de manifiesto la manera honorable de atender al cumplimiento del cargo, se les conmina para que hagan el estudio de las cuestiones que se les someten, deliberando juntos sobre tales

cuestiones, y extendiendo el dictamen en una sola diligencia si están de acuerdo, y de no, por separado y expresando en todo caso con precisión, exactitud y claridad, los fundamentos del concepto y de las conclusiones a que lleguen".

El artículo 716 que acaba de transcribirse es más explícito que el 656 del abolido Código Judicial, en cuanto "con el fin de procurar un mejor y deliberado estudio" de las cuestiones sometidas al examen de los peritos, expresamente dispone que ellos "deliberen juntos sobre tales cuestiones"; pero esa previsión sobre deliberación conjunta estaba también contenida, cuando menos de manera implícita, en el artículo 656 del código anterior, pues ésta disponía que los peritos "practicarán la diligencia juntos", la cual consistía "**en examinar** (subraya la Sala) la realidad de los hechos o cosas sobre que deban emitir concepto; el estado físico o moral de las personas; **hacer** las mensuras **y las apreciaciones necesarias,** (subraya la Sala) y presentar fundadamente su dictamen por escrito". También preveía esa norma que los peritos cuando estuvieran conformes, extendieran su dictamen en una sola declaración firmada por ellos, o por separado, cuando hubiera desacuerdo.

Y refiriéndose a ese último artículo dijo la Corte:

"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 insuficientes 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 G. J.), y la de 31 de julio de 1914, (Tomo XXIV, G. J.)". (Casación, julio 22 de 1931, Tomo XXXIX, pág. 222).

Luego la omisión que se considera puede influír, cuando ocurre y ello se demuestra, en el valor de convicción que a la prueba deba asignársele, según las circunstancias y demás condiciones que reúna, y siempre a juicio del juzgador de instancia, que es a quien le corresponde examinar las calidades del dictamen y señalarle, en consecuencia el valor probatorio respectivo. De suyo, esa omisión no tiene la virtualidad de despojar de toda eficacia al experticio.

En el caso de autos, de los dictámenes rendidos por los peritos principales de segunda instancia, se desprende que ellos sí estuvieron deliberando conjuntamente sobre las cuestiones que le fueron sometidas, pues tanto el uno como el otro expresan que proceden a rendir en forma separada su dictamen "ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el otro perito principal", o "después de no haber llegado a acuerdo ninguno con el perito de la contraparte". Y con respecto al perito tercero, no hay prueba alguna que permita inferir que concurrió o no con los principales a la práctica de la diligencia.

La misma situación se presenta con respecto a los peritos principales que actuaron en primera instancia, aunque con menos nitidez, porque sólo uno de ellos manifiesta que mediaron deliberaciones entre ambos; pero con respecto al tercero, no ocurre siquiera duda alguna de que no deliberó junto con aquéllos pues su informe lo comienza diciendo: "He sido nombrado por usted perito tercero para dirimir la **discordia surgida,** (subraya la Sala), a propósito del dictamen pericial que les fue encomendado".

En el peor de los casos, ambos dictámenes se encontrarían, por el aspecto que se examina, en igualdad de condiciones y por este motivo ninguna preferencia podría tener el de primera sobre el de segunda instancia o viceversa. Resta observar que el Tribunal no determinó su prelación por consideraciones atinentes a este tema, sino por otras muy diversas, que no han sido desvirtuadas.

No prospera, por tanto, el cargo.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia,** Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950), proferida por el Tribunal Superiro de Bogotá.

Costas, a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente en su oportunidad a la oficina de su procedencia.

Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez.— Pedro Castillo Pineda.—Rafael Ruiz Manrique.— Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE MUTUO Y DE UN REMATE.—CUANDO EL JUICIO EN QUE SE LLEVA A CABO EL REMATE ES NULO, TAMBIEN ESTE QUEDA AFECTADO DE NULIDAD.—LA DEL CONTRATO DE HIPOTECA NO VICIA DE NULIDAD EL REMATE QUE SE VERIFIQUE COMO CONSECUENCIA DE EL

1—Cuando lo que se declara es la nulidad del juicio en que se hizo el remate, aquélla implica la invalidez de éste, el cual queda sin efectos, necesariamente.

Esta doctrina responde, sin duda alguna, a la naturaleza de la nulidad, pues no existiendo para el caso ninguna excepción de ley, que limite los efectos generales que toda declaración de nulidad procesal conlleva, es decir, la invalidación de lo actuado desde la ocurrencia del vicio hasta el momento de su declaración, no se ve por qué no haya de sufrir esa suerte el remate como acto del proceso afectado por tal vicio.

Además, como la nulidad del juicio ejecutivo o de venta se produce por motivos ocurridos dentro del mismo juicio, el rematante debe sufrir las consecuencias de aquella declaración.

Pero muy distinta es la situación en los casos de revisión de la sentencia proferida en el juicio de venta o ejecutivo, por motivos que miran a la obligación del demandado y al derecho del actor. La situación del rematante en el caso de la revisión, respecto de excepciones que o no fueron formuladas, o se rechazaron, o le fue imposible conocer, es muy distinta de la del rematante cuando se trata de nulidad por motivos procesales que ha podido conocer mediante el examen del expediente. Las dos acciones, de naturaleza muy diferente, (la de revisión y la de nulidad), no pueden producir los mismos efectos.

El juicio cuya sentencia está sujeta a revisión no deja de ser procesalmente válido. Tampoco adolece de nulidad alguna el remate allí producido, si se hizo con las formalidades de ley y por partes capaces, y su precio fue consignado oportunamente. Otra cosa es que en el juicio de revisión se resuelva en sentido distinto a lo dispuesto en la sentencia revisada, sobre los derechos controvertidos, y, en consecuencia, prospere la revisión, como excepción fundamental y especialísima al principio de la cosa juzgada. Pero el remate, acto procesal y acto jurídico contractual, limpio de vicios, no está sujeto a la revisión, que sólo recae sobre la sentencia y debe permanecer inalterable, auncuando el derecho del ejecutante o acreedor hipotecario se declare inexistente o nulo y, en consecuencia, se absuelva al demandado.

De manera que el principio de la contaminación de la nulidad, que invalida todos los actos procesales posteriores, inclusive el remate, no puede aceptarse para el caso de la revisión, en juicio ordinario, de las sentencias de venta o de excepciones y de pregón y remate, porque se trata de causas opuestas y de acciones que difieren en su naturaleza, motivos y efectos.

Pero hay algo más. Si el juicio donde se produjo no es anulado, se necesita, para que desaparezcan los efectos legales del remate, que su nulidad se produzca por falta de alguno de los requisitos esenciales en su trámite, o por ausencia de las condiciones sustantivas indispensables para la validez del contrato, tales como consentimiento exento de vicios, y objeto y causa lícitos.

A todo lo anterior cabe agregar que si en el juicio de venta o en el ejecutivo tiene el demandado excepciones qué proponer con fortuna pero no las aduce oportunamente, y, por tal motivo, se profiere en su contra sentencia de venta o de excepciones y de pregón y remate, a su culpa exclusivamente debe atribuir el que tal cosa suceda. Resultaría contrario a la equidad y a la lógica que el tercero rematante, basado en la existencia de sentencias en firme, y con desconocimiento absoluto de las excepciones, en el

juicio ordinario de revisión de tales fallos viniera a sufrir las consecuencias de aquella omisión.

Como una excepción a esta norma, es posible admitir el caso en que el mismo acreedor hipotecante y actor en el juicio de venta, sea quien verifique el remate como mejor postor. Entonces, la ausencia de tercero cuya buena fe debe protegerse, por ser ajeno a los motivos que produjeron la revisión, justifica que el remate así realizado, y y que viene a ser la consumación de la acción incoada en beneficio exclusivo del demandante, caiga también por falta de causa. En tal evento, parte, al menos, del precio del remate queda pagada con el valor del crédito que se invalida. Pero si el rematante es un tercero, el precio pagado ha sido real y cierto; por lo cual escapa a toda contaminación del vicio sustantivo que causa la revisión de la sentencia.

Muy distintos son los casos en que el menor o el demente que han contratado, concurren luego al juicio ejecutivo o de venta iniciado con fundamento en el mismo título viciado de nulidad, bajo la misma situación de incapacidad. Entonces se presentaría la causal de nulidad del juicio consistente en la ilegitimidad de la personería del demandado. La acción que entonces se incoaría sería la de nulidad del juicio que, al prosperar, conllevaría la nulidad del remate como acto procesal. Pero en el caso de la revisión, como ya se demostró, no existe nulidad del juicio y mucho menos nulidad del remate, si éste se ha realizado cumpliendo todos los requisitos procesales de rigor.

2—El contrato de remate es un acto jurídico totalmente distinto al contrato de hipoteca, auncuando sea su consecuencia. El contrato de hipoteca declarado nulo, deja sin causa el pago que se le hizo al acreedor hipotecario, con el producto del remate. Pero nada tiene que ver esto con el contrato de remate, que se hizo en forma legal y válida. En él hubo: un precio real que pagó el rematante; consentimiento pleno de éste y del juez, en representación del dueño; objeto lícito, causa real lícita, consistente en el precio recibido y en la adquisición del inmueble.

Lo que carece de causa es el pago del crédito; no el contrato posterior de remate.

La restitución, consecuencia obligatoria de la nulidad, consiste, por lo tanto, en que se obligue al acreedor hipotecario a reintegrar lo que se le pagó por su crédito, con el producto del remate. Así quedan cumplidos los efectos de la nulidad de la hipoteca.

No importa que el remate se haga como resultado de una obligación que se declare inválida, porque aquél es la consecuencia procesal necesaria de no haber formulado la demanda de excepciones para que se invalidara el título, dentro del juicio de venta. Esto produjo el remate como acto contractual distinto e independiente, con vida jurídica propia, entre el rematante y el juez. De ahí que, salvo el caso de nulidad del juicio o del remate por falta de los requisitos exigidos en la ley para su trámite, el acto jurídico en que consiste el remate queda plenamente válido, a pesar de que las obligaciones que se exigieron al demandado en el juicio de venta sean posteriormente invalidadas.

3—Si la causa es, según el artículo 1524 del C. C., el motivo que induce al acto o contrato, el juez no puede limitarse a buscarla en el texto del contrato, porque en él aparece generalmente el acuerdo de voluntades, pero no siempre el fin realmente perseguido. El ejemplo mismo puesto en el artículo está diciendo que es necesario analizar el fin perseguido, para saber si la causa del contrato es real y lícita. En efecto, se dice que tiene una causa ilícita "la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral"; y naturalmente ello será así no sólo cuando se haya estipulado claramente en el contrato el fin inmoral, sino siempre que se le disfrace.

Desde 1932, la Corte ha hablado de la causa, identificándola con los motivos determinantes del acto o contrato.

Pero aquí es necesario hacer una observación de mucha importancia: la teoría del móvil determinante no ha eliminado el concepto de contra-prestación en los contratos a título oneroso. El principio sostenido por Capitant, según el cual la ejecución de la obligación por cada contratante es la causa de la obligación del otro, no ha sido suprimido sino apenas adicionado por la teoría de los móviles determinantes o motivos que inducen al acto o contrato. Realmente, lo que

sucede es que el concepto de Capitant sirve tan sólo, pero con calidad de indespensable, para estudiar el caso de nulidad de los contratos por falta o extinción de la causa, mas es insuficiente para el análisis de los casos de causa ilícita. Como lo dicen Planiol y Ripert en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" (T. 6º, Nº 252), sigue siendo fundamento de la exigibilidad de las obligaciones "el principio elemental de justicia según el cual, en el comercio jurídico a título oneroso, no es admisible que se reciba algo sin dar nada en cambio".

Para la vida del contrato, es necesario, como lo dice Capitant, que la obligación de cada parte tenga como fundamento o soporte la ejecución de la obligación de la otra. No se concibe cómo una de ellas pueda ser obligada a cumplir su prestación cuando la otra no quiere o no puede cumplir la suya, si para la existencia de la obligación, es necesaria la contraprestación. Otra cosa es que para determinar si la causa, cuya existencia se halla establecida, es lícita o ilícita, haya necesidad de analizar la calidad de los móviles que realmente han influído en la determinación de cada contratante.

Siempre, pues, tiene importancia el estudio de los elementos psicológicos. Si la contraprestación no existe, el contrato no puede tener vida, pero si existe, se debe estudiar todavía cuál es su valor. Por ello se dice que la contraprestación debe ser seria; de no serlo, hay falta de causa. En consecuencia, dentro de la teoría general de la causa, hay que distinguir la cuestión de la inexistencia de la causa y la de la causa ilícita o inmoral, auncuando ambas forman parte de la misma concepción. Entre nosotros esta conclusión es obligatoria, ya que existe una definición legal que identifica el motivo con la causa y hace imposible separar de ella el estudio de los móviles ilícitos o inmorales, determinantes del acto o contrato.

4—Cuando un menor vende un inmueble y el comprador, a su vez, lo transfiere a un tercero, aquél puede ejercitar su acción de nulidad contra el primer contrato y reivindicar contra el tercero, sin que éste pueda alegar en su defensa que pagó un precio serio y que, por ende, su título tiene causa y objeto lícitos y consentimiento exento de vicios. Entonces se trata de los normales efectos de la nulidad, pues cuando ella afecta el título de un adquirente, contagia inexorablemente los títulos de quienes deduzcan de éste sus derechos sobre el mismo bien. Así ocurre en virtud del principio elemental de que nadie transfiere más derechos de los que tiene, los cuales traspasa con las limitaciones y defectos de que adolecen. Sencillamente, el tercero adquirente recibe un título de quien no había adquirido dominio, por razón de la nulidad de su contrato, que solamente la prescripción podría sanear.

Pero en el caso de remate en juicio de venta, lo mismo que cuando se vende el bien hipotecado a un tercero, para cancelar la deuda hipotecaria, el vicio que afecta el contrato de hipoteca, nada tiene que ver con el contrato de compra-venta que el deudor celebra. Porque entre el acreedor hipotecario cuyo título es nulo, y el comprador del inmueble, no existe vínculo jurídico alguno: entre ellos no se realiza tradición de ninguna clase. Por el contrario, el comprador o el rematante (según sea voluntaria o forzada la venta), adquiere su título directamente del propietario (deudor de la hipoteca). Son los vicios y calidades del título de este vendedor voluntario o forzado, los que se transmiten al comprador o rematante. Y si tal título de dominio es perfecto y sano, el adquirente del inmueble lo recibe también libre de todo vicio. Cosa totalmente distinta a adquirir de quien, por haber comprado al menor, tenía su título afectado de nulidad.

En cambio, sí existiría nulidad en el título de cesión onerosa o gratuita de un crédito, si éste emanara de un contrato nulo. Entonces, la acción de nulidad de dicho contrato afectaría necesariamente el título del acreedor cesionario.

5—El callar las excepciones dentro del juicio ejecutivo o de venta, no puede interpretarse como la renuncia a proponerlas. El silencio implica renuncia de derechos únicamente cuando la ley, en forma expresa, así lo establece, y esto no ocurre en el caso que se contempla. Por el contrario, el legislador no ha limitado la revisión de las sentencias proferidas en juicios de tal naturaleza al estudio de las excepciones que se hubieren propuesto y pronunciado en ellos, sino que ha dejado plena libertad para discutir den-

tro del juicio de revisión la validez de los títulos ejecutivos o la pertinencia de las excepciones perentorias que en este último se aduzcan.

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

(Magistrado Ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez).

Según los autos, los antecedentes de este litigio son los siguientes: La señora Florentina Herrera de Romero adquirió la tercera parte indivisa de la casa marcada con los números 28-A y 28 de la carrera 13 de la antigua nomenclatura de la ciudad de Bogotá, mediante adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de su padre Crisóstomo Herrera. Las otras dso terceras partes de dicha finca pasaron al dominio de Cesáreo Romero, marido de Florentina, en virtud de compras que hizo a los otros adjudicatarios en la sucesión citada. Según fiel relato del recurrente en casación "Dueños así de todo el inmueble, ambos cónyuges, Cesáreo y Florentina, por medio de la escritura Nº 1.343 de 30 de mayo de 1941, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, diciendo ser mayores de edad e identificándose con sus correspondientes cédula y tarjeta de identidad, se constituyeron deudores solidarios del señor Segundo Foción Rodríguez por la suma de $ 680.00 que de él recibieron en mutuo, y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que de ese pacto les resultaban, lo hipotecaron en favor de su acreedor. Posteriormente, los mismos cónyuges Romero-Herrera, diciéndose también mayores de edad e identificados como ya se expresó, recibieron en mutuo del mismo Segundo Foción Rodríguez la suma de $ 2. 950.00, y para asegurar sus resultas, hipotecaron por segunda vez el inmueble en referencia, todo mediante la escritura Nº 1.424 de 9 de junio de 1941, de la misma Notaría 3ª de Bogotá. Y más tarde, por la escritura Nº 434, de 20 de febrero de 1942, Notaría citada, los propios cónyuges Romero Herrera, siempre diciéndose mayores de edad, transmitieron a título de venta a la señora María Elvira González, por precio que declararon recibido a su satisfacción, el dominio de una parte de la casa ya mencionada.

El matrimonio Romero-Herrera no hizo oportunamente el pago de lo que debía a Segundo Foción Rodríguez, por lo cual éste, para obtenerlo inició y siguió contra los cónyuges y contra María Elvira González, poseedora de parte de la finca gravada por lo que se acaba de decir, juicio de venta de lo hipotecado en el Juzgado 1º civil del circuito de esta ciudad. Allí se decretó y se llevó a cabo el remate de la cosa afecta al pago y a éste se presentó el señor Abraham Aparicio Romero, quien en competencia con otros licitadores, obtuvo que se le adjudicara el inmueble como a mejor postor".

Por escritura Nº 2108, pasada en la Notaría 5ª de Bogotá el 25 de mayo de 1945, el rematante Aparicio Romero vendió a Bárbara Romero la mitad indivisa del inmueble en cuestión. El correspondiente instrumento fue debidamente registrado el 27 de junio del mismo año.

Cuando se celebraron los contratos de mutuo con hipoteca y de compraventa en que intervino Florentina Herrera de Romero, ésta era menor de edad. Pero ya era mayor cuando fue demandada en el juicio de venta.

El juicio

Con fundamento en los hechos expuestos, Florentina Herrera de Romero, ya viuda, en su propio nombre y en el de la sucesión de Cesáreo Romero, representada por los menores impúberes Cesáreo Armando y Flora Clementina Romero Herrera, demandó en el mes de julio de 1945 a los señores Segundo Foción Rodríguez, María Elvira González y Abraham Aparicio Romero, todos mayores de edad y vecinos de Bogotá, para que con su citación y audiencia y previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan en la sentencia definitiva las siguientes declaraciones y condenas:

"**Primero.**—Que queda rescindido y sin ningún valor ni efecto alguno el contrato principal de mutuo y accesorio de hipoteca que contiene la escritura número 1343 de la Notaría Tercera de esta ciudad, del 20 de mayo de 1941 (en esta parte del instrumento), porque está viciado de nulidad relativa, por haber obrado la señora Florentina Herrera de Romero siendo menor de edad, sin licencia judicial, ni asistida y autorizada por su curador legítimo y sin el lleno de las formalidades legales para obligarse personalmente a hipotecar sus propios bienes como lo hizo en este instrumento a favor del señor Segundo Foción Rodríguez, de un derecho proindiviso de tercera parte radicado en la casa y terreno en que está edifica-

da y situada en esta ciudad en la carrera 13 barrio de San Victorino, marcada con los números 6-58 y 6-66 de la actual nomenclatura y deslindada en general así: por el Norte, con casa de Isidora Lozano, antes de Sebastián Cañón; por el Sur, con casa de Teodoro Carrillo, antes de Belisario Cañón; por el Oriente, con la carrera doce B (12 B) recientemente abierta, antes en parte con la ronda del Río San Francisco, y en parte con solar de la casa de Benigno Izquierdo; y por el Occidente con la carrera 12".

Segundo.—Que queda rescindido y sin ningún valor ni efecto alguno el contrato principal de mutuo y accesorio de hipoteca que contiene la escritura pública número 1424 de la Notaría Tercera de esta ciudad, de fecha 9 de junio de 1941, porque está viciado de nulidad relativa, por haber obrado la señora Florentina Herrera de Romero siendo menor de edad, sin licencia judicial, ni asistida ni autorizada por su curador legítimo y sin el lleno de las formalidades legales para obligarse personalmente a hipotecar sus propios bienes como lo hizo en este instrumento a favor del señor Segundo Foción Rodríguez, de un derecho proindiviso de tercera parte radicado en la casa y terreno en que está edificada, situada en esta ciudad en la carrera trece (13) barrio de San Victorino, marcada con los números 6-58 y 6-66 y deslindada conforme al propio título y en la anterior petición.

Tercero.—Que queda rescindido y sin ningún valor ni efecto alguno el contrato de compra-venta que contiene la escritura pública número 434 de la Notaría 3ª de esta ciudad, de fecha 20 de febrero de 1942, porque está viciada de nulidad relativa, puesto que en él obró Florentina Herrera de Romero siendo menor de edad, sin licencia judicial, ni asistida de su curador legítimo y sin las formalidades señaladas por la ley para la venta de bienes raíces pertenecientes a menores de edad, contrato según el cual Florentina Herrera de Romero vendió en favor de María Elvira González, el derecho de dominio proindiviso que posee en la casa y lote en que se halla edificada, con sus accesorios y anexidades, situada en esta ciudad, barrio de San Victorino, marcada en su portón de entrada con el número 6-58 de la carrera doce B (12 B), recientemente abierta y determinada por los siguientes linderos:

"por el frente u oriente, con la carrera doce B (12 B), recientemente abierta en una extensión de diez metros noventa centímetros (10.90 mts.);

por el occidente o costado de abajo, en la misma extensión con parte de la misma casa de propiedad de los vendedores, teniendo al medio una pared maestra, que divide o forma la mediagua de la casa;

por el Sur, con propiedad de Teodomiro Carrillo, antes de Belisario Cañón, desde la carrera doce B (12-B), hasta encontrar la mencionada pared maestra que se encuentra en todo el centro de la mediagua;

por el Norte y hasta encontrar la dicha pared maestra en casa de propiedad de herederos de Isidora Lozano, antes de Sebastián Cañón".

"**Cuarto.**—Que debe revisarse la sentencia de fecha 9 de abril de 1943, proferida por el señor Juez 1º Civil de este circuito, en el juicio de venta de la finca hipotecada instaurado por Segundo Foción Rodríguez, contra la sucesión de Cesáreo Romero P., representada por sus herederos Cesáreo Armando y Flora Clementina Romero H., contra la sociedad conyugal disuelta Romero P.-Herrera Salazar, representada por la cónyuge Florentina Herrera v. de Romero contra ésta personalmente, y como dueña de una tercera parte proindiviso de la finca hipotecada y contra la señora María Elvira González, como poseedora inscrita de parte de la misma finca de que tratan los hechos, cinco, seis y siete de esta demanda, juicio en el cual fueron partes mis demandados, revisión que debe decretarse por cuanto los títulos que sirvieron de base al juicio están viciados de nulidad relativa; y porque los herederos de Cesáreo Romero P., no habían aceptado la herencia, ni se demandó al curador de la herencia yacente.

"**Quinto.**—Que como consecuencia de la revisión de la sentencia de venta de la finca hipotecada, proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, que decretó la venta en pública subasta de la casa situada en esta ciudad, junto con el terreno en que está edificada, marcado con los números 6-58 y 6-66 de la carrera 13, y por los linderos expresados en la demanda, debe declararse sin valor ni efecto alguno el remate verificado en el juicio de venta el día 27 de agosto de 1943, por medio del cual se adjudicó la finca rematada al señor Abraham Aparicio Romero.

"**Sexto.**—Que he sufrido perjuicios en mi patrimonio por consecuencia de habérseme desalojado de la casa de mi propiedad, y que los demandados Segundo Foción Rodríguez y Abraham Apari-

cio Romero, deben pagarme solidariamente, una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a este pleito.

Séptimo.—Que en consecuencia debe cancelarse en la Notaría Tercera, de esta ciudad, la escritura Nº 1343 de 30 de mayo de 1941 en lo pertinente; la Nº 1424 de 9 de junio de 1941 y la número 434 de 20 de febrero de 1942, y debe cancelarse igualmente el registro de estas escrituras, lo mismo que el registro del remate verificado el 27 de agosto de 1943 y registrado en los días 23 y 24 de marzo de 1945.

Octavo.—Que la demandante Florentina Herrera v. de Romero no se hizo más rica con el producto de los contratos de mutuo y de venta referidos en las peticiones anteriores, sino todo lo contrario, empobreció definitivamente.

Noveno.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, Abraham Aparicio Romero, debe restituír a Florentina Herrera v. de Romero, en subsidio a la sucesión de Cesáreo Romero P., tanto la casa como el lote en que está edificada, determinada en las peticiones primera y quinta de esta demanda, con sus accesorios, en subsidio la tercera parte proindiviso del inmueble que adquirió por la inscripción en el registro, junto con sus frutos civiles no sólo en la cantidad percibidos, sino todos aquellos que la finca hubiera producido con mediana inteligencia y actividad, estando la finca en mi poder, considerando para este efecto al demandado Abraham A. Romero como poseedor de mala fe, debiendo comprender la restitución de los frutos todo el tiempo que la haya tenido en su poder.

Décimo.—Que el demandado Abraham A. Romero debe pagar las costas del juicio, subsidiariamente los otros demandados".

El demandado Abraham Aparicio Romero negó los hechos básicos de la demanda, se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas y propuso las excepciones de inepta demanda, dolo de la parte actora, cosa juzgada, carencia de acción, petición de modo indebido y carencia de personería sustantiva de la parte demandada.

Segundo Foción Rodríguez negó algunos hechos y se opuso a las declaraciones pedidas.

María Elvira González no contestó la demanda.

La sentencia de primera instancia consideró no probadas las excepciones propuestas; hizo las declaraciones de las súplicas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, séptima, octava y novena, limitada ésta a la tercera parte del inmueble, y negó las demás peticiones del libelo. No condenó en costas.

Por auto fechado el 10 de marzo de 1949 el Tribunal Superior de Bogotá declaró reconstruído el juicio de que se trata, pues el expediente desapareció en el incendio del Palacio de Justicia el 9 de abril de 1948, cuando se tramitaba la segunda instancia a virtud de apelación interpuesta por la parte demandada contra el fallo del juez del conocimiento.

Sentencia recurrida

Cumplidos los trámites de rigor el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a las instancias en sentencia fechada el 27 de julio de 1950, por medio de la cual confirmó la de primer grado, sin imponer costas. Unicamente modificó los numerales 6º y 7º del fallo apelado para disponer "que en vez de cancelar las escrituras e inscripciones a que tales ordinales se refieren, se tome nota al margen, de la presente sentencia, a fin de que, en las copias y certificados que se expidan, se haga constar la declaración de nulidad de los contratos y del remate en cuanto a Florentina Herrera viuda de Romero se refiere".

El recurso

Los demandados Abraham Aparicio Romero y María Elvira González, por medio de apoderados interpusieron recurso de casación. La señora González desistió y el desistimiento fue admitido.

La demanda de casación interpuesta por el primero de los nombrados invoca el numeral 1º del artículo 520 del C. J. Se divide en cuatro capítulos o cargos, en cada uno de los cuales se acusa la sentencia recurrida, tanto por violación directa de las leyes sustantivas como por errónea apreciación y falta de estimación de pruebas y elementos del proceso.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 538 del C. J., la Sala se limita a estudiar el cargo primero, que ha de prosperar.

Primer cargo.—Se extractan los apartes fundamentales: "Según la demanda, las acciones de nulidad del remate y de reivindicación se derivan de la revisión de la sentencia del juicio de venta de lo hipotecado, y ésta, a su turno, se hace sur-

gir de la nulidad de los contratos que la demandante celebró con Segundo Foción Rodríguez y María Elvira González. La sentencia recurrida, lo mismo que la de primer grado, las acogen en su totalidad porque, dicen, estando probada la menor edad de la hipotecante y vendedora cuando contrató y siendo, por consiguiente, nulos esos pactos, hay lugar a la revisión de la sentencia de venta para declarar nulo también el remate y decretar consecuencialmente la restitución de lo que a la expresada demandante se le remató. Establecen, pues, de esta manera, una conexión tan necesaria entre las tres clases de actos que juzgan, los contratos, la sentencia de venta y el remate, que la suerte de los primeros determina la de los demás. Para el Tribunal el vicio de nulidad de los contratos se transmite a los actos jurídicos posteriores que con ellos tengan alguna relación. Por eso considera que tal vicio contagia o trasciende al remate. "Con la declaración de nulidad de los tres contratos celebrados por la demandante cuando era relativamente incapaz, —dice— deben volver las cosas al estado que tenían antes de celebrarlos, es decir, surge en su favor el derecho de dominio de la tercera parte del inmueble"; y aunque encuentra que a esta situación se opone el remate, arguye que como el pronunciamiento de rescisión produce efectos contra terceros, el rematante adquirió el dominio en tradición ineficaz, "desde luego que la tradente en venta forzada resulta que no pudo obligársele a hacer la tradición, porque los actos o declaraciones de voluntad que conducían a la tradición, como fueron los contratos de mutuo con hipoteca y la venta, desaparecieron de la vida jurídica en virtud de la declaración de nulidad".

Estos conceptos, manifiestamente equivocados, implican violación de los artículos 665, 1.524, 1.740, 1.741, 1.743, 1.746, 1.748 y 1.512 del C. C., que el fallo acusado invoca, tanto de modo directo como por efecto de errónea apreciación y falta de apreciación de las pruebas que adelante determinaré.

En cuanto el Tribunal sostiene que la nulidad de los mutuos e hipotecas se comunica al remate y lo invalida igualmente, desconoce la naturaleza de ese acto civil y por ello aplica indebidamente los textos legales que dejo citados. El remate es un contrato distinto, separado e independiente de los mutos, por más que éstos le hayan dado lugar, con objeto y causa propios —la cosa subastada y su precio— y diferentes de los del mutuo —el dinero entregado y el deber de restituírlo.— Por tanto, cuando el Tribunal atribuye al remate los vicios del mutuo, **interpreta y aplica indebidamente** los artículos 1.740, 1.741, 1.743 del C. C., que de modo taxativo, puesto que tratan de sanciones o penas que son de interpretación y aplicación estrictas, consagran los motivos y acciones de nulidad o invalidez de los actos civiles, y en ese sentido los quebranta. Lo propio ocurre con la venta de doña Florentina a María Elvira González. Para el Tribunal, las cosas que han sido materia de un contrato rescindible llevan adherido ese gérmen, lo que dá por resultado que todo el que contrate con el adquirente en una convención rescindible ejecuta también una operación rescindible. Dá así el sentenciador a la nulidad o rescisión el carácter de acción real, que puede ejercitarse sobre las cosas sin consideración a las personas, y consecuencialmente infringe, por errónea interpretación e indebida aplicación, los mentados artículos 1.740, 1.743 y 1.741 del C. C., lo mismo que el artículo 665 de la misma obra, que enseña lo que son los derechos y las acciones reales, y por definición, excluye de ellos la acción rescisoria, que por eso siempre se ha considerado como meramente personal".

Dice en seguida el recurrente que el juicio de venta se inició cuando la actora era ya mayor de edad, y agrega que como cuando se verificó la subasta del inmueble era ella persona legalmente capaz, ningún reparo puede hacerse por ese aspecto a la venta en almoneda. A continuación expresa: "Los requisitos que el artículo 1.502 del mismo C. C., exige para la validez de una convención, —capacidad, consentimiento y causa y objeto lícitos— están cumplidos a cabalidad en el remate en referencia, y por lo mismo, el Tribunal, al desconocerle esa validez declarándolo nulo o rescindido, dejó de apreciar o apreció mal la prueba que suministran el referido hecho 12 de la demanda, el acta del remate que hizo Abraham Aparicio Romero a la mencionada partida de bautismo de Florentina Herrera, incidiendo en ambos casos en evidente error de hecho, puesto que las pasó por alto, dejó de tenerlas en cuenta, y en error de derecho, toda vez que no les dió el mérito probatorio que la ley les asigna, y quebrantando, por efecto de tales errores, el citado artículo 1.502, por falta de aplicación o por desacertada interpretación, ya que lo menciona en algún pasaje de su fallo y esto puede inducir a pensar que le dió alguna aplicación, desde luego indebida, porque negó al remate la validez que por ley tiene.

c). Se vió atrás que el sentenciador considera

que el remate careció de causa, o vino a quedar sin ella, por razón de la rescisión de los mutuos. "Si la demandante —dice— no se ligó legalmente en los contratos de mutuo con los accesorios de hipoteca, y debe considerarse aquí que no existieron, la causa del remate desaparece, porque esos contratos fueron la causa de juicio de venta" (folio 12, Cdno. del fallo). Y en el párrafo anterior había escrito: "Y como la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa de que no está en posesión para que el poseedor sea condenado a restituírsela, la nulidad de los contratos que dieron causa al remate trae como consecuencia la ineficacia del remate".

Estos razonamientos envuelven un protuberante error jurídico que determina la violación directa del artículo 1.524 del C. C., de un lado, y de otro, nuevo quebrantamiento de los arts. 1740, 1741 y 1743 de la misma obra. Según el primero, se entiende por causa en estas materias "el motivo que induce al acto o contrato". De donde se sigue que —como ya lo anoté en otro lugar— en la compraventa, sea voluntaria o forzada, la causa para el vendedor es el precio que recibe y para el comprador —rematante en este caso— la adquisición del dominio de la cosa vendida.

Al atribuír, pues, como causa al remate los mutuos con hipoteca para concluír que desapareció como corolario de la rescisión de éstos, el sentenciador desconoce la letra y el espíritu del artículo 1.524 y de ahí que hubiese aplicado con notorio desacierto las otras disposiciones que he citado como infringidas.

d). También interpretó muy mal los artículos 1.746 y 1.748 del C. C., y los aplicó de peor manera al caso de este litigio, quebrantándolos en estos conceptos, tanto de modo directo como por razón de errónea apreciación de las pruebas que en seguida determinaré.

Con base en ellos el Tribunal, como ya lo hice notar atrás, afirma que "con la declaración de nulidad de los tres contratos celebrados por la demandante cuando era relativamente incapaz, deben volver las cosas al estado que tenían antes de celebrarlos, es decir, surge en su favor el derecho de dominio de la tercera parte del inmueble descrito, que era el que tenía cuando celebró esos contratos"; y con esta premisa declara procedente la acción reivindicatoria contra mi poderdante. Mayor ofuscación no puede darse. Ni por los mutuos, ni por hipotecas, que son los contratos rescindidos, ni por ambos a la vez, la señora Herrera enajenó ni transfirió su derecho de tercera-parte en la finca en cuestión. Es obvio, pues que las restituciones que previene el artículo 1746, tratándose de la nulidad de mutuos con hipoteca, se refieren al dinero objeto del préstamo y a las demás prestaciones provenientes de esa convención. Luego cuando el Tribunal considera y resuelve que con la rescisión de los mutuos con hipoteca y en virtud del principio de que los fallos de esta especie dan derecho a las partes para ser restituídas al estado anterior al contrato y generan la reivindicación, la señora Herrera volvió a ser dueña de lo que Abraham Aparicio Romero remató y tiene derecho a que éste se lo entregue, apreció erróneamente, con error de hecho y de derecho, las escrituras en que tales contratos se hicieron constar, números 1343 y 1424 de 30 de mayo y 9 de junio de 1941, respectivamente, ambas de la Notaría 3ª de Bogotá, y el acta del remate que mi poderdante hizo en el juicio de venta de lo hipotecado tantas veces mencionado el 27 de agosto de 1943, y como consecuencia de estos errores y también de modo indirecto, infringió los artículos 1746 y 1748 del (c. c.). Y no es solamente por el aspecto que acabo de expresar como el sentenciador apreció erróneamente las escrituras de mutuo con hipoteca que dejo citadas. En ellas aparece, en efecto, como lo hice resaltar al principio de este escrito, que doña Florentina Herrera, conjuntamente con su marido Cesáreo Romero y bajo la testificación del Notario, que es el depositario de la fe pública, contrató como mayor de edad, esto es, como persona legalmente capaz. La inexactitud fue consignada en instrumentos públicos, reiteradamente, y no fue ni pudo ser conocida del tercero. Por lo demás, el más prolijo estudio de títulos resultaría infructuoso para descubrirla. Lo que quiere decir que causas ocultas que no le es posible hallar al más experto abogado vendrían a arrebatar sus derechos a un comprador de buena fe. De lo cual se concluye que al apreciar las escrituras en referencia, el Tribunal incidió en nuevos errores de hecho y de derecho que corroboran y refuerzan la acusación que al fallo recurrido he formulado por infracción de los artículos 1746 y 1748 del C. C."

Para respaldar sus apreciaciones, el demandante en casación cita sentencias de la Corte.

Se considera:

El recurrente sostiene que el remate verificado

dentro del juicio de venta cuya sentencia se revisa, es legal y debe mantenerse, no obstante la nulidad del contrato de hipoteca que le sirvió de título, por ser un contrato separado e independiente, con objeto y causa propios. Y agrega que el Tribunal le aplicó al remate indebidamente los artículos 1740, 1741, 1743 del C. Civil, lo mismo que los artículos 1502, 1524, 1746 y 1748 del mismo Código.

Por otra parte alega que el Tribunal le dio a la nulidad o rescisión un carácter de acción real que no le corresponde quebrantando así el artículo 665 del C. C.

Considera la Sala que para resolver la cuestión planteada, es indispensable estudiar cuáles son las consecuencias de la revisión de la sentencia del juicio de venta y su diferencia con las resultantes de la nulidad del juicio. Hecho esto se decidirá si aquélla conlleva la invalidez del respectivo remate o si, por el contrario, tal acto contractual-procesal debe mantenerse a pesar de que prospere la revisión.

La nulidad del juicio entraña la del remate

Cuando lo que se declara es la nulidad del juicio en que se hizo el remate, aquélla implica la invalidez de éste, el cual queda sin efectos necesariamente. Así lo tiene consagrado la Corte, como se ve del siguiente aparte:

"En efecto, una cosa es la nulidad de un remate, y otra, bien distinta, es la nulidad del juicio ejecutivo en que tal remate se efectuó. Pedida y decretada la nulidad del juicio ejecutivo en el cual se llevó a cabo el remate, éste también el remate sólo puede anularse por las causales bién queda sin efecto; pero no, viceversa, pues el remate sólo puede anularse por las causales determinadas en la ley o cuando expresamente se ha pedido la nulidad de todo el juicio ejecutivo". (Sala de Negocios Generales. Bogotá, 15 de noviembre de 1943. Tomo 56, pág. 605).

Esta doctrina responde, sin duda alguna, a la naturaleza de la nulidad, pues no existiendo para el caso ninguna excepción de ley, que limite los efectos generales que toda declaración de nulidad procesal conlleva, es decir, la invalidación de lo actuado desde la ocurrencia del vicio hasta el momento de su declaración, no se ve por qué no haya de sufrir esa suerte el remate como acto del proceso afectado por tal vicio. Así lo observa el doctor Hernando Devis Echandía, en su obra Derecho Procesal Civil General, pág. 315.

Además, como la nulidad del juicio ejecutivo o de venta se produce por motivos ocurridos dentro del mismo juicio, el rematante debe sufrir las consecuencias de aquella declaración.

La revisión es diferente a la nulidad.—Sus efectos

Pero muy distinta es la situación en los casos de revisión de la sentencia proferida en el juicio de venta o ejecutivo, por motivos que miran a la obligación del demandado y al derecho del actor. La situación del rematante en el caso de la revisión, respecto a excepciones que, o no fueron formuladas o se rechazaron, o le fue imposible conocer, es muy distinta de la del rematante cuando se trata de nulidad por motivos procesales que ha podido conocer mediante el examen del expediente. Las dos acciones, de naturaleza muy diferente (la de revisión y la de nulidad), no pueden producir los mismos efectos.

El juicio cuya sentencia está sujeta a revisión no deja de ser procesalmente válido. Tampoco adolece de nulidad alguna el remate allí producido si se hizo con las formalidades de ley y por partes capaces, y su precio fue consignado oportunamente. Otra cosa es que en el juicio de revisión se resuelva en sentido distinto a lo dispuesto en la sentencia revisada, sobre los derechos controvertidos, y en consecuencia prospere la revisión, como excepción fundamental y especialísima al principio de la cosa juzgada. Pero el remate, acto procesal y acto jurídico contractual, limpio de vicios, no está sujeto a la revisión que sólo recae sobre la sententencia y debe permanecer inalterable aun cuando el derecho del ejecutante o acreedor hipotecario se declare inexistente o nulo, y en consecuencia se absuelva al demandado.

La diferencia entre revisión y nulidad por juicio posterior, la ha explicado la Corte ampliamente en varias oportunidades. Así, en sentencia de 14 de octubre de 1946, dijo:

"Para la nueva ventilación del asunto sentenciado en juicio especial, en los casos en que procede, no es necesario demandar la nulidad de los fallos. 'Son instituciones jurídicas distintas —ha dicho esta Sala— la nulidad procesal de una sentencia proferida en juicio especial, por irregularidades en la secuela, y su infirmación o reforma en juicio ordinario revisorio por violación manifiesta de un derecho sustantivo, no obstante que ambas cuestiones pueden proponerse y obtenerse en aquellos casos en que la ley lo

permite. El criterio científico es el de que para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el artículo 473 del C. J. un asunto o controversia que había sido decidido en vía especial no es necesario pedir la nulidad de la respectiva providencia judicial que decidió la controversia en juicio especial, ni tal declaratoria procede, porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que el llamado recurso de revisión plantea el estudio y examen de fondo de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el derecho mismo. Esto es así porque la nulidad ataca el acto judicial mismo, en tanto que la revisión a sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada resuelve sobre la obligación declarada en ésta, y la revisión fija en concreto esa obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella'. (G. J. Tomo L, pág. 78)". (C. C. 14 octubre 46. T. 61, pág. 335).

En el mismo sentido se expresó la Corte en los casos que pueden verse: (G. J. Tomo XLV, pág. 811, Casación Civil, diciembre 9 de 1948, Tomo LXIV, ns., 2064-2065 págs. 819); GACETA JUDICIAL, Tomo 64, pág. 1020).

De manera que el principio de la contaminación de la nulidad, que invalida todos los actos procesales posteriores, inclusive el remate, no puede aceptarse para el caso de la revisión en juicio ordinario de las sentencias de venta o de excepciones y de pregón y remate, porque se trata de causas opuestas y de acciones que difieren en su naturaleza, motivos y efectos.

Cuándo es nulo el remate sin serlo el juicio donde ocurre

Pero hay algo más. Si el juicio donde se produjo no es anulado (como sucede en el caso presente, en que la menor edad de la demandada había cesado al tiempo de iniciarse el juicio de venta), para que desaparezcan los efectos legales del remate se necesita que su nulidad se produzca por falta de alguno de los requisitos esenciales en su trámite o por ausencia de las condiciones sustantivas indispensables para la validez del contrato, tales como consentimiento exento de vicios, y objeto y causa lícitos. **Y nada de esto ocurre aquí.**

Véase lo que sobre el particular ha dicho la Corte en varias sentencias:

"A la declaración de nulidad del remate verificado en juicio distinto del en que se ha realizado, puede llegarse por dos caminos fundamentalmente diversos; o el trazado dentro de las disposiciones del Código Judicial que sancionan la pretermisión de formalidades relativas al procedimiento a que debe someterse la subasta, de lo cual habla el artículo 457 del mismo estatuto, o el originado en la ausencia de aquellos requisitos sustantivos que miran a la validez del remate en calidad de acto jurídico encaminado a trasmitir a otro el derecho de propiedad por conducto o mediación del juez.

"El primer camino atiende a remediar faltas adjetivas de procedimiento, como las señaladas en el ordinal 2º del artículo 451 del Código Judicial.

"Su extensión es muy limitada, ya que se concede en forma excepcional. En tanto que el segundo por referirse a circunstancias del consentimiento, de la capacidad, del objeto y de la causa lícitos, elementos básicos de sustentación de todo acto jurídico, tiene la amplitud que cada uno de estos conceptos implica dentro de las normas del Código Civil". (Casación Civil, julio 24 de 1946. Tomo 60, págs. 760-61).

La misma doctrina se encuentra en sentencia de 7 de noviembre de 1947:

"En juicio ordinario sólo puede controvertirse sobre la nulidad de un remate, hecho en juicio especial, por ministerio de la justicia, invocando dos órdenes de razones o motivos completamente distintos; que el contrato de venta realizado por virtud de la subasta es nulo como acto civil por faltarle algunos de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad o al estado de los contratantes, o sea, con ocasión de un vicio del contrato determinante de una nulidad sustantiva; o que en el proceso judicial en que se consumó el remate se incurrió en una de las irregularidades u omisiones taxativamente señaladas como constitutivas de nulidad, de aquellas que la ley, por vía de excepción, permite alegar en juicio separado, o sea por causa de una nulidad adjetiva o procedimental. En este caso la nulidad del proceso acarrea la del remate, como diligencia que es del juicio". (Casación Civil, noviembre 7 de

1947. T. LXIII, Nos. 2053-2054, págs. 104, 2ª). (Véase también Tomo número 63, págs. 1035-1036).

La revisión de la sentencia de venta no conlleva la nulidad del remate

De lo expuesto se deduce que la revisión de la sentencia proferida en el juicio de venta no conlleva la nulidad del remate practicado en el mismo juicio. Debe mantenerse, pues, dicho remate como válido, por no adolecer de vicio de forma ni de fondo, como acto procesal ni como contrato, que dé lugar a su invalidación.

A todo lo anterior cabe agregar que si en el juicio de venta o en el ejecutivo, tiene el demandado excepciones qué proponer con fortuna pero no las aduce oportunamente y por tal motivo se profiere en su contra sentencia de venta o de excepciones y de pregón y remate, a su culpa exclusivamente debe atribuir que tal cosa suceda. Resultaría contrario a la equidad y a la lógica que el tercero rematante, basado en la existencia de sentencias en firme, y con desconocimiento absoluto de las excepciones, en el juicio ordinario de revisión de tales fallos viniera a sufrir las consecuencias de aquella omisión.

Excepción a la norma anterior

Como una excepción a esta norma es posible admitir el caso en que el mismo acreedor hipotecante y actor en el juicio de venta, sea quien verifique el remate como mejor postor. Entonces, la ausencia de tercero cuya buena fe deba protegerse por ser ajeno a los moitvos que produjeron la revisión, justifica que el remate así realizado, y que viene a ser la consumación de la acción incoada en beneficio exclusivo del demandante, caiga también por falta de causa. En tal evento, parte al menos del precio del remate queda pagada con el valor del crédito que se invalida. Pero si el rematante es un tercero, el precio pagado ha sido real y cierto; por lo cual escapa a toda contaminación del vicio sustantivo que causa la revisión de la sentencia.

Muy distintos son los casos en que el menor o el demente que han contratado, concurren luégo al juicio ejecutivo o de venta iniciado con fundamento en el mismo título viciado de nulidad, bajo la misma situación de incapacidad. Entonces se presentaría la causal de nulidad del juicio consistente en la ilegitimidad de la personería del demandado. La acción que entonces se incoaría sería la de nulidad del juicio que al prosperar conllevaría la nulidad del remate como acto procesal. Pero en el caso de la revisión, como ya se demostró, no existe nulidad del juicio y mucho menos nulidad del remate si éste se ha realizado cumpliendo todos los requisitos procesales de rigor.

La nulidad de la hipotéca no afecta el contrato de rémate, que es distinto

Hay que tener en cuenta que el contrato de remate es un acto jurídico totalmente distinto al contrato de hipoteca, aun cuando sea su consecuencia. El contrato de hipoteca declarado nulo, deja sin causa **el pago que se le hizo al acreedor hipotecario con el producto del remate.** Pero nada tiene qué ver esto con el contrato de remate, que se hizo en forma legal y válida. En él hubo: un precio real que pagó el rematante; consentimiento pleno de éste y del juez en representación de la dueña; objeto lícito, causa real y lícita consistente en el precio recibido y en la adquisición del inmueble.

Lo que carece de causa, es el pago del crédito. No el contrato posterior de remate.

La restitución, consecuencia obligatoria de la nulidad, consiste, por lo tanto, en que se obligue al acreedor hipotecario a reintegrar lo que se le pagó por su crédito, con el producto del remate. Así quedan cumplidos los efectos de la nulidad de la hipoteca.

No importa que el remate se haga como resultado de una obligación que se declare inválida, porque aquél es la consecuencia procesal necesaria de no haber formulado la demanda de excepciones para que se invalidara el título dentro del juicio de venta. Esto produjo el remate como acto contractual distinto e independiente, con vida jurídica propia, entre el rematante y el Juez. De ahí que, salvo el caso de nulidad del juicio o del remate por falta de los requisitos exigidos en la ley para su trámite, el acto jurídico en que consiste el remate queda plenamente válido, a pesar de que las obligaciones que se exigieron a la demandada en el juicio de venta sean posteriormente invalidadas.

Contenido de la noción de causa en los contratos

Es pertinente recordar, en breve síntesis, cuál

es el sentido y alcance de la noción de causa en el derecho moderno.

Los autores posteriores a Capitant se encargaron de darle a la noción de causa una aplicación amplia y práctica. Entre ellos, Josserand, Bonnecase y Ripert. Contra la calificación de la causa como algo objetivo, intrínseco, encerrado dentro del contrato, y contra la distinción entre fin o causa y motivo, enderezaron sus argumentos estos juristas, hasta demostrar el absurdo de persistir en tal distinción, considerando que cuando el juez ante quien se plantea un problema de causa ilícita procede a la investigación del móvil concreto, determinante del acto jurídico, encuentra que ese móvil es, precisamente, la causa del contrato. Concluyeron, por consiguiente, que el motivo puede estar por fuéra de los términos del contrato y que si él ha constituído para ambas partes la razón determinante del acto y es ilícito, la nulidad de éste se impone.

Suprimida de esta manera la clásica diferencia entre motivos y fin o causa, ésta vino también a quedar constituída por elementos de carácter extrínseco y de orden subjetivo y psicológico. Lo importante es saber cuáles de los diversos motivos que inducen a los contratantes a celebrar la convención, pueden tener el carácter de determinantes, para darles a éstos el valor de causa.

Surge así como lo observa Ripert, un problema de causalidad semejante al que tiene lugar en materia de responsabilidad civil extracontractual. Para que la causa sea ilícita basta con que sea inmoral uno de los motivos determinantes. Y para que pueda establecerse la prueba de ese motivo no es necesario que él conste en el contrato mismo; basta que de éste se deduzca en atención a las circunstancias que precedieron y rodearon el momento de su celebración.

La doctrina que se deja expuesta encontró su acogida en la jurisprudencia de los Tribunales franceses. Estos, sin el apoyo de ninguna norma legal, venían haciendo respetar las reglas morales propias de la organización social, mediante el examen de la intención de los contratantes, o sea, el estudio cuidadoso de los motivos determinantes del acto.

Nuestro Código trae una **definición de causa** igual a la que se encuentra en la doctrina y la jurisprudencia francesas, pues el "motivo que induce al acto o contrato" es el "motivo determinante".

Si la causa es, según el artículo 1524 del C. C., el motivo que induce al acto o contrato, el juez no puede limitarse a buscarla en el texto del contrato, porque en él aparece generalmente el acuerdo de voluntades pero no siempre el fin realmente perseguido. El ejemplo mismo puesto en el artículo está diciendo que es necesario analizar el fin perseguido, para saber si la causa del contrato es real y lícita. En efecto, se dice que tiene una causa ilícita "la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral"; y naturalmente ello será así no sólo cuando se haya estipulado claramente en el contrato el fin inmoral, sino siempre que se le disfrace.

Desde 1932 la Corte ha hablado de la causa identificándola con los motivos determinantes del acto o contrato.

Pero aquí es necesario hacer una observación de mucha importancia. La teoría del móvil determinante no ha eliminado el concepto de contra-prestación en los contratos a título oneroso. El principio sostenido por Capitant, según el cual la ejecución de la obligación por cada contratante es la causa de la obligación del otro, no ha sido suprimido sino apenas adicionado por la teoría de los móviles determinantes o motivos que inducen al acto o contrato. Realmente, lo que sucede es que el concepto de Capitant sirve tan sólo, pero con calidad de indispensable, para estudiar el caso de nulidad de los contratos por falta o por extinción de la causa, mas es insuficiente para el análisis de los casos de causa ilícita. Como lo dicen Planiol y Ripert en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" (T. 6º, número 252), sigue siendo fundamento de la exigibilidad de las obligaciones "el principio elemental de justicia según el cual, en el comercio jurídico a título oneroso, no es admisible que se reciba algo sin dar nada en cambio".

Para la vida del contrato es necesario, como lo dice Capitant, que la obligación de cada parte tenga como fundamento o soporte la ejecución de la obligación de la otra. No se concibe cómo una de ellas pueda ser obligada a cumplir su prestación cuando la otra no quiere o no puede cumplir la suya, si para la existencia de la obligación es necesaria la contraprestación. Otra cosa es que para determinar si la causa, cuya existencia se halla establecida, en lícita o ilícita, haya necesidad de analizar la calidad de los móviles que realmente han influído en la determinación de cada contratante.

Siempre, pues, tiene importancia el estudio de los elementos sicológicos. Si la contraprestación no existe, el contrato no puede tener vida, pero si existe, se debe estudiar todavía cuál es su valor. Por ello

se dice que la contraprestación debe ser seria; de no serlo hay falta de causa. En consecuencia, dentro de la teoría general de la causa hay que distinguir la cuestión de la inexistencia de la causa y la de la causa ilícita o inmoral, auncuando ambas forman parte de la misma concepción. Entre nosotros esta conclusión es obligatoria, ya que existe una definición legal que identifica el motivo con la causa, y hace imposible separar de ella el estudio de los móviles ilícitos o inmorales, determinantes del acto o contrato.

En el caso de autos, el motivo determinante para el rematador no fue otro que el deseo lícito de adquirir la propiedad del inmueble, objeto del remate. Y en el juez fue, sin duda alguna, el de pagar la deuda.

Tanto el rematante com el juez sabían que el producto del remate se destinaba a cancelar el crédito, de acuerdo con lo ordenado por la sentencia ejecutoriada. El producto de la venta en almoneda se destinó al pago del crédito.

La causalidad en materia contractual

Como lo observa Ripert, el problema de la causalidad en materia contractual es semejante al que existe para la determinación de los perjuicios indemnizables en el campo extracontractual. Lo que equivale a decir que sólo debe tenerse en cuenta la causa o motivo *inmediato* determinante del contrato, sin que sea pertinente remontarse a los motivos anteriores que pudieron haber hecho posible el contrato pero que no fueron tenidos en cuenta por las partes para su celebración.

Así, en sentencia que trae Germán Orozco O., letra "C", Nº 1234, dijo la Corte:

"Por causa se entiende el motivo INMEDIATO que induce a las partes a contratar".

Y en otra ocasión dijo la Corte:

"Como consecuencia de la doctrina consagrada en nuestro derecho positivo, la causa no es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación. El acto volitivo obedece fatalmente a móviles que *han inducido la voluntad y han sido conocidos* de las partes". (Casación 7 octubre 1938 G. J. Nº 1941; pág. 252 —Orozco. Letra C., página 119).

Por ser dsconocido de uno de los contratantes el motivo de nulidad del crédito, la causa del remate es lícita. El juez obró en representación de una persona mayor, puesto que la demandante había cumplido 21 años al iniciarse el juicio de venta. Todas las apariencias indicaban que la deuda existía y era lícita. No hubo, pues, error de conducta en el rematante.

Ni el juez en representación de la propietaria, ni el rematante, pudieron sospechar siquiera la existencia de la incapacidad de la señora Herrera de Romero, que no aparecía en el contrato de hipoteca ni había sido alegada siquiera en el juicio. Luego es imposible darle a la nulidad de la hipoteca, producida por tal incapacidad, el alcance de dejar sin causa el contrato de remate, el cual tiene su individualidad jurídica propia. Como se observa en otro lugar, muy distinto sería el caso si el acreedor hipotecario hubiera sido el rematante por cuenta de su crédito, pues entonces la nulidad de dicho crédito dejaría inexistente la ejecución de la obligación de pagar el precio del remate, y se produciría la nulidad de éste por falta de causa.

También sería distinta la situación, si a título de venta la menor incapaz le hubiera transferido el dominio del bién al acreedor hipotecario. Entonces sí, naturalmente, caería dicha enajenación por falta de causa, como resultado de la nulidad del contrato de mutuo con hipoteca. Lo que también ocurriría si existiera una dación en pago por medio de la cual la deudora le hubiera transferido al acreedor hipotecario el dominio del inmueble, pues la dación estaría afectada de falta de causa por nulidad del crédito que le servía de precio. Pero, se repite, el contrato de remate entre el tercero y el juez, tuvo precio real, objeto lícito, causa real lícita y consentimiento perfecto.

Efectos de la nulidad del contrato de hipoteca

Por otra parte, el artículo 1744 del C. Civil dispone que la simple aserción de mayor edad o de no existir la interdicción, u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de la nulidad. Esta norma, sin embargo, nada tiene que ver con la tesis que aquí se expone, pues no se trata de negar el derecho a que el menor reclame la nulidad del acto dentro del juicio ejecutivo o el de venta, o posteriormente en el de revisión de las sentencias proferidas en aquéllos. La revisión con base en tales vicios de incapacidad, debidamente demostrados, prosperaría. Pero los efectos de esa revisión victoriosa no incidirían sobre el remate, válido como acto procesal y perfecto como contrato civil, que un tercero hubiese hecho dentro del juicio revisado,

si cuando éste se llevó a cabo había desaparecido la menor edad del demandado. La acción que otorga el artículo 1744 se consuma con la revisión de las sentencias de venta o de excepciones y de pregón y remate. Cuando aquélla prospera, dá al menor el derecho a que el acreedor que lo ha demandado en juicio especial, le restituya, como antes se dijo, el dinero recibido en pago del crédito cuya invalidación se declara. Distinto sería si en el juicio revisado actúa el menor personalmente, pues entonces habría nulidad del juicio y consiguientemente del remate, como acto procesal del mismo.

Cuando un menor vende un inmueble y el comprador a su vez lo transfiere a un tercero, aquél puede ejercitar su acción de nulidad contra el primer contrato y reivindicar contra el tercero, sin que éste pueda alegar en su defensa que pagó un precio serio y que por ende su título tiene causa y objeto lícitos, y consentimiento exento de vicios. Pero entonces la situación es totalmente distinta. Se trata de los normales efectos de la nulidad, pues cuando ella afecta el título de un adquirente, contagia inexorablemente los títulos de quienes deduzcan de éste sus derechos sobre el mismo bién. Así ocurre en virtud del principio elemental de que nadie transfiere más derechos de los que tiene, los cuales traspasa con las limitaciones y defectos de que adolecen. Sencillamente, el tercero adquirente recibe un título de quien no había adquirido dominio, por razón de la nulidad de su contrato que solamente la prescripción podría sanear.

El rematante no adquiere del acreedor hipotecario, ni la hipoteca es el Título de su derecho

Pero en el caso de autos, lo mismo que cuando se vende el bien hipotecado a un tercero para cancelar la deuda hipotecaria, el vicio que afecta el contrato de hipoteca, nada tiene que ver con el contrato de compra-venta que el deudor celebra. Porque entre el acreedor hipotecario, cuyo título es nulo, y el comprador del inmueble, no existe vínculo jurídico ninguno; entre ellos no se realiza tradición de ninguna clase. Por el contrario, el comprador o el rematante (según sea voluntaria o forzada la venta), adquiere su título directamente del propietario (deudor de la hipoteca). Son los vicios y calidades del título de este vendedor voluntario o forzado, los que se transmiten al comprador o rematante. Y si tal título de dominio es perfecto y sano, el adquirente del inmueble también lo recibe libre de todo vicio. Cosa totalmente distinta a adquirir de quien por haber comprado al menor, tenía su título afectado de nulidad.

En cambio, sí existiría nulidad en el título de cesión onerosa o gratuita de un crédito, si éste emanara de un contrato nulo. Entonces la acción de nulidad de dicho contrato afectaría necesariamente el título del acreedor cesionario.

Diferencia entre falta de causa y causa ilícita en el contrato

Por último, como se explicó atrás, los móviles determinantes del acto sirven para conocer si la causa del contrato es lícita o ilícita (Planiol y Ripert, T. 6 Nº 256). En este sentido debe entenderse el concepto de Josserand: "el acto es apreciado en función de los móviles que lo han inspirado y de la finalidad que persigue". Se trata de la calificación de la causa. Su existencia está determinada por la de las recíprocas contraprestaciones. Si hubo precio serio y objeto cierto, la existencia de la causa es evidente; pero se investigan los móviles determinantes para saber si ella fue lícita o ilícita.

Conforme a lo dicho, no puede discutirse que, en el caso de autos el contrato de remate tuvo causa. Y como, por otra parte, el móvil determinante no aparece ilícito, la validez del contrato es incuestionable.

Quien hizo un pago no debido, fue el deudor hipotecario y no el rematante. Quien recibió el pago, beneficiándose de un derecho nulo, fue el acreedor hipotecario y no el rematante. Considerar el remate nulo por supuesta falta de causa, equivale a ignorar el pago del precio por el rematante, o a darle el carácter de pago de lo no debido. Y ello no es posible.

Por último, podría decirse que se está en presencia del caso de "doble causa" que contempla el Profesor Claro Solar en el Tomo II, Nº 924 de sus "Explicaciones de Derecho Civil Chileno". La conclusión sería la misma. Para el autor, "la intención o propósito de pagar la deuda.... es tan determinante como el propósito de obtener el pago del precio".

Pero si el propósito de pagar la deuda es determinante del contrato de remate, por parte del juez, ello no constituye su causa única, ni le dá el carácter de ilícita. La nulidad de la deuda que se quiere cancelar, no deja por tanto sin causa el contrato de remate o el de venta voluntaria en

las mismas circunstancias, porque siempre queda en firme la existencia de un precio serio. Y ésto sería suficiente para mantener la validez del contrato. De lo contrario, habría que admitir que en todos los casos en que el dinero, producto de una venta, se destine a hacer un pago no debido (cuestión totalmente indiferente para el comprador) el contrato es nulo por falta de causa, no obstante que haya un precio real y serio. Esto es inadmisible.

Inclusive se fomentaría el fraude a los rematantes por el fácil sistema de no proponer excepciones en los juicios ejecutivos o de venta, para después de verificarse el remate y de obtener su producto, recurrir a la revisión o invalidarlo. Tal podría ser, en muchos casos, el resultado de una connivencia o confabulación entre las partes.

La buena fe del rematante y la culpa manifiesta que en aquella hipótesis existiría por parte del demandado en el juicio de venta, hacen indispensable la solución que se ha acogido por las expuestas consideraciones de derecho.

Lo ya dicho no significa que el callar las excepciones dentro del juicio ejecutivo o de venta, pueda interpretarse como la renuncia a proponerlas. El silencio implica renuncia de derechos únicamente cuando la ley en forma expresa así lo establece, y esto no ocurre en el caso que se contempla. Por el contrario, el legislador no ha limitado la revisión de las sentencias proferidas en juicios de tal naturaleza al estudio de las excepciones que se hubieren propuesto y pronunciado en ellos, sino que ha dejado plena libertad para discutir dentro del juicio de revisión la validez de los títulos ejecutivos o la pertinencia de las excepciones perentorias que en este último se aduzcan.

Consideraciones finales

Podría pensarse también:

Primero.—Que si son nulos el mutuo y el gravamen, en el remate real y legalmente no pudo transmitirse la cuota del dominio correspondiente, por no ser en el fondo deudor el demandado y no representarlo el juez legítima o verdaderamente, y que en tales condiciones procedería la reivindicación como acción directa.

Como respuesta cabe observar que el rematante no adquirió por cuenta del mutuo o gravamen nulo, sino por precio pagado en dinero. La representación del dueño por el juez es la misma en todo remate que reúna los requisitos legales; la nulidad de la hipoteca apenas era una defensa para evitar el remate, si se proponía.

Segundo.—Que nulos parcialmente el crédito y el gravamen, el remate en esa parte carece de causa real: se remató el bien porque el dueño aparentemente estaba obligado como deudor, para cancelar el crédito que no existía legalmente, por ser nulo. En consecuencia, hay nulidad parcial del remate por carecer de causa, y procede la reivindicación.

Se observa: El rematante pagó un precio, luego el remate tuvo causa perfecta. Si el vicio de nulidad que afectaba el crédito y el gravamen hubiera sido conocido del rematante, entonces el móvil determinante del remate —pagar una deuda nula o inexistente— habría dejado sin causa al remate considerado como contrato, el que sería nulo por ese motivo, pero como no hay constancia alguna en autos de que el rematante conociera el vicio que afectaba el crédito, aquella situación quedó por fuera del remate como contrato y no puede, por tanto, afectarlo. La nulidad de la hipoteca sólo obliga al acreedor a restituír el dinero recibido.

Tercero.—Que si son nulos el crédito y la hipoteca en cuanto se refiere al menor, y la declaración de nulidad borra el acto —el cual se reputa como no celebrado desde un principio—, ésta aniquila sus efectos; y que entonces, como se vende un bién para pagar una deuda de quien no es deudor la venta carece de causa.

Se observa: La inexistencia del crédito deja el pago hecho al acreedor con el producto del remate, en la situación de pago de lo no debido, y obliga a éste a restituír el dinero recibido. Pero el remate se realizó con las formalidades legales, con objeto lícito, consentimiento perfecto del rematante y del juez que obedecía la sentencia, y precio real y serio. Luego el remate tuvo causa plena.

El efecto retroactivo de la nulidad obliga únicamente a la restitución del precio por el acreedor.

Entre el contrato de hipoteca y la declaración de nulidad, se interpone un contrato plenamente válido, distinto, que no está en la cadena de los efectos de aquélla.

Lo que carece de causa es el pago al acreedor y por eso debe restituír lo recibido. Como la deuda era inexistente, no puede el acreedor conservar el producto del remate. De haberse solicitado así en

la demanda, habría sido necesario imponerle tal condena. Pero el rematante, en cambio, hizo un pago real y cierto del precio del remate, por lo cual éste tiene causa lícita y perfecta. Distinto sería si el objeto del remate hubiera sido el crédito hipotecario, y fuera éste lo adquirido por el rematante; entonces la nulidad del crédito implicaría la del remate. Pero como lo rematado fue el inmueble, nada tiene que ver la nulidad del crédito con el contrato de remate para efectos de su validez.

Ni el origen del dinero que paga el comprador como precio, ni el destino del dinero que recibe el vendedor voluntario o forzado, también como precio, pueden afectar para nada la validez del contrato, lícito y real.

Claro está que si el remate fuera nulo, la restitución de cosas a su situación anterior implicaría que el demandante quedara como dueño de la cuota rematada. Pero como el remate no es nulo, la validez de éste impide que tales sean las consecuencias de la nulidad declarada del crédito hipotecario.

Conclusión

Tiene, pues, razón el recurrente cuando acusa la sentencia del Tribunal por aplicación indebida de los artículos 1740, 1741, y 1743 del C. Civil, e interpretación errónea de los artículos 1502 y 1524 ibidem, en cuanto el Tribunal consideró que el remate carecía de causa lícita.

El cargo debe prosperar.

Sentencia recurrida

Como, de un lado, el recurrente ataca la sentencia del Tribunal únicamente en cuanto invalida el remate y condena al señor Aparicio Romero a restituír la tercera parte del inmueble, y de otro, los demandados restantes no interpusieron el recurso, contentándose con aquel fallo, la Sala limita su estudio a los aspectos de la sentencia de primera instancia, susceptibles de enmienda.

Deben quedar en firme, pues, los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 8º, de la sentencia de primera instancia.

Por las razones expuestas al estudiar el cargo primero, debe revocarse el numeral 5º sobre nulidad del remate en una tercera parte. Por tanto, deben revocarse también los numerales 7º (sobre cancelación de su registro en esa parte del inmueble), y los numerales 9º, 10ºº, 12º de la misma sentencia, que imponen condenas derivadas de aquella anulación.

La nulidad del contrato de hipoteca y la revisión de la sentencia del juicio de venta, implicarían la restitución por Segundo Foción Rodríguez del dinero recibido en el remate como pago de su presunto crédito. Pero como ésto no fue pedido en la demanda y la parte actora no apeló tampoco del fallo de primera instancia, no es posible resolver nada al respecto. Naturalmente, le queda a los demandantes el derecho de exigir tal restitución en juicio separado. Como el remate no se invalida, la nulidad del contrato de hipoteca no dá lugar a la restitución de la tercera parte indivisa del bien, objeto del remate.

El numeral 6º de la sentencia del juzgado debe reformarse, puesto que los contratos contenidos en las escrituras que allí se mencionan no han sido invalidados totalmente, exceptuada la venta hecha por la menor a la señora González, la cual queda anulada conforme al numeral 3º de la sentencia de primera instancia que se confirma. Como no es posible la cancelación, debe tomarse razón de esta sentencia al pié de ellos, de modo que se haga constar su nulidad en cuanto a la tercera parte del derecho que pertenece a Florentina Herrera v. de Romero y a la sucesión de Cesáreo Romero.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), en el juicio ordinario de Florentina Herrera v. de Romero y otros contra Segundo Foción Rodríguez, María Elvira González y Abraham Aparicio Romero, reforma parcialmente la proferida en primera instancia por el señor Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá con fecha diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), y en su lugar

Falla:

Primero.—Confírmanse los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, octavo, decimotercero, décimocuarto y décimoquinto de la sentencia de primera instancia.

Segundo.—Revócanse los numerales quinto (5º)

séptimo, (7°) noveno (9°), décimo (10), undécimo (11°), de la misma sentencia de primera instancia.

Tercero.—El numeral sexto de dicha sentencia quedará así:

Al pie de las escrituras números mil trescientos cuarenta y tres, de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno (1941); mil cuatrocientos veinticuatro (1424) de nueve (9) de junio de mil novecientos cuarenta y uno; y cuatrocientos treinta y cuatro (434) de veinte (20) de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, se tomará nota de esta sentencia, a fin de hacer constar la nulidad de los contratos en la forma como se ha declarado.

Sin costas en la segunda instancia ni en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.— Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — TECNICA DE CASACION

1—Cuando la violación de la ley surge de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario —como lo manda expresamente el numeral 1º del artículo 520 del C. J., y lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte— "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" y citando concretamente las pruebas que se estimen mal apreciadas.

2—Sabido es —como lo tiene dicho y repetido uniforme y constantemente la jurisprudencia de la Corte— que el motivo de casación previsto en el numeral primero del artículo 520 del C. J., es precisamente el de violación de ley sustantiva.

No puede, pues, determinar la casación de un fallo la sola violación de una norma meramente adjetiva, en cuanto se refiere al valor de una prueba.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

Ante el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá propuso el doctor Eduardo Santos, por medio de apoderado, juicio ordinario contra Ernesto Cubillos para que en sentencia definitiva se declare:

"**Primera.**—Que el señor Ernesto Cubillos como propietario del local para garages situado en la carrera 17 Nº 12-89 de esta ciudad y como dueño del tanque subterráneo construído dentro de esos garages en la colindancia con el edificio del doctor Eduardo Santos, es responsable civilmente de los daños y perjuicios que la infiltración de aguas provenientes del tanque y la consiguiente inundación produjeron en los rollos o bobinas de papel para periódico almacenados en los depósitos de "El Tiempo" que pertenecen a mi mandante, situados en la calle 12, número 17-34 de Bogotá, hecho que tuvo lugar entre los días primero y dos de octubre de 1948.

"**Segunda.**—Que, en consecuencia, el señor Ernesto Cubillos está obligado a pagar a mi mandante el valor de los perjuicios de todo orden provenientes de la pérdida total y deterioro sufrido por el papel de imprenta almacenado en rollos o bobinas, dentro del edificio de "El Tiempo" en la cantidad de cuatrocientos seis rollos (406) y en su defecto en la que se establezca dentro del juicio.

"**Tercera.**—Que se condene igualmente al demandado a entregar a mi mandante, dentro del perentorio término que el Juzgado le señale, la cantidad de 406 rollos o bobinas de papel para periódico, o la que parcialmente se determine, de las mismas características y especificaciones del que se dañó o en subsidio a pagarle en dinero el valor de estos rollos a razón de $ 135.00 cada uno, igual en total a la suma de $ 54.810.00 o a la que pericialmente se establezca.

"**Cuarta.**— Que igualmente se condene al demandado a pagar al actor la suma de $ 10.000.00 (diez mil pesos) en que estimo los perjuicios hasta hoy por la falta que ese papel ha ocasionado a la empresa de "El Tiempo", de propiedad de mi poderdante y producidos por tal causa.

"**Quinta.**—Que se condene al demandado al pago de los gastos ocasionados por la movilización y traslado de los rollos a otro sitio, por la descupación del tanque, por el valor del trabajo de los obreros que intervinieron en las labores de salvamento, por la inspección extrajudicial practicada con la intervención del Juez 7º Civil de este Circuito, incluyendo el pago de los peritos, y por las reparaciones del muro y del piso dañados en el local de propiedad del actor y por la causa anotada. Y,

"**Sexta.**—Que se condene también al demandado a pagar los gastos y costas de este juicio".

Los hechos de la demanda, extractados en lo fundamental, son los siguientes:

"a)—Eduardo Santos, como propietario exclusi-

vo de "El Tiempo" compró a Ernesto Cubillos un lote de terreno situado en esta ciudad y alinderado así: "Por el norte, pared de por medio, con los garages de propiedad de Ernesto Cubillos; por el sur, con la calle 12; por el oriente, con los mismos garages, y por el occidente con la carrera 18". En dicho lote levantó un edificio con destino al periódico, edificación hecha por los arquitectos Enrique y Carlos García Reyes de la firma "Igecón".

"b)—El edificio colinda en su parte inferior, pared norte, con lote y garage de Ernesto Cubillos, cuyos linderos son: por el oriente, con la carrera 17 entre calles 12 y 13; por el norte, con la quinta número 12-89 a 12-95 de la carera 17; por el sur con propiedad que es o fue de Andrés Obregón y con propiedad del edificio de **El Tiempo** que es de propiedad de Eduardo Santos, y por el occidente, en parte con el Teatro España y en parte con propiedades de Ernesto y Germán Trujillo y Roberto Contreras. La pared divisoria entre el edificio de "El Tiempo" y los garages de Ernesto Cubillos, fue construída con todos los requisitos de la técnica, habiendo sido impermeabilizados los cimientos del muro mismo para prevenir la humedad que pudiera venir de cualquier parte, y en especial del lote de los garages.

"c)—Dentro del lote de Ernesto Cubillos existe un tanque subterráneo, de propiedad de éste, destinado al almacenamiento y depósito de agua, tanque que se halla colocado precisamente en la colindancia con el edificio de "El Tiempo" contra la pared divisoria de los dos predios. Las paredes de dicho tanque, su revestimiento y su estructura no presentaban ninguna seguridad ni garantía; y el señor Ernesto Cubillos como dueño del tanque está en la permanente obligación de tener la debida vigilancia y control sobre tal depósito de agua para evitar daños a terceras personas.

"d)—El día viernes 1º de octubre de 1948 Joaquín Hernández celador de "El Tiempo", informó a sus superiores que en los depósitos en donde se guardaba el papel para el periódico había una inundación causada por la infiltración proveniente del tanque de agua situado en los garages de Ernesto Cubillos. Localizado el administrador de los garages señor Joaquín Muñoz se constató, que en la pared divisoria había tres grietas en el pavimento contra la pared de los garages por las cuales manaba una cantidad apreciable de agua que produjo la inundación y el daño del papel.

"Inmediatamente se procedió a la desocupación del tanque por medio de dos bombas suministradas por Joaquín Muñoz y Luis Castro Montejo, pero como resultaron insuficientes se requirió el cuerpo de bomberos de la ciudad; y su jefe el señor Mayor José J. Martínez, proporcionó un carro bomba y seis hombres que desocuparon el tanque el día lunes en las horas de la tarde, después de un trabajo continuo. Hecho lo anterior el personal observó que el chorro que inundaba los depósitos de papel había cesado.

"e)—La inundación ocasionó graves perjuicios al papel almacenado en los depósitos y se tradujo en la pérdida o deterioro de 406 rollos o bobinas cuyo valor es de $ 135.00 o sea la suma total de $ 54.810.00 pues el papel quedó inservible para el fin a que estaba destinado.

"f)—De estos sucesos se dió aviso al propietario de los garages señor Ernesto Cubillos, y con su consentimiento y asistencia se practicó una inspección ocular, practicada por el señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá en los días 17 y 20 de octubre de 1948, con intervención de peritos nombrados por las dos partes, para establecer la causa de la inundación y los perjuicios ocasionados por la pérdida del papel almacenado.

"g)—Tanto en la inspección ocular como en el dictamen pericial se estableció que la causa de la inundación y el consiguiente daño del papel fue producida exclusivamente por el mal estado del tanque del señor Cubillos, pues si éste hubiera ejercido el cuidado y diligencia del caso, el daño como previsible se habría evitado".

El demandado contestó aceptando algunos hechos; negando otros; proponiendo varias excepciones y oponiéndose a las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento, previa la tramitación del primer grado del juicio, lo decidió en sentencia de diez de julio de mil novecientos cincuenta, por la que declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó al demandado, como civilmente responsable de los daños causados, a pagar al actor la suma de $ 26.773.93, en concepto de perjuicios, más las costas del juicio.

El demandado apeló y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, lo resolvió en sentencia de seis de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que confirmó en todas sus partes la recurrida y condenó en costas al apelante.

Citando y transcribiendo el artículo 2341 del Código Civil dice el Tribunal que para la prosperidad de la acción civil indemnizatoria es menester la concurrencia de tres requisitos: un perjuicio; una culpa y la consiguiente relación de cau-

salidad entre ésta y aquél, y que el actor demuestre plenamente la existencia de ellos.

Luégo, después de examinar las declaraciones de testigos, la inspección ocular y el dictamen pericial traídos al juicio y de anotar que el último "se encuentra debidamente fundado y explicado", dijo:

"De acuerdo con lo anterior y al tenor de los artículos 730, 731, 697 y 722 del C. J., se encuentra plenamente demostrado en autos que la inundación se debió a la filtración de aguas del tanque subterráneo, que ese tanque se encontraba en mal estado, y que la inundación causó graves daños a los rollos de papel almacenados en los depósitos de "El Tiempo".

"En esta forma se demuestra el perjuicio sufrido por el actor y la culpa del demandado, pues éste estaba obligado a cuidar debidamente del tanque y evitar que su mal estado causare perjuicios a terceros.

"La relación de causalidad surge necesariamente, pues es evidente que la inundación se produjo por infiltración de aguas provenientes del tanque subterráneo, que se repite estaba en mal estado.

"En consecuencia y de acuerdo con los artículos 2341 y 2351 del Código Civil, surge la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados, y es al demandado a quien le incumbe probar la inexistencia del hecho alegado por el demandante.

"El demandado no presentó prueba alguna tendiente a descargarse de la responsabilidad ni demostró el caso fortuito de fuerza mayor o intervención de elemento extraño, que de acuerdo con lo anterior, debe acreditar para exonerarse de responsabilidades.

"Tampoco está demostrada la culpa concurrente del actor, en primer lugar porque al respecto no se adujo elemento probatorio alguno y en segundo porque de acuerdo con las declaraciones testimoniales y lo observado en la diligencia de inspección ocular el actor levantó el edificio de los depósitos de "El Tiempo" con todas las condiciones de la técnica.

"Como son infundadas las excepciones propuestas por el demandado, debe despacharse favorablemente las súplicas de la demanda".

Al demandado se le concedió el recurso de casación que hoy se procede a decidir.

El recurrente no invoca expresamente causal alguna de casación, pero atendiendo a la índole de las acusaciones que formula se comprende que ha querido implícitamente aducir el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial.

En el capítulo segundo de la demanda titulado "**Violación del Artículo 2341** del C. C." dice el recurrente que el sentenciador "olvidó factores muy importantes que están respaldados en probanzas del expediente y quebrantó por esa razón de manera directa e indirecta el referido texto legal y apreció erróneamente aquellas probanzas"; que como se anotó en la contestación de la demanda, el actor construyó el edificio para máquinas y depósitos de papel para "El Tiempo" en el año de 1947, es decir, diez años después de construídos el garage y el tanque subterráneo que se dice causante de los daños, y conociendo la existencia de dichos garage y tanque; que aunque el Tribunal afirma que la construcción del demandante fue hecha en forma perfecta impermeabilizándola, "está demostrado que no fue así, precisamente porque el agua pasó hasta los depósitos de "El Tiempo"; que tampoco está probada la culpa del demandado, "porque el daño ocurrió debido a que los rollos de papel fueron colocados sin técnica a todo lo largo de la pared divisoria, sin dejar corredor o paso alguno"; que "todo esto en el hecho y en el derecho significa la existencia de lo que los juristas llaman, "culpa concurrente"; que "el perito nombrado por el demandado hizo notar que el piso de los depósitos de "El Tiempo" está cincuenta y cinco centímetros más abajo con relación al piso de los garages del señor Cubillos, circunstancia que ha debido tenerse en cuenta pues no bastaba impermeabilizar los cimientos en el sentido horizontal sino también en sentido vertical. Tampoco se hicieron drenajes y no se levantaron obras de ninguna clase para impedir infiltraciones de agua. Afirmó también el perito que no hubo técnica alguna en la colocación de los rollos de papel y que había infiltraciones de agua. Todo esto conduce a demostrar que no ha existido la culpa de que habla el Tribunal y que por tanto se ha quebrantado lo dispuesto en el artículo 2341 del C. C., y se han interpretado erróneamente las pruebas del proceso".

Se considera:

El cargo adolece de tan notorias y graves deficiencias de técnica que lo hacen ineficaz.

En efecto, el artículo 2341 del Código Civil, que impone la obligación de indemnizar a quien ha cometido la culpa que ha inferido daño a otro, no

pudo haber sido quebrantado por el sentenciador en forma directa, por cuanto que éste lo aplicó sobre la base de que en el proceso está demostrado que el demandado incurrió en culpa y que causó el daño cuya indemnización reclama el actor. Entonces su quebranto sólo puede provenir de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a la culpa, el daño y la relación de causalidad entre ésta y aquélla.

Mas cuando la violación de la ley surge de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario —como lo manda expresamente el numeral 1° del artículo 520 del C. J., y lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte— "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" y citando concretamente las pruebas que se estimen mal apreciadas.

Entonces, no le bastaba al recurrente afirmar que "tampoco está probada la culpa por parte de don Ernesto Cubillos", porque como el Tribunal la dedujo del examen concreto que hizo de la prueba testimonial, de la inspección ocular y del dictamen pericial traídos al proceso, el acusador tenía el deber —que no cumplió— de citar esas pruebas, examinarlas y demostrar que en su apreciación se incurrió en error de hecho evidente o en error de derecho.

Además, el cargo se encamina a sostener que en el caso de autos existió "culpa recurrente", por lo cual la disposición que podría —dado el supuesto que alega el recurrente— resultar violada por falta de aplicación, sería el artículo 2357 y no el 2341 ibidem, y aquél no aparece citado en parte alguna de la acusación.

Ni tampoco aquí puede hablarse de concurrencia de culpas, aunque el actor hubiera conocido al construír su edificio la existencia del garage y del tanque subterráneo en la propiedad vecina del demandado y no hubiera impermeabilizado las paredes del edificio, porque aquél al construír con las previsiones comunes de la técnica —como el Tribunal admite que está demostrado— usó legítimamente de su derecho de propietario, y porque el demandado era quien tenía el deber de emplear todas las precauciones para no causar daño con su actividad en la propiedad vecina del demandante, y es evidente que no empleó tales precauciones desde luego que está demostrado hasta la saciedad que el tanque de agua estaba averiado en el fondo y agrietado en sus paredes y que no le hizo las reparaciones del caso.

No prospera el cargo.

En el capítulo tercero de la demanda de casación alega el recurrente que el Tribunal funda su fallo en el artículo 2351 del C. C., el que quebrantó por aplicación indebida, desde luego que la cuestión planteada en el pleito es distinta de la que dicha norma prevé.

Estima la Sala que en verdad el Tribunal aplicó indebidamente la citada disposición al caso de la presente controversia, pues ella gobierna una situación diversa de la que aquí se ha propuesto; mas esa infracción no conduce más que a una rectificación de carácter doctrinario y no dá lugar a la casación del fallo, por cuanto que él se funda también en lo estatuído en el artículo 2341 del C. C., y éste no ha sido quebrantado en forma alguna.

No prospera el cargo.

En el capítulo cuarto de la demanda sostiene, en resumen, el recurrente que en autos consta que los honorarios de los peritos que intervinieron en el experticio practicado en el juicio, no fueron cubiertos en su integridad, por lo cual el dictamen no podía estimarse como prueba, de conformidad con lo estatuído en el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, el que por lo mismo resultó quebrantado por el sentenciador al otorgarle a aquél un carácter de plena prueba que en verdad no tiene.

Se considera:

La disposición que en el cargo se cita como quebrantada es meramente adjetiva, en cuanto se refiere al valor de la prueba del dictamen pericial, y su quebranto —de haber ocurrido— no puede determinar la prosperidad del recurso de casación, pues sabido es —como lo tiene dicho y repetido uniforme y constantemente la jurisprudencia

de la Corte que el motivo de casación previsto en el numeral primero del artículo 520 del C. J., es precisamente el de violación de ley sustantiva.

No se admite el cargo.

Por lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia,** Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de seis (6) de abril de mil novecientos cincuenta y uno (1951), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente a la oficina de su procedencia.

Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique.— Hernando Lizarralde, Secretario.

NATURALEZA JURIDICA DE LA TRANSFERENCIA BANCARIA

La transferencia bancaria podría definirse diciendo que consiste en el acto ejecutado por un banquero que debita la cuenta de un cliente con cierta cantidad de dinero, para acreditarla inmediatamente a la cuenta de otro cliente. Es indispensable que ambos clientes tengan su cuenta en el mismo banco, para el normal funcionamiento del mecanismo de la operación. Con todo, la operación es posible, como se comprende, entre dos o más cuentas de una misma o varias personas. Se ejecuta bajo la orden de un cliente y ella es, en principio, indiferente para el banco: basta con que el ordenador tenga saldo suficiente en su cuenta, no hay cambio de acreedor; ocurre lo mismo que hubiera pasado si el ordenador retirara del banco cierta cantidad de dinero y luégo la consignara directamente en la otra cuenta, llevada por el mismo banco. Por cuanto la transferencia bancaria evita el desembolso de dinero efectivo, se ve cuánta sea su utilidad y, desde este punto de vista, aventaja al cheque, porque el portador de éste puede exigir el pago, mientras que el acreedor beneficiado con la transferencia deja en su cuenta la suma abonada.

Hay transferencias simples y complejas: las primeras tienen lugar cuando un mismo banquero maneja las dos cuentas en que se asientan el débito y el crédito; las segundas cuando las cuentas se llevan por distintos banqueros, y todavía más cuando se trata de un reglamento colectivo de banqueros, como en las cámaras de compensación (clearing hoyses). Conforme a la práctica bancaria habrá de decidirse en cada caso si las sucursales o agencias de un mismo establecimiento, situadas en lugares diferentes, ya sea dentro de una misma ciudad, o en ciudades distintas, permiten tener tales dependencias como extremos diferenciados o unificados de las transferencias; pero las responsabilidades del banquero son siempre las mismas, bien se trate de dependencias de la misma institución o establecimiento bancario dentro de la misma ciudad o en ciudades distintas. Dejando de lado los casos complejos, bastará detenerse a examinar las transferencias ejecutadas por un solo banquero, comprendido el supuesto de las sucursales dependientes del mismo, aunque la técnica pueda introducir y observar prácticas variadas que no alcanzan a modificar la responsabilidad jurídica unificada.

La transferencia contable es, pues, una operación bancaria que se realiza por medio de inscripciones materiales hechas en las cuentas llevadas por el banquero. Lo que constituye esencialmente la transferencia es el doble asiento contable. La operación hace recordar la TRANSCRIPTIO A PERSONA AD PERSONAM, del antiguo contrato LITTERIS del derecho romano. El formalismo es diferente en derecho moderno, pero la idea en el fondo queda la misma: se requiere una operación material para alcanzar efectos jurídicos. Por lo demás, la práctica bancaria inventó desde hace mucho tiempo las transferencias o traspasos, a que se refieren los ordinales 3º y 10, en su orden, de los artículos 85 de la Ley 45 de 1923 y 10 de la Ley 57 de 1931.

Los traspasos o transferencias llegaron a tener su gran desarrollo actual, gracias a la multiplicidad y regularidad de las cuentas, pero las funciones del banquero siguen siendo iguales, pues consisten en efectuar la operación mecánica, de la cual depende que la voluntad de los interesados produzca efectos.

Se distinguen la ORDEN DE TRASPASO y el TRASPASO MISMO, llamado también transferencia, como se ha visto. Aquélla es un título bancario; el banco puede girar por virtud de cualquier orden escrita, por ejemplo la de una carta misiva, pero ordinariamente se utilizan órdenes especiales en formularios impresos. El título es negociable (efecto de comercio) y le confiere al portador derecho de propiedad sobre la provisión. Se parece al cheque en sus efectos. La orden de traspaso no hace sino preparar la operación de transferencia; pues mientras el banco no la haya cumplido, la persona a cuya cuenta debe acreditarse tampoco ha re-

cibido el pago. Pero por ello la orden no deja de ser, como ya se dijo, un título cuya emisión produce efectos jurídicos, porque el ordenador se constituye deudor de la cantidad expresada en la orden.

El banquero no puede negarse a cumplir una orden de traspaso dada por un cliente suyo cuya cuenta disponga de fondos suficientes, de la misma manera como tampoco puede negarse al retiro de los mismos, y es responsable por cualquier retardo en la operación. No tiene por qué averiguar cuál sea la causa jurídica de la orden. La operación es legalmente abstracta; pero tiene su causa, como es natural: un pago, un préstamo, etc. Como el banquero la desconoce, la validez del traspaso no depende del negocio jurídico ejecutado mediante ella. No hace falta, por tanto, averiguar si quien da la orden es persona plenamente capaz para el acto o contrato que la motiva. Pero si el acto causal resultare nulo, el ordenador sólo tendrá un crédito contra el beneficiario del traspaso o transferencia, pues aquella nulidad no impide que el beneficiario se haga dueño de la cantidad girada y abonada en su cuenta.

Los juristas han creído ver en la transferencia bancaria una especie de DELEGACION, como también lo sugieren respecto de la letra de cambio. El ordenador (delegante) invita al banquero (delegado), a pagar al beneficiario del giro (delegatario). Esta delegación que sería perfecta, pertenecería a la clase de la novación, a diferencia de la que resulta cuando se emite una letra de cambio; porque allá el delegante se descarga, mediante el giro bancario, de su obligación para con el delegatario. El beneficiario que acepta el pago por traspaso, consiente en la delegación y, por lo mismo, deja libre a su deudor. Este análisis que intenta explicar por las reglas del derecho civil los mecanismos técnicos del derecho mercantil, no parece exacto: en la delegación, el delegado desempeña un papel activo, se obliga para con el delegatario; mientras que el banquero no la asume determinadamente, pues se limita a pasar el crédito a nombre de la persona designada. Con todo, respecto del beneficiario, aquél está obligado a efectuar la inscripción en el haber de su cuenta. El giro se descompone en dos operaciones: la segunda es una consecuencia de la primera, pero cada una de ellas se perfecciona por la concurrencia de dos sujetos, de tal modo que hay sucesión en lugar de unidad jurídica. La situación del beneficiario es la misma bien porque el banquero haya cumplido la transferencia mediante una orden reglamentaria hecha, bien porque la haya admitido en descubierto. Se advierte mejor la índole de la operación cuando se piensa en una transferencia ejecutada entre dos cuentas abiertas a la misma persona y el mismo banco, pero con garantías diferentes: no podría hablarse de pago, mucho menos de una delegación. Lo mismo sería si una persona tuviera cuenta en dos bancos diferentes y quisiera traspasar una cierta cantidad de la primera cuenta a la segunda, o viceversa; tampoco se podría sostener que allí hubiera pago o delegación. La operación tiene, pues, una fisonomía típicamente bancaria. El elemento de una cuenta penetra dentro de la otra y la teneduría de libros regula los derechos de los interesados. No se puede decir, por consiguiente, que la transferencia contable fuera un acto consensual; no: es una operación técnica bancaria, que radica en una doble inscripción.

Queda por examinar cuáles son las consecuencias del traspaso que se ha estado estudiando. En primer lugar, la persona que da la orden expresa simultáneamente su consentimiento al manifestar su voluntad para que se haga el giro. El banquero ha prestado la suya desde cuando consintió en la apertura de la cuenta. Resta el consentimiento del beneficiario; dicho consentimiento debe presumirse de dos hechos concurrentes: tener cuenta en el banco, y que se trate de operaciones corrientes que se cumplen de manera habitual mediante cheques o traspasos. Si un traspaso ha sido ejecutado erróneamente por el banquero, como si se abstuvo de verificar previamente el crédito del ordenador, queda, a pesar de todo, obligado para con el beneficiario desde que éste haya recibido su abono. Pero todo ello es cierto, con tal de que el beneficiario haya retirado la cantidad o aceptado la cuenta. Mientras tanto, la transferencia puede ser revocada. El banquero tiene obligación de proceder cuanto antes a practicarla y a dar aviso al beneficiario, quien puede rehusarla. Las relaciones jurídicas entre el ordena-

dor y el beneficiario quedan fuera de esta cuestión. Dependen de la causa del traspaso; pero éste sigue siendo una operación abstracta como la tradición de una suma de dinero.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Uldarico Ruenes contra El Banco de Bogotá.

Resultando:

El demandante, habiéndose propuesto comprar a los señores Gregorio Fajardo y Mariano Mejía, unos ganados que estaban para llegar, procedentes de la costa atlántica, concertó con el señor Carlos Castro Mosquera, gerente de la sociedad anónima "La Vuelta", en Honda, quien se dedicaba a esa clase de actividades, que probara la calidad de los ganados y, en siendo de los convenientes para el comprador, los recibiera y pagara por cuenta de éste. Para que Uldarico Ruenes proveyera de fondos a su encargado Castro Mosquera, fondos que tenía aquél en su cuenta corriente abierta en el Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, pidió a su amigo Wenceslao Morales que solicitara del Banco una transferencia sobre la sucursal del mismo en Honda, para situar allí y abonar a la cuenta corriente de Castro M. la cantidad de $ 11.500, más la de $ 5.247 destinada a otro pago en la cuenta de Gregorio Fajardo. Morales se acercó, pues, a las oficinas del citado Banco en Girardot, el 21 de octubre de 1936 y allí pidió la dicha transferencia mediante la consignación de aquellas cantidades, cuyo recibo hizo constar el Banco en un comprobante que expresa tales circunstancias junto con la causa de la consignación que dice "por cuenta de comisiones Honda" más el valor de lo pagado por el servicio: $ 10,46. Morales no dijo entonces que las transferencias eran de Uldarico Ruenes para Castro M. y el otro, pero el cheque de la consignación estaba girado por el primero, a favor del Banco, fuera de que Morales reveló luégo su calidad, habiendo seguido entendiéndose el Banco y Uldarico Ruenes, cuando sobrevinieron los reclamos que culminaron con largas controversias judiciales, de que hace parte el presente litigio.

La transferencia de los $ 5.247 para Gregorio Fajardo, no tuvo tropiezo de ninguna especie; pero la de $ 11.500 destinados a la cuenta corriente de Castro M. fue imposible cumplirla porque esa cuenta no existía. Había en cambio una ejecución que adelantaba el Banco contra el mismo Castro M. persecutoria del cumplimiento de unas obligaciones exigibles cuyo monto estaba pendiente contra éste, persona insolvente de hecho, pero no de derecho (artículo 2490 del C.C.). Al saber el Banco, el mismo día en que W. Morales solicitaba la transferencia, que Castro M. iba a recibir dinero, acudió con toda presteza a denunciarlo para el embargo, el que obtuvo sobre el humo. Comunicado que fue a Honda, la sucursal del Banco se apresuró a constituír un depósito a la orden de Castro M. y le envió el respectivo certificado con nota en que le pedía acuse de recibo e implícitamente aceptación, a todo lo cual se negó Castro M. Supo muy aprisa Uldarico Ruenes, la suerte que había corrido su dinero destinado al consabido pago que debía efectuar Castro M. y que a éste le habían embargado los $ 11.500. Ruenes pidió inmediatamente informes al Banco, quien le contestó sin reparo, que la transferencia no había podido llevarse a efecto sobre la cuenta corriente de Castro M. que no existía; pero que en su lugar se había constituído un depósito a la orden por igual suma, a cuya medida había apelado el Banco, viendo que Castro no tenía tal cuenta; buscando así que el dinero quedara a disposición de éste y, por tanto, embargado. Hecho el reclamo directo sin éxito, hubo de acudir Uldarico Ruenes a procurar, tras largo y dispendioso procedimiento, el desembargo de su dinero. En dichos trámites se produjeron las resoluciones favorables para el derecho de Ruenes: de 1941 en el Juzgado del Circuito de Girardot, y de 1942 en el Tribunal de Bogotá, sobre las cuales se volverá adelante. Es de notar que la transferencia se intentó en el mes de octubre del año de 1936, como arriba se dijo; y que el desembargo no vino a obtenerse hasta junio de 1942; está bien dicho, largo y dispendioso proceso.

Posteriormente decidió Ruenes demandar al Banco, mediante acción personal en juicio ordinario, para reclamar el resarcimiento de los perjuicios que alega se le causaron con ocasión del embargo, fundándose en responsabilidad contractual que pueda deducírsele al reo imputándole la inejecución de obligaciones emanadas de esa fuente y agregando que hubo dolo por parte del Banco al proceder, como procedió, en la denuncia de bienes y embargo cumplido. Señala el demandante como orígen de la obligación, un mandato mercantil que, sostiene, se celebró entre él y su demandado con motivo del traspaso que pidió so-

bre Honda de los $ 11.500. Comisión que —dice—, no cumplió el demandado, o mejor, frustró por dos motivos: no haberse atenido a que el objeto consistía en acreditar la suma del traspaso a favor de Castro M., lo cual era imposible, por no existir tal cuenta corriente aunque sí existía otra abierta a nombre de La Vuelta S.A., de que era gerente Castro M.) y haber subrogado, sin aprobación del comitente, el objeto del encargo, pasando la suma a depósito a la orden; a lo que se añade que, puesta así, la hizo embargar en el juicio ejecutivo que adelantaba el Banco para obtener el pago de obligaciones de dinero a cargo de Castro M. que estaban insolutas.

Cuando el Tribunal falló la articulación de desembargo, admitió que el Banco procedió con ligereza al denunciar el dinero consignado por Ruenes, y también que aquél faltó a sus obligaciones derivadas del mandato mercantil, pero juzgó que éste tenía por objeto la cuenta corriente regulada por el artículo 730 del código de comercio. Así se encuentra en el auto de 26 de junio de 1942, cuya parte resolutiva declara indebido el embargo y decreta su terminación sobre la cantidad de los $ 11.500 "que remitió el doctor Uldarico Ruenes por conducto de su recomendado Wenceslao Morales al señor Carlos Castro Mosquera en Honda, mediante comisión conferida al mismo Banco sucursal de Girardot".

Cerrada así aquella primera etapa de esta contención litigiosa, el nuevo libelo se introdujo al Juzgado 1º Civil del Circuito de Girardot el 18 de octubre de 1944, contra el Banco representado entonces por don Luis Camacho como gerente y por don Parmenio Tobón como subgerente. Admitida la demanda por auto del 19 de octubre de dicho año y corrida en traslado, la contestó el representante del reo en escrito del 7 de noviembre, oponiéndose, negando la mayor parte de los noventa y cinco capítulos de los hechos, pero sin proponer excepciones ni objetar la personería del actor.

Tramitada, pues, la primera instancia, el Juzgado despachó sentencia el 11 de abril de 1946 en que absuelve al demandado.

Apeló el demandante, subieron los autos al Tribunal Superior y concluyó la segunda instancia con la sentencia del 7 de julio de 1948, confirmatoria de la apelada.

Contra ella recurrió en casación ante la Corte el apoderado del actor quien oportunamente fundamentó el recurso como sigue. Se invoca la causal primera alegando que hubo violación indirecta de ley sustantiva, porque, según el recurrente, el Tribunal de Bogotá no apreció, sino que pasó en silencio, las pruebas relativas al juicio ejecutivo del Banco contra Castro M., dentro del cual obtuvo aquél que se embargara como de propiedad del segundo la cantidad de los $ 11.500 del giro adquirido en Girardot por cuenta del demandante Uldarico Ruenes, para la del señor Castro M. en la sucursal del Banco de Honda.

Dice el recurrente "... por haber embargado los fondos que le habían sido entregados al Banco para remitir al destinatario, en Honda, dejó de cumplir la comisión, porque se puso, por su hecho, en imposibilidad de ejecutarla. Y el cargo consiste en haber incurrido en error de hecho por no haber estimado las pruebas relativas al embargo subsidiariamente, en error de derecho al negar, a dichas pruebas mérito para acreditar el incumplimiento del comisionista".

La sentencia acusada sostiene que, conforme a las disposiciones del código de comercio, el comisionista deberá sujetarse estrictamente, en el desempeño de su comisión, a las instrucciones que hubiere recibido de su comitente, y que por ningún motivo o pretexto podrá alterar o modificar la sustancia de la comisión, ni subrogar el objeto de ella por equivalentes; pero que eso no significa que el comisionista no pueda alterar el modo de la ejecución, de lo que el comitente le hubiere encomendado, si con los medios de que se vale, para tal efecto, queda cumplida la voluntad del comitente y se obtiene el resultado que éste se propuso' Esa doctrina la deduce el Tribunal del artículo 373 del Código de Comercio y, aplicándolo al caso de autos, considera que por la propia confesión del demandante se halla probado de manera plena, que los señores Fajardo y Mejía, de Honda, negociaron con aquél unos ganados que estaban para llegar a dicha plaza, y que Ruenes convino con Fajardo y con Mejía en que los recibiera Castro Mosquera, si los ganados reunían los requisitos de la conveniencia del que se proponía comprarlos, el cual, para proveer de fondos a su comisionado Castro Mosquera, hizo comprar la transferencia por $ 11.500 al Banco de Bogotá en Girardot, a fin de situarlos en la cuenta corriente del mencionado Castro Mosquera en Honda. El doctor Ruenes se valió del señor Wenceslao Morales para adquirir la mencionada transferencia. Que, como no aparece dato en el proceso de que el Banco hubiera recibido aviso para variar la transferencia, haciéndola para la sociedad La Vuelta S. A., de la cual era gerente Castro Mosquera, en lugar de hacerla en favor personal de éste, hay que reconocer que el Ban-

co comisionista aceptó bien la comisión consistente en abonar a la cuenta personal de Castro Mosquera los $ 11.500 de la transferencia comprada por Morales. Que, para la época en que se hizo el giro a Castro Mosquera, la intención conocida del comitente Ruenes era la de situar los fondos en poder del destinatario; luego es lógico deducir, en concepto del Tribunal, que el Banco cumplió cabalmente con las obligaciones de la comisión confiada por Ruenes, colocando el dinero en depósito a la orden del destinatario Castro Mosquera, quedando éste facultado para retirarlo en cualquier momento: resultado que se obtuvo, según la sentencia, por el procedimiento de ejecución empleado por el Banco, sin alterar la sustancia misma del encargo y, por lo mismo, el Banco no es responsable de falta de cumplimiento de la obligación que tomó a su cargo.

Hace el recurrente una disertación sobre el mandato en general, sobre la comisión mercantil y sobre la que se contempló en el proceso, para concluír con que se infringieron las disposiciones de la ley sustantiva que regulan tales actos, por no haber tomado en cuenta el Tribunal, que el Banco pidió y obtuvo un embargo sobre la transferencia de que se trata, embargo que, en sentir del recurrente, frustró los efectos de la comisión, faltando así a lo dispuesto por los artículos 2155 del código civil relacionado con el 1604; a lo dispuesto por el 2160 del mismo y por el 372 en armonía con el 370 del código de comercio. Cita también, como violados indirectamente, los artículos 2170 del C.C.; 353 y 354 del Código de Comercio y otros textos sobre el régimen de las obligaciones.

Se considera:

Cuando se tramitó la etapa anterior de esta controversia, el Tribunal de Bogotá (sala unitaria), para decretar la confirmación del desembargo de los $ 11.500 a favor del demandante Ruenes y en contra del Banco, defendió tesis legales distintas de las que adoptó después en la sentencia del juicio ordinario encaminado a ventilar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el mismo Banco, por causa de aquel embargo y en relación con las demás obligaciones a su cargo.

En efecto: indirectamente, por confirmación de la respectiva providencia de primer grado, y directamente al sustentarla con nuevas razones, el Tribunal de Bogotá sostuvo en 1942 apreciaciones distintas a las que se contienen en el fallo acusado. El Juez de Girardot, al decretar el desembargo en auto del 14 de octubre de 1941, afirmó que ese embargo se había hecho indebidamente por el Banco, que éste procedió con ligereza al pedirlo, que fue injusto y que se causaron trastornos en los negocios del doctor Ruenes. Por su parte el Tribunal, cuando revisó dicho auto, lo sostuvo. Síguese de ahí que aquél encontró acertadas tales apreciaciones, o lo que es lo mismo, que coincidió con el Juzgado al tener al Banco por ejecutante injusto; que procedió contra los bienes del doctor Uldarico Ruenes, buscando hacer efectivas sobre ellos, obligaciones a cargo de Castro Mosquera, cuando el primero era extraño a estas relaciones. Lo anotado, si se atiende a las consecuencias del embargo injusto. Refiriéndose a las relaciones de Ruenes con el Banco, que se derivan de la transferencia, en auto de revista del 26 de junio de 1942, se dijo:

(El Tribunal) "De otro lado se observa que el artículo 338 (del código de comercio) declara que la comisión se perfecciona y extingue por los mismos modos que el mandato civil, y acerca de la naturaleza y alcance de la que se perfeccionó entre el doctor Uldarico Ruenes y el Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, no hay lugar a dudas de ninguna clase: ella consistía en llevar a la cuenta corriente bancaria del señor Castro Mosquera, en la sucursal del mismo Banco en Honda, el valor del giro contenido en el cheque que libró Ruenes contra su propia cuenta corriente de la sucursal de Girardot. La sucursal de Honda no pudo cumplir la comisión aceptada por la de Girardot, porque el señor Castro Mosquera no tenía cuenta corriente bancaria en ella, y porque se negó a aceptar el giro en esa forma. Entonces, el artículo 372 del código de comercio declara que 'por ningún pretexto podrá el comisionista alterar o modificar la sustancia de la comisión, ni subrogar el objeto de ella por equivalentes'. Dicho en otras palabras, el Banco de Bogotá, sucursal de Honda, **no podía, como lo hizo, pasar el expresado giro a depósitos a la orden del señor Castro Mosquera** (se subraya) porque este contrato difiere sustancialmente del de cuenta corriente, objeto de la comisión. Ante el rechazo de Castro Mosquera, el camino legal para el Banco comisionado era el que indica el artículo 351 ibídem, a saber: 'el comisionista debe comunicar oportunamente al interesado todas las noticias relativas a la negociación de que estuviere encargado, que puedan inducir a su comitente a confirmar, reformar o modificar sus instrucciones', etc."

Está, pues, muy claro que el Tribunal en 1942

entendió que el Banco no podía pasar el giro hecho por Ruenes a la cuenta corriente de Castro M., por la sencilla razón de que tal cuenta no existía, y que tampoco estaba autorizado para constituír depósito a la orden, como lo hizo, y que Castro M. no aceptó. Sino que la obligación del Banco, en su calidad de comisionista, era atenerse al artículo 351 del código de comercio.

También resulta evidente ahora que, en la sentencia de 7 de julio de 1948, acusada en casación, el Tribunal opina lo contrario, porque afirma: "Ante la imposibilidad en que estaba el Banco de colocar el dinero en la cuenta corriente, el comitente (sic) cambió el modo de ejecución, constituyendo un depósito a la orden del destinatario, sin alterar la sustancia de la comisión; por lo tanto, es inaceptable la afirmación de que el Banco violó el contrato de comisión celebrado con Uldarico Ruenes, por intermedio de Wenceslao Morales. No habiéndose alterado o modificado el objeto, o la sustancia misma de la comisión, hay que aceptar que el Banco cumplió al poner en depósito a la orden del destinatario el dinero valor de la transferencia".

Se ve —por lo leído y comparado—, cómo es necesario en ejercicio de la misión asignada a la Corte, de unificar la jurisprudencia, precisar el sentido y alcance de los preceptos de la ley sustantiva, desentrañando del caso complejo sometido a su consideración, cuáles sean las normas aplicables; para cuyo remedio vale repetir que, al tiempo de decretar el desembargo, el Tribunal admitió que al Banco le eran imputables: ligereza al proceder con la denuncia del dinero e incumplimiento de la obligación contraída para con Uldarico Ruenes. Aunque juzgó que se trataba de la cuenta corriente tal como lo define el artículo 730 del C. de Co. Pero en la sentencia acusada, el propio Tribunal (aunque distinta sala) encuentra correcto el proceder del Banco; pues considera que en el contrato de comisión éste la cumplió, sin alterar su objeto sustancial, porque se limitó a variar el modo de la ejecución, interpretando las intenciones del comitente. Respecto del embargo nada dice. No obstante y por ser la sentencia absolutoria, según lo tiene definido la doctrina de la Corte, hubo pronunciamiento acerca de esa pretensión oportunamente deducida por el actor (2ª causal); pero existe el remedio de acusar por la primera causal, como se ha hecho, alegando violación indirecta fundada en errores evidentes de hecho, por no haber apreciado las pruebas relativas al embargo y al desembargo, de que se ha tratado.

Las relaciones de W. Morales, U. Ruenes y el Banco.

Para despejar el camino y avanzar sobre terreno firme, debe considerarse primero, que tanto las partes como la sentencia acusada, admiten que entre el señor Wenceslao Morales y el Banco de Bogotá, nada hay pendiente; porque el primero obró en calidad de mero intermediario o de simple instrumento, al solicitar la transferencia y pagarla con un cheque de la cuenta corriente de Uldarico Ruenes, girado contra éste en el Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, y a favor del mismo, cuyo importe hasta $ 11.500 era el destinado para la remesa a Honda y abono en la cuenta de Castro Mosquera como beneficiario.

La cuestión, con todo, reviste escasa importancia porque, si bien es cierto que el opositor en casación alega que el Banco ignoraba que la transferencia fuera por cuenta de Ruenes, tampoco ha desconocido que el interesado en ella sea este mismo. Así lo confirman, entre otras circunstancias probadas, la de que el cheque entregado por Morales al Banco, en el acto de pedir la transferencia, fuera contra la cuenta corriente de Uldarico Ruenes en el Banco de Bogotá en Girardot, girado a favor de éste directamente, y no de Morales, quien no lo negoció. Y luego la contestación del telegrama del 30 de octubre de 1936, en donde el Banco no vaciló al tener como interesado a Ruenes dándole las explicaciones e informaciones que éste pedía. A lo cual pudiera también agregarse, aplicando por analogía el criterio del código civil, en materia de cesión de créditos (artículos 1960 y 1962), que implica aceptación tácita de la cesión, por el deudor, la litis contestación con el cesionario; pues ya se vio que el Banco se abstuvo de proponer excepciones por este aspecto, al responder a la demanda.

Conviene precisar ahora la naturaleza y los efectos de las relaciones jurídicas entre las personas que han figurado en el pleito y, para ello, podrían formarse tres agrupaciones que son:

a) Entre Carlos Castro Mosquera y el Banco de Bogotá por concepto de las obligaciones insolutas que éste perseguía ejecutar judicialmente contra aquél, a las cuales era completamente extraño el doctor Uldarico Ruenes, cuyo dinero fue embargado en ese juicio ejecutivo;

b) Entre Uldarico Ruenes y el Banco de Bogotá, por concepto de la transferencia solicitada el 21 de octubre de 1936 en Girardot, habiendo intervenido fugazmente el señor Wenceslao Morales en las condiciones ya examinadas, y para que

el dinero se remitiera a Honda donde estaba la otra sucursal del Banco, y

c) Entre las mismas partes —Ruenes y el Banco—, por concepto del embargo que éste solicitó y obtuvo, sobre el dinero que se pudo identificar como de propiedad de Ruenes, librándose así de la traba ejecutiva referente al primer grupo (a).

Precisado así el ciclo dentro del cual se mueven los intereses en conflicto, el orden lógico invita a estudiar primero lo relativo al fenómeno llamado TRANSFERENCIA BANCARIA, cuyo mecanismo y naturaleza aporta no pocas luces a la solución del problema.

La Transferencia Bancaria: Mecanismo y Naturaleza Jurídica.

Los bancos modernos, valiéndose de los contratos del derecho civil, tales como el depósito, la prenda, el préstamo y otros, no menos que de los regulados por el derecho mercantil, como la comisión, la agencia de cambio y el cambio mismo, han podido hallar nuevos instrumentos técnicos para el desarrollo de sus operaciones las cuales cumplen, y deben cumplir, con un alto sentido de servicio público y con estricta observancia de las normas propias de la ética comercial y bancaria, absteniéndose de toda violación de la incompatibilidad de intereses, entre los suyos y los de su clientela, guardando completa lealtad y atendiendo a que esta virtud, junto con la seguridad y la rapidez, constituyen las columnas fundamentales del comercio.

Indudablemente la técnica bancaria implica una cierta deformación plástica de tales contratos, no en el sentido de una determinada manera de cumplir con las obligaciones, sino más bien combinando el principio de la libertad contractual, el del servicio público que prestan bajo la vigilancia del Estado, y un conveniente juego de las cuentas y los títulos bancarios.

La cuenta bancaria se destina normalmente a registrar operaciones jurídicas, a través de asientos contables, expresando sus resultados por medio de cifras. Los banqueros llevan sus cuentas lo mismo que todos los comerciantes, aunque puedan diferenciarse por múltiples detalles técnicos que no hace al caso analizar ahora. Pero lo más interesante es el acuerdo general con la clientela, para que las operaciones se regulen mediante su inscripción contable. Ese acuerdo, al recaer sobre la manera de ejecutar las operaciones jurídicas, produce por sí mismo efectos jurídicos. La existencia de la cuenta modifica los procedimientos reglamentarios y de ejecución. Por tanto, la cuenta se convierte en un instrumento para cumplir operaciones que, de otro modo, no sería tan fácil obtener por los procesos ordinarios.

De otro lado, las operaciones bancarias también se facilitan por medio de títulos. El título bancario representa un crédito, a diferencia de los recibos, extractos de cuentas o libretas, que son medios de prueba y no títulos propiamente dichos. Estos se emiten por lo general en el banco, y a veces por el mismo cliente. Mas lo característico de un título bancario es el tener valor jurídico por sí mismo, sin consideración a su causa. En primer lugar puede citarse el billete de banco, pero hoy ya se le tiene como moneda legal. Sigue el cheque, instrumento negociable cuyo estudio se comprende dentro del régimen de la letra de cambio, con la cual presenta, sin embargo, algunas variantes notables. Entre los demás títulos bancarios pueden citarse: los bonos de depósito a término fijo, o a la orden, las cartas de crédito, las órdenes de giro y muchos de los llamados por el código de comercio "efectos de comercio" (artículos 92 y 94).

La posibilidad de efectuar pagos mediante cuentas y títulos, ha venido a restringir el uso de la moneda, aún de la puramente fiduciaria. Los títulos y cuentas establecidos por los bancos constituyen una clase de moneda que los economistas designan con el nombre de **moneda escripturaria** que representa, según algunos, una nueva etapa en el proceso de la desmaterialización de la moneda. Puede llegar a convertirse, por sí misma, en moneda fiduciaria, si los bancos aumentan considerablemente las aperturas de crédito, dando así a sus clintes los medios para pagar por cheques y transferencias o giros.

Todas las operaciones de los bancos con su clientela tienen por objeto un crédito o una deuda de sumas de dinero. Los bancos hacen sus asientos **en caja** o **en cuenta.** Las inscripciones de los créditos y de las deudas en las cuentas llevadas por el mismo banquero, facilitan la compensación entre los diversos elementos. Los clientes son acreedores o deudores del banco. La apertura de una cuenta ejerce su influjo sobre las relaciones jurídicas de las partes. Tales cuentas suelen abrirse de preferencia a los comerciantes que mueven diariamente grandes cantidades de dinero, pero también se conceden a la clientela civil, como la de los profesionales y rentistas.

Importa ahora analizar más detenidamente lo que es una transferencia bancaria, la cual podría

definirse diciendo que consiste en el acto ejecutado por un banquero que debita la cuenta de un cliente con cierta cantidad de dinero para acreditarla inmediatamente a la cuenta de otro cliente. Es indispensable que ambos clientes tengan su cuenta en el mismo banco, para el normal funcionamiento del mecanismo de la operación. Con todo, la operación es posible, como se comprende, entre dos o más cuentas de una misma o de varias personas. Se ejecuta bajo la orden de un cliente y ella es, en principio, indiferente para el banco: basta con que el ordenador tenga saldo suficiente en su cuenta, no hay cambio de acreedor; ocurre lo mismo que hubiera pasado si el ordenador retirara del banco cierta cantidad de dinero y luego la consignara directamente en la otra cuenta, llevada por el mismo banco. Por cuanto la transferencia bancaria evita el desembolso de dinero efectivo, se ve cuánta sea su utilidad y, desde este punto de vista, aventaja al cheque porque el portador de éste puede exigir el pago, mientras que el acreedor beneficiado con la transferencia deja en su cuenta la suma abonada.

Hay transferencias simples y complejas: las primeras tienen lugar cuando un mismo banquero maneja las dos cuentas en que se asientan el débito y el crédito; las segundas cuando las cuentas se llevan por distintos banqueros, y todavía más cuando se trata de un reglamento colectivo de banqueros, como en las cámaras de compensación (clearing hoyses). Conforme a la práctica bancaria habrá de decidirse en cada caso si las sucursales o agencias de un mismo establecimiento, situadas en lugares diferentes, ya sea dentro de una misma ciudad, o en ciudades distintas, permiten tener tales dependencias como extremos diferenciados o unificados de las transferencias; pero las responsabilidades del banquero son siempre las mismas, bien se trate de dependencias de la misma institución o establecimiento bancario dentro de la misma ciudad o en ciudades distintas. Dejando de lado los casos complejos, bastará detenerse a examinar las transferencias ejecutadas por un solo banquero, comprendido el supuesto de las sucursales dependientes del mismo, aunque la técnica pueda introducir y observar prácticas variadas que no alcanzan a modificar la responsabilidad jurídica unificada.

La transferencia contable es, pues, una operación bancaria que se realiza por medio de inscripciones materiales hechas en las cuentas llevadas por el banquero. Este actúa en virtud de la orden que recibe. Lo que constituye esencialmente la transferencia es el doble asiento contable. La operación hace recordar la **transcriptio a persona ad personam,** del antiguo contrato **litteris** del derecho romano. El formalismo es diferente en derecho moderno, pero la idea en el fondo queda la misma: se requiere una operación material para alcanzar efectos jurídicos. Por lo demás, la práctica bancaria inventó desde hace mucho tiempo las transferencias o traspasos, a que se refieren los ordinales 3º y 10, en su orden, de los artículos 85 de la Ley 45 de 1923 y 10 de la Ley 57 de 1931: "Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con esta ley, tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes: —3º Cobrar deudas y hacer pagos y TRASPASOS". — Los traspasos o transferencias llegaron a tener su gran desarrollo actual gracias a la multiplicidad y regularidad de las cuentas, pero las funciones del banquero siguen siendo iguales, pues consisten en efectuar la operación mecánica, de la cual depende que la voluntad de los interesados produzca efectos.

Se distinguen la **orden de traspaso** y el **traspaso mismo,** llamado también transferencia, como se ha visto. Aquélla es un título bancario; el banco puede girar por virtud de cualquier orden escrita, por ejemplo, la de una carta misiva, pero ordinariamente se utilizan órdenes especiales en formularios impresos. El título es negociable (efecto de comercio) y le confiere al portador derecho de propiedad sobre la provisión. Se parece al cheque en sus efectos. La orden de traspaso no hace sino preparar la operación de transferencia; pues mientras el banco no la haya cumplido, la persona a cuya cuenta debe acreditarse tampoco ha recibido el pago. Pero por ello la orden no deja de ser, como ya se dijo, un título cuya emisión produce efectos jurídicos, porque el ordenador se constituye deudor de la cantidad expresada en la orden.

El banquero no puede negarse a cumplir una orden de traspaso dada por un cliente suyo cuya cuenta disponga de fondos suficientes, de la misma manera como tampoco puede negarse al retiro de los mismos, y es responsable por cualquier retardo en la operación. No tiene por qué averiguar cuál sea la causa jurídica de la orden. La operación es legalmente abstracta; pero tiene su causa, como es natural: un pago, un préstamo, etc. Como el banquero la desconoce, la validez del traspaso no depende de la validez del negocio jurídico ejecutado mediante ella. No hace falta, por tanto, averiguar si quien da la orden es persona plenamente capaz para el acto o con-

trato que la motiva. Pero si el acto causal resultare nulo, el ordenador sólo tendrá un crédito contra el beneficiario del traspaso o transferencia, pues aquella nulidad no impide que el beneficiario se haga dueño de la cantidad girada y abonada en su cuenta.

Los juristas han creído ver en la transferencia bancaria una especie de **delegación,** como también lo sugieren respecto de la letra de cambio. El ordenador (delegante) invita al banquero —delegado—, a pagar al beneficiario del giro —delegatario—. Esta delegación que sería perfecta, pertenecería a la clase de la novación, a diferencia de la que resulta cuando se emite una letra de cambio; porque allá el delegante se descarga mediante el giro bancario, de su obligación para con el delegatario. El beneficiario que acepta el pago por traspaso, consiente en la delegación y, por lo mismo, deja libre a su deudor. Este análisis que intenta explicar por las reglas del derecho civil, los mecanismos técnicos del derecho mercantil, no parece exacto: en la delegación, el delegado desempeña un papel activo, se obliga para con el delegatario; mientras que el banquero no la asume determinadamente, pues se limita a pasar el crédito a nombre de la persona designada. Con todo, respecto del beneficiario, aquél está obligado a efectuar la inscripción en el haber de su cuenta, como si hubiera recibido los fondos en depósito del mismo beneficiario. La causa legal del crédito de éste, no es la orden de traspaso, sino la inscripción en el haber de su cuenta. El giro se descompone en dos operaciones: la segunda es una consecuencia de la primera, pero cada una de ellas se perfecciona por la concurrencia de dos sujetos, de tal modo que hay sucesión en lugar de unidad jurídica. La situación del beneficiario es la misma, bien porque el banquero haya cumplido la transferencia mediante una orden regularmente hecha, bien porque la haya admitido en descubierto. Se advierte mejor la índole de la operación cuando se piensa en una transferencia ejecutada entre dos cuentas abiertas a la misma persona y en el mismo banco, pero con garantías diferentes: no podría hablarse de pago, mucho menos de una delegación. Lo mismo sería si una persona tuviera cuenta en dos bancos diferentes y quisiera traspasar una cierta cantidad de la primera cuenta a la segunda, o viceversa; tampoco se podría sostener que allí hubiera pago o delegación. La operación tiene, pues, una fisonomía típicamente bancaria. El elemento de una cuenta penetra dentro de la otra y la teneduría de libros regula los derechos de los interesados. No se puede decir, por consiguiente, que la transferencia contable fuera un acto consensual; no: es una operación técnica bancaria que radica en una doble inscripción.

Queda por examinar cuáles sean las consecuencias del traspaso que se ha estado estudiando. En primer lugar, la persona que da la orden expresa simultáneamente su consentimiento al manifestar su voluntad para que se haga el giro. El banquero ha prestado la suya desde cuando consintió en la apertura de la cuenta. Resta el consentimiento del beneficiario; dicho consentimiento debe presumirse de dos hechos concurrentes: tener cuenta en el banco, y que se trate de operaciones corrientes que se cumplen de manera habitual mediante cheques o traspasos. Si un traspaso ha sido ejecutado erróneamente por el banquero, como si se abstuvo de verificar previamente el crédito del ordenador, queda, a pesar de todo, obligado para con el beneficiario desde que éste haya recibido su abono. Pero todo ello es cierto, con tal de que el beneficiario haya retirado la cantidad o aceptado la cuenta. Mientras tanto, la transferencia puede ser revocada. El banquero tiene obligación de proceder cuanto antes a practicarla y a dar aviso al beneficiario, quien puede rehusarla. Las relaciones jurídicas entre el ordenador y el beneficiario quedan fuéra de esta cuestión. De penden de la causa del traspaso; pero éste sigue siendo una operación abstracta como la tradición de una suma de dinero.

—¿En el caso de autos habría transferencia bancaria?

No es dudoso que en la operación intentada por el demandante Uldarico Ruenes, cuando pidió el giro de los $ 11.500 sobre Honda a favor de Castro Mosquera y cuando lo ordenó por medio del cheque entregado a W. Morales y que éste llevó al Banco en Girardot el 21 de octubre de 1936, el traspaso o transferencia bancaria no llegó a perfeccionarse. Esta aseveración se funda en cuanto ha quedado expuesto, que tiene el respaldo de una gran autoridad científica, la del profesor Georges Ripert, quien expone estas doctrinas en su moderno "Traité élémentaire de Droit Commercial" (Deuxiéme edition; París, 1951), obra que ha sido consultada en los números 1982 a 2069, págs. 766 a 796, passim.

Efectivamente; es condición fundamental e indispensable, para poder hablar de transferencia bancaria, la de que existan, por lo menos, dos cuentas corrientes bancarias: en este supuesto, la

de un ordenador y la de un beneficiario. Es así que el señor Carlos Castro Mosquera no tenía cuenta corriente, luego la transferencia o traspaso propiamente dichos no eran posibles. Para considerar simple y no compleja la operación proyectada, basta recordar lo que se anotó sobre las sucursales de una misma institución bancaria: por tener unidad de banquero no ocurre como cuando la transferencia o el traspaso se intenta entre dos banqueros o a través de una cámara de compensaciones. Aquí fue la misma institución bancaria la responsable y la que hubiera podido prestar el servicio normalmente entre sus dos sucursales: la de Girardot y la de Honda. No habiendo transferencia bancaria, el problema se desplaza hacia otras zonas jurídico-mercantiles, reguladas por el derecho común, pero en donde también se impone no perder de vista algunas diferencias existentes entre operaciones bancarias de índole peculiar y los contratos corrientes del Código de Comercio.

La cuenta corriente bancaria y el contrato de cuenta corriente

El Tribunal de Bogotá, en su providencia del 26 de junio de 1942 recordada arriba, consideró que era aplicable a una parte del problema, o sea al de las relaciones entre Uldarico Ruenes y el Banco demandado, en lo tocante al objeto de la comisión, el concepto de cuenta corriente como el de un contrato previsto y regulado por el título 9º del Libro II del Código de Comercio Terrestre y definido por el artículo 730 que encabeza dicho título. Tal contrato fue, según el Tribunal, el objeto de la comisión que, se supone, le confió Ruenes al Banco. Pues bien; ese concepto y doctrina están equivocados. La Corte dijo en sentencia de casación de fecha 9 de septiembre de 1929:

"Tres son los elementos o requisitos especiales exigidos por la ley para que haya cuenta corriente: 1º que las remesas de dinero o valores sean recíprocas entre los contratantes; 2º que esas remesas entren en propiedad del que las recibe, y 3º que en época fija y determinada se hagan las compensaciones y se deduzcan los saldos. Es, pues, esencial la posibilidad, en principio, de que uno u otro de los contratantes sea deudor o acreedor. No es cuenta corriente, según el Código de Comercio, aquella cuenta bancaria en la cual el banco hace un préstamo por suma determinada, quedando en depósito en el mismo banco, para retirarla por cheques parciales; ni menos es cuenta corriente aquella de depósitos a la orden. En ninguna de las dos hay posibilidades de que el Banco quede acreedor de la otra parte, salvo el caso de sobregiro, caso en el que podría iniciarse la cuenta corriente definida en el artículo 730 del Código de Comercio". (G. J. Tomo XXXVII, pág. 120).

Por tanto, no hay para qué hablar de cuenta corriente entre el Banco demandado y el demandante Uldarico Ruenes. Menos todavía entre aquél y Castro Mosquera. Porque la común denominación que se sigue aplicando al contrato del artículo 730 del C. de Co. y a la cuenta bancaria de depósitos a la orden y de giros por cheques, etc., no corresponde a común naturaleza jurídica.

¿Se trata de una comisión?

Sostiene el recurrente, lo admite la sentencia y, en parte, no discute el opositor, que entre Uldarico Ruenes y el Banco de Bogotá se celebró un contrato de comisión cuyo objeto era situar los fondos en cantidad de $ 11.500 que necesitaba el primero para pagar los ganados del negocio con Fajardo y Mejía en Honda, a través de otro comisionado, Carlos Castro Mosquera, quien debía recibirlos en dicha plaza, remesados desde Girardot, y pagarlos, a su turno, a los vendedores Fajardo y Mejía.

Desde luego las cuestiones relativas a la interpretación de los contratos, están sometidas a dos reglas que conviene recordar: la primera, que los tribunales sean soberanos para apreciar el punto como cuestión de hecho, y que tal apreciación no podría variarla la Corte, a menos de acusar la sentencia por tal motivo y de probarse que el tribunal desnaturalizó el contrato; la segunda regla es la de que "...constituye la esencia o naturaleza de un contrato, no la calificación que le den las partes, sino la que la ley le dá, de acuerdo con la voluntad de las mismas partes, claramente expresada".

Se pregunta entonces: ¿qué clase de contrato se ajustó realmente con ocasión del traspaso bancario solicitado por Ruenes en 1936 del Banco de Bogotá en Girardot, sobre Honda y para Castro Mosquera como presunto beneficiario?

Ya está aclarado que la operación, como transferencia bancaria, se frustró: porque Castro Mosquera no tenía cuenta corriente en el Banco de Bogotá; porque, no teniéndola, no pudo dar aquel

consentimiento que se presume cuando esa cuenta existe, y que es indispensable para que entrara a su patrimonio la cantidad del traspaso intentado, y, en fin, porque, aún siendo admisible el sistema del depósito a la orden a que apeló el Banco creyendo que así podría asegurar los efectos del traspaso, Castro Mosquera rehusó como beneficiario y, en consecuencia, el ordenador Ruenes no dejó de tener en sus bienes los $ 11.500 cuya pertenencia logró demostrar librando de este modo su dinero del embargo precipitado del Banco.

Dejando, pues, de lado definitivamente la consideración fundada en el traspaso, como operación típica bancaria, hay que acudir a otras normas, prescindiendo también de admitir que hubiera cuenta corriente de la clase definida por el artículo 730 del C. de Co., según creyó el Tribunal en 1942, porque —se repite— ese contrato difiere esencialmente del negocio que puede haber cuando se tiene la cuenta corriente bancaria, constituída por depósitos que se llevan a las cajas de un banco, pero que éste no hace suyos, sino que está obligado a mantener a la orden de su cliente, el cual puede mover los fondos libremente. En cuanto a las obligaciones y responsabilidades del banco, en razón de tales depósitos, son aplicables las doctrinas que la Corte sentó en casación del 29 de abril de 1941, que no hace falta reproducir ahora. (G. J. Tomo LI, págs. 233 y ss.).

Dice el recurrente: "El encargo que una persona hace a un banco de trasladar una suma de pesos, de una plaza a otra y entregarla a otra persona, es un mandato comercial, llamado especialmente comisión, porque versa sobre una operación mercantil determinada".

El concepto no es rigurosamente exacto y demanda un análisis breve para precisar la cuestión jurídica.

Dijo la Corte en sentencia de casación el 7 de mayo de 1924:

"Es obligación de hacer y no simplemente de pagar una suma de dinero la que contrae un banco consistente en transferir telegráficamente un giro a otro banco del exterior; su infracción se rige, en cuanto a la indemnización de perjuicios, por las reglas ordinarias y no únicamente por los artículos 1613 y 1617 del Código Civil. Pero si el demandante no prueba el daño emergente que alega como causa de la obligación, es decir, si no prueba el hecho de donde hace derivar el daño o perjuicio que alega, el fallo debe ser absolutorio en esa parte". (Jurisprudencia de Garavito, tomo III, número 2727).

Con la doctrina a la vista importa relacionar las que siguen.

En el pleito de José J. Hernández contra el Banco Alemán Antioqueño de Medellín, el demandado dirigió al demandante, con fecha 20 de octubre de 1919 una carta en la cual consta que el Banco debía entregarle al primero, al vencimiento de cierto plazo, uno o varios cheques sobre Alemania por valor de 60.000 marcos. La Corte observó: "...lo que realmente se celebró entre el Banco demandado y el demandante fue un **contrato de cambio** (se subraya ahora), para entrega futura de divisas extranjeras, de marcos, en fecha cierta, y si bien es evidente que Hernández cumplió con el pago, la obligación de la otra parte, o sea del Banco, dependía de que aquél percibiera el cheque o cheques contra Alemania, en la fecha estipulada, haciendo saber al Banco si exigía un solo cheque o varios y por cuánto cada uno en este último caso. Se celebró, repite la Corte, el contrato de cambio a que se refiere el artículo 746 del Código de Comercio, contrato regido no sólo por esa norma y por la expresada en el artículo 746 ibidem, sino gobernado por la voluntad de las partes expresada en la carta... Según el art. 746 citado, en el contrato de cambio una de las partes se obliga mediante un valor prometido o entregado a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención... El Tribunal interpretó como de compraventa el contrato.... interpretación que el recurrente demandante ataca en casación, sosteniendo que lo que se celebró fue un contrato de cambio. En esto está en lo cierto el recurrente, pero ni la apreciación del Tribunal ni el concepto del recurrente inciden en casación, porque para esto hubiera sido necesaria la demostración de que el Banco no cumplió con la obligación de entregar el cheque o cheques contra Alemania, demostración que no existe en autos". (Casación de 14 de abril de 1937, G. J., tomo XLV, número 1923, págs. 25 y ss.).

En el pleito de Elías Jorge contra el Banco de Bogotá, decidido en la sentencia de casación del 29 de octubre de 1945, la Corte dijo:

"Se trata en el presente litigio de una simple operación cambiaria realizada por un mandatario de nombre Severino & Feoli con la sucursal del Banco de Bogotá, de Barranquilla. El man-

datario o comisionista no expresó en un principio que la operación era por cuenta ajena (como en el problema de autos, W. Morales tampoco expresó que la operación era por cuenta ajena, es decir, de Uldarico Ruenes), realizada para el comitente Elías Jorge. Es decir, el contrato se celebró directamente entre el Banco y el comisionista indicado obrando éste en nombre propio. Luego en el curso del negocio (otro tanto ocurrió aquí en el problema de autos), el comisionista dio al Banco el nombre del comitente y el Banco lo aceptó como tal (aquí también, como se vio atrás y por los motivos expuestos), y continuó tratando con él los incidentes del contrato.

"El contrato de cambio es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención. **Pertenece a la clase de contratos de comisión** (se subraya ahora), que, a su turno, es una de las especies del mandato comercial. Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, acerca de la cantidad que debe ser pagada, el precio de ella, el lugar y la época del pago. Se ejecuta por medio de un documento de crédito llamado letra de cambio o por cheque, libranza, pagaré a domicilio o al despacho ordenado por cable, o por cualquier otro sistema de comunicación". (G. J. Tomo LIX, números 2025 a 2027, págs. 754 y ss.).

Entre los expositores que han procurado explicar el contrato de cambio como algo que no se confunde con la letra de cambio que, en la literatura jurídica moderna, eclipsa por completo a la convención de la cual nació, pero que acabó por revestir más importancia que su progenitora, se podría citar al francés A. Boistel, quien anota en su conocido "Manuel de Droit Commercial" (París, 1899):

"El fin esencial del contrato de cambio consiste en facilitarse o procurarse una cantidad de dinero en un lugar distante; de esta manera el valor prometido, o segunda cantidad estipulada, ha de consistir en dinero, y debe ser pagadera en lugar diferente de aquel en donde se celebró el contrato (como observación de orden general vale anotar que, tanto en Francia como en otros países y particularmente en los influídos por el sistema anglo-sajón de los instrumentos negociables, ese requisito del lugar diferente ha sufrido modificación; en Colombia, por ejemplo, el artículo 6º de la Ley 26 de 1922, lo levantó, de manera que las letras de cambio y aún los giros pueden referirse a un mismo lugar, de tal suerte que el **cambio** llamado **trayecticio** se mudó en el mismo sentido): aquello es lo que se designa con el nombre de remesas de dinero de una plaza a otra. Mucho se ha discutido si debía alinearse este contrato con el de venta, o con el de préstamo; también se le pueden encontrar analogías con la permutación, con el mandato y con la fianza. Nosotros creemos que es un contrato **sui generis,** porque su objeto o fin se aparta sustancialmente del de todos los demás, porque, v. gr., no se persigue con él, como con la venta, la adquisición de una cosa determinada, ni como en el préstamo, tener el goce de una cantidad durante un tiempo limitado. Es el de tener una suma de dinero a distancia. Por lo demás, el asunto carece de interés actualmente. Sólo que esta discusión nos demuestra cómo toda operación de cambio es siempre acto de comercio (art. 632 del Código de comercio francés; cuyo ordinal 4º corresponde muy bien con el ordinal 12 del artículo 20 del código de comercio colombiano, sobre el cual se volverá adelante), esa la razón para que el contrato de cambio deba mirarse como esencialmente mercantil. Quien recibe el valor en cambio, no lo recibe a título definitivo, sino para hacerlo pasar, en la forma de una cantidad de dinero a lugar distinto; ése es el objeto principal de la obligación que de él nace; ése el que le atribuye forzosamente la calidad de intermediario y, como sus servicios de mediador, los presta con ánimo de lucro, es un especulador que hace actos de comercio. Existen muchas maneras de ejecutar este contrato, etc.". (Cf. ob. cit. pag. 389).

No obstante la verdad indiscutible de la tesis sostenida por el autor citado, de que el contrato de cambio es una convención sui generis, no podrá negarse que, en la práctica de los negocios, sobre todo si se le mira por fuera de la letra de cambio, instrumento negociable de estructura autónoma, dicho contrato de cambio suele presentarse combinado o, si se tolera la expresión tomada de la historia natural, **"anastomosado"** con otro u otros negocios; y de esa **anastomosis jurídica** se desprenden consecuencias muy importantes para deslindar las obligaciones que se busca declarar en los juicios a través de las demandas y por medio de la sentencia. Para corroboración de lo dicho se puede consultar la sentencia de casación de fecha 31 de mayo de 1938, en que la Corte sentó esta doctrina:

"Las relaciones convencionales que no encajan

dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos". (G. J., tomo XLVI, Nº 1936, pág. 570).

Aprovechando el acopio de doctrina que precede, puede pensarse que en el caso de autos se está en presencia de un contrato de cambio que intentó celebrarse entre las partes del pleito, combinado con el de mandato mercantil, o un mandato mercantil, llamado comisión, cuyo objeto fue la remesa de cierta cantidad de dinero, de una plaza a otra.

Arriba se dejó citado el ordinal 12 del artículo 20 del código de comercio, donde se lee: "Son actos de comercio..... el giro de letras de cambio, Y REMESAS DE DINERO DE UNA PLAZA A OTRA".

Conforme a la tesis de Boistel, tan severo en su análisis, no se puede desconocer que cuando una persona se encarga de hacer tales remesas asume naturalmente la calidad de intermediario. Pues bien, un intermediario puede clasificarse entre cualquiera de los tipos de comisionistas, con tal que no resulte mero agente oficioso. Por ejemplo, los simples agentes de cambio, definidos por el artículo 92 del citado código, a saber: "Son agentes de cambio, los intermediarios que se ocupan en la compra y venta, por cuenta ajena, de efectos públicos, de metales amonedados y de efectos de comercio". El art. 95 ibidem dice: "Los agentes de cambio participan del carácter de corredores y de comisionistas, y tienen por consiguiente los derechos y las obligaciones de unos y otros, en cuanto no sean incompatibles".

La ley bancaria, es decir, la Ley 45 de 1923, cuyo artículo 85 fue modificado por el 10º de la Ley 57 de 1931, reconoció a los bancos la función de agentes de cambio, o mejor, los autorizó para que ejercieran los atributos de tales, porque estableció en el ordinal 4º del texto citado: "Comprar y vender letras de cambio, monedas y oro" (Dejando a salvo, claro está, ciertas restricciones que una copiosa legislación fiscal de intervencionismo de Estado ha venido aportando en defensa de los privilegios del Banco de la República, pero que tiene un aspecto internacional preponderante que no interesa considerar por ahora).

El artículo 102 del mismo código de comercio suscita un problema cuya meditación es útil en los actuales momentos. Dice así:

"El agente de cambio NO PUEDE COMPENSAR las sumas que recibiere para comprar **efectos públicos**, ni el precio que se le entregare de los vendidos por él, con las cantidades que le deba su cliente comprador o vendedor".

Supóngase que un agente de cambio, sea banquero o no, reciba de un deudor suyo, por ejemplo de Carlos Castro Mosquera, la suma de $ 11.500 para comprar Bonos de Deuda Interna Nacional Unificada (efectos públicos); supóngase además que Castro Mosquera le deba al agente de cambio —banquero o no—, precisamente la suma de $ 11.500 por concepto de un préstamo que consta en pagaré de plazo vencido, es decir, actualmente exigible. El artículo 102 del C. de Co., prohibe al agente de cambio, banquero o no, compensar la suma de los $ 11.500 que recibe de Carlos Castro para comprar efectos públicos, con la cantidad que éste, cliente de aquél, le adeuda.

¿Por qué así? ¿Acaso será porque exista algún interés fiscal de proteger la circulación de los efectos públicos de comercio? Difícil responder afirmativamente, pues a los emisores de efectos públicos lo mismo les da que éstos se hallen en manos de un tenedor que de otro. ¿Será porque se supone que el interés consista en la adquisición directa, tomándolos de los propios emisores de efectos públicos, generalmente papeles de deuda pública, y que con prohibir la compensación a que se refiere el artículo 102 se asegura su compra? —La mera suposición es tan ingenua, que se destruye con sólo formularla.

¿Será entonces por cualquier otro motivo de protección o estímulo para favorecer la demanda de efectos públicos? Mucho menos; porque la inversión en tales papeles no puede tener, por este aspecto, protección distinta de la capacidad de compra e interés de los inversionistas; la demanda que de esos papeles exista en el mercado para emplear capitales ociosos y las garantías que dén las entidades emisoras, junto con las medidas de intervencionismo económico estatal, inspiradas en los arbitrios fiscales. Pero se puede asegurar que ningún estímulo puede resultar del hecho de que su adquisición o circulación se haga a través de intermediarios como los agentes de cambio.

La sola explicación aceptable parece ser la de que los agentes de cambio, sean banqueros o no, lo mismo que los corredores de comercio, no pueden ejercerlo por cuenta propia en los mismos renglones que se les confían atendiendo a su calidad de intermediarios, y que deben guardar, cerca de sus clientes, la más escrupulosa conducta, cuidándose de no mezclar sus propios intereses

con los de la clientela que les confía los suyos. Esto implica la obligación de respetar las normas sobre incompatibilidad de intereses, observando estricta lealtad para con la clientela, lo cual se impone, entre otras razones, por la muy poderosa de que así lo exige la seguridad del comercio. Seguridad, lealtad y rapidez piden las operaciones comerciales. Para no recargar estas consideraciones se prescinde de invocar de nuevo la autoridad de G. Ripert quien, al definir los banqueros y su condición, sugiere nuevos argumentos que confirman su gran responsabilidad proporcionada a la importancia y privilegios de su clase en servicio de la sociedad y del comercio (Ob. cit., números 1982 y 2003).

Con respecto a la norma contenida en el artículo 102 del C. de Co., apenas si se necesita advertir que ella obedece a los mismos principios que inspiran al artículo 1721 del Código Civil; porque este último también prohibe la compensación entre créditos de dinero y obligaciones de restituír depósitos aunque éstas también se paguen con dinero. Ello significa que el agente de cambio, el corredor y el comisionista, cuando reciben dineros de sus clientes para la compra de efectos de comercio y el primero particularmente para adquirir efectos públicos, en realidad lo reciben en calidad de depósito sujeto a restitución, ya con el mismo género (dinero) ya con los efectos comprados.

Algunos efectos de la comisión como especie de mandato

En lo que precede se deja aclarado cómo el origen de las relaciones jurídicas de donde se desprendió este pleito, arranca de una convención compleja formada por elementos propios del contrato de cambio —como era la remesa de dinero de una plaza a otra—, combinados con los de un mandato mercantil o comisión, por cuanto el Banco al recibir el dinero destinado para la remesa, asumía la obligación de situarla sobre Honda poniéndola allí en la cuenta corriente del señor Carlos Castro Mosquera, supuesto cliente del Banco en aquella sucursal. Verdaderamente el contrato de cambio, tal como lo definen la ley, la jurisprudencia y la doctrina anotadas, era el fin por realizar, y la comisión servía de medio. A ello se agrega que también se demostró cómo el instrumento técnico que intentaron utilizar las partes fue el de una transferencia bancaria, llamada por la ley de la materia "traspaso". Pues bien: habiéndose tratado lo relativo al cambio y a la transferencia bancaria, sólo queda por añadir algún concepto acerca de los efectos de la comisión, en particular, las obligaciones del Banco en su calidad de comisionista.

A falta de estipulaciones acordadas por las partes, la ley suple con sus textos lo que pertenece a la naturaleza del contrato, en desarollo del principio enunciado por el artículo 1501 del C. C. Y como el objeto regulado sería en este caso lo pertinente a la ejecución del mandato, es obvio que las normas aplicables se encuentran en el artículo 2160 del Código Civil que enuncia el principio fundamental, complementado con los artículos 372 y 373 del Código de Comercio, aunque existen otras normas relacionadas con situaciones prácticas de fácil ocurrencia, según se verá adelante.

Dice, pues, el artículo 2160 del código civil:

"La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo.

"Se podrán, sin embargo, emplear medios equivalentes, si la necesidad obligare a ello, y se obtuviere completamente de ese modo el objeto del mandato".

Artículo 372 del código de comercio:

"Por ningún pretexto podrá el comisionista alterar o modificar la sustancia de la comisión, ni subrogar el objeto de ella por equivalentes".

Artículo 373 ibidem:

"Tampoco le será permitido alterar el modo de ejecución que el comitente le hubiere prescrito, salvo en los casos siguientes:

"1º Cuando un caso fortuito, imprevisto e insólito, impidiere evidentemente al comisionista ejecutar su encargo por los medios que le hubiere indicado el comitente;

"2º Cuando por los medios de ejecución que empleare, quedare cumplida la intención del comitente, y obtuviere el RESULTADO (se subraya) que éste se propuso".

La regla, pues, que consagra el artículo 2160 del código civil implica que, para la **recta ejecución del mandato** se requiere atender no sólo a la sustancia del negocio encomendado, sino también a los medios por los cuales el mandante haya querido que se lleve a cabo.

Esta regla —como casi todas en derecho—, admite excepciones, previstas así por el código civil como por el de comercio. Por ejemplo, en materia de mandato civil, autoriza el inciso 2º del artículo 2160, que el mandatario use de medios equi-

valentes a aquellos que le indicó su mandante; con tal que concurran dos requisitos: a) que la necesidad obligue a ello; b) que se obtenga completamente el objeto del mandato con el modo distinto empleado por el mandatario. Y en materia comercial las normas no son diferentes, antes pudiera juzgarse que resultan más severas. Porque, de un lado, el artículo 372 del código prohibe al comisionista alterar o modificar la sustancia de la comisión, o subrogar su objeto por equivalentes. De otro, comparando el artículo 2160 del C. C., donde se lee la frase "medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo (el negocio)", con el artículo 373 del C. de Co., donde se encuentra la expresión equivalente "modo de ejecución prescrito por el comitente", es notorio que allá, la norma parece más amplia, pues tolera el cambio en el modo de ejecución, con solo que la necesidad obligare a ello y siempre que se obtuviere completamente de tal modo el objeto del mandato, mientras que aquí el código de Comercio apela al concepto más riguroso del caso fortuito y supone que el comisionista conoce la intención del comitente, en tal forma, o con tanta seguridad como para permitirle cambiar el medio sin que se frustre el **resultado** precisamente querido por aquél. Esto suministra un ejemplo bien elocuente de que la obligación no es de simple **medio,** sino de **resultado,** como para aplicar la discutida pero brillante teoría de Demogue, cuando así clasifica las obligaciones.

Mas, aún admitiendo que el código civil y el de comercio, se deban interpretar con igual criterio, no es dudoso que, para variar el "medio de llevar a cabo el encargo" o el "modo de ejecución prescrito por el comitente", es supuesto indispensable de la ley que el mandatario o comisionista conozca de modo perfecto e inequívoco, la intención del mandante o comitente y, además, que el resultado se obtenga tal como lo quiso la voluntad de éste. De otro modo, como si el comisionista procede sin cerciorarse previamente de la voluntad o intención de su comitente, o si el resultado querido por él no se realiza, falta a su obligación y compromete su responsabilidad contractual de comisionista, haciendo, por tanto, **segura** la acción de perjuicios a favor del comitente. Y si a ello se agrega —como en la especie **sub lite—,** la prueba de que el comisionista, por hecho o culpa suyos (el embargo pedido), se puso en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, la solución judicial tiene que serle adversa. Lo último se corrobora considerando que, si el mandatario o comisionista, al cual se le presentan circunstancias imprevistas, que pueden influír para variar el objeto del mandato o el uso de medios de ejecución, no conoce suficientemente la intención de su comitente, está obligado a comunicarse con él y darle oportunidad para "confirmar, reformar o modificar sus instrucciones", como lo dice expresamente el artículo 351 del código de comercio. Obrar por cuenta propia, sin aclarar la situación, es comprometer gravemente la responsabilidad del comisionista.

Conclusiones prácticas en el problema de autos

Pasando ahora, de las anteriores consideraciones relacionadas con los aspectos científicos más pertinentes de los negocios jurídicos analizados, a las que tocan más de cerca con las apreciaciones ya deducidas en el juicio, en cuanto se reputó celebrado un contrato de comisión mercantil, entre el Banco de Bogotá —demandado—, y Uldarico Ruenes —demandante—, para la remesa de los $ 11.500 de la plaza de Girardot a la de Honda, destinados para la supuesta cuenta corriente de Carlos Castro Mosquera, es oportuno formular las siguientes conclusiones:

Primera.—Acertó el Tribunal en su fallo interlocutorio de 26 de junio de 1942, cuando juzgó que la comisión recibida por el Banco, cuyo objeto era remesar a la sucursal de Honda, para abonar a la cuenta corriente de Castro Mosquera, la cantidad entregada en Girardot por Uldarico Ruenes, el Banco no podía subrogarla por depósito a la orden; porque el medio prescrito era una transferencia bancaria, la cual no pudo efectuarse debido al hecho no discutido de la falta de la cuenta corriente del supuesto beneficiario; porque el Banco no conocía que la intención del comitente era proveer de fondos a Castro Mosquera para pagar ganados que aquél tenía en negocio, y no hacer un pago a éste como si fuera un acreedor; el camino que ha debido seguir el Banco se lo indicaba el artículo 351 del Código de Comercio, y se abstuvo de seguirlo, prefiriendo obrar por propia cuenta en interés propio.

Segunda.—No acertó el Tribunal, en su sentencia del 7 de julio de 1948 —acusada en casación—, cuando juzgó que, por aquella imposibilidad de hacer el abono en cuenta corriente, no alteraba el Banco la sustancia de la comisión, cuan-

do varió el modo de ejecutarla pasando inmediatamente el dinero de la remesa, a depósito a la orden de Castro Mosquera. Por no tener en cuenta el Tribunal lo relativo a las pruebas del embargo de la suma y sus efectos, pasó por alto que el Banco se puso voluntariamente, con precipitación, en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones de comisionista, porque, una de dos: o conocía la intención del comitente Ruenes que no era la de pagar dinero a Castro Mosquera, por lo cual éste pudiera hacerlo suyo; o no la conocía. Si lo primero, habría obrado con notoria mala fe, porque sabía que el dinero de la transferencia frustrada, no era para Castro Mosquera, como acreedor de Ruenes, sino para proveerlo de fondos para cumplir con otra comisión y, desde luego, habría obrado contra las obligaciones que le imponían los artículos 2160 del C. C., 372 y 373 del C. de Co. Si lo segundo, no podía apelar al cambio de medios de ejecución, prescritos por el comitente, sin cerciorarse previamente de que tal era su voluntad, y también, en este caso, faltó a sus obligaciones. Y en cuanto al embargo y, esta medida le impidió restituír el dinero a Ruenes o darle a éste el medio de hacerlo llegar a sus vendedores de ganado, Fajardo y Mejía, para quienes se destinaba.

Tercera.—Las obligaciones de hacer y de pagar una suma de dinero, asumidas por el Banco, mediante un acto complejo que participa de la comisión y del cambio, para con Uldarico Ruenes, al hacerse de imposible ejecución en la forma prevista y aceptada por las partes, acarrea la responsabilidad contractual del demandado, por concepto de incumplimiento a lo mandado por el artículo 372 del Código de Comercio, disposición que el recurrente cita de manera expresa como violada por el Tribunal, con el agravante de que la sentencia no apreció la circunstancia del embargo que el Banco solicitó y obtuvo, de la cantidad de dinero que no había dejado de pertenecer al demandante, hecho propio de aquél, que le impidió restituír dicha suma, como era su deber, manteniéndola a la orden del remitente, y que el Banco no logró hacer entrar en el patrimonio de Castro Mosquera, porque, fuera de que éste no tenía cuenta corriente, no aceptó el depósito a la orden que intentó constituírle el Banco.

Cuarta.—Aunque no existieran relaciones contractuales, el embargo indebido de bienes de tercero, hace responsable al que lo pide y persiste en él, como lo tiene definido una copiosa jurisprudencia de esta Corte, de la cual basta citar como ejemplo el fallo en casación de 9 de abril de 1942 (G. J., tomo LII, números 1984 y 1985, páginas 300 y ss.). Mas al presente mediaba una obligación contractual, de donde se deduce que, si el Banco, aún en el supuesto de que Ruenes o Castro Mosquera, le adeudaran la cantidad de dinero destinada a la remesa, recibida por el Banco en calidad de intermediario (agente de cambio o comisionista), no hubiera podido compensarla, con la misma razón tampoco hubiera podido perseguir sobre ella el pago de la obligación a favor del banquero; porque ésta representa intereses privados suyos que entran en conflicto con los deberes impuestos por la prestación de servicios al comercio, a que se dedica con sentido de utilidad pública subordinante, y porque al recibir aquella cantidad, no podía estar seguro de que entrara a formar parte de la prenda general de los acredores de Castro Mosquera. Quien, como se vió, no tenía cuenta corriente en la sucursal del Banco en Honda y ello era indispensable para que al recibo del abono, la cantidad se hiciera suya; lo cual indujo al Banco a intentar hacérsela recibir bajo la forma de un depósito a la orden con el fin de alcanzar un resultado semejante que tampoco lo consiguió; pero todo con la intención manifiesta de servir sus intereses particulares y olvidando sus deberes de comisinista.

Por cuanto la sentencia acusada prescindió de apreciar todo ello, porque: a) pasó de largo sobre la plena prueba existente en los autos de la denuncia de bienes hecha por el Banco demandado a efecto de someter a la traba ejecutiva el dinero que había recibido del demandante y antes de que hubiera salido del patrimonio de éste; b) y confundido por ese error de hecho desconoció que el Banco demandado recibía en depósito de confianza, bajo la comisión de un cliente que a él se entregó desprevenidamente buscando efectuar una transferencia bancaria; c) y bajo el influjo del mismo error no advirtió que la transferencia quedó frustrada; d) y que no vino a quedar subsistiendo otra cosa que la obligación pendiente de ejecutar la comisión en los términos preceptuados por los artículos 372, 373 y 351 del Código de Comercio; e) y que el Banco faltó a ellas; f) y finalmente porque a causa del dicho embargo el demandado se puso voluntariamente en imposibilidad de cumplir dichas obligaciones; se violaron indirectamente las citadas disposiciones sustantivas; la sentencia habrá de ser infirmada.

Considerandos de instancia

La decisión que ahora corresponde pronunciar, ya viene motivada en gran parte por lo estudiado en el recurso. Pero la claridad sugiere replantear el problema de hecho, tal como lo trae la demanda, cabeza del proceso ordinario, y así se verá mejor la solución que tiene de acuerdo con la ley.

El Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, recibió en sus oficinas determinada cantidad de dinero, girada en un cheque a su favor, contra la cuenta que allí tenía abierta un cliente del Banco, el doctor Uldarico Ruenes. La persona que entonces entregaba el cheque (W. Morales el 21 de octubre de 1936) informó al Banco de que, parte del dinero ($ 11.500) se destinaba a un traspaso o transferencia que debía hacerse a la sucursal del Banco en Honda con el objeto de abonarla a la cuenta corriente del señor Carlos Castro Mosquera. El primer cuidado del Banco, al recibir aquellos $ 11.500 lo revelan una pregunta y su respuesta, en posiciones, absueltas por el señor gerente. "**Preguntado:** —Díga cómo es cierto que usted, en su carácter de gerente del Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, inmediatamente que recibió el cheque, llamó al abogado del Banco doctor Lozano Palma y, en presencia de varias personas, empleados del Banco, le expresó a ese abogado que procediera a denunciar como de propiedad de Carlos Castro Mosquera los expresados $ 11.500 en el juicio ejecutivo que el Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, adelanta contra Carlos Mosquera (sic) en el Juzgado del Circuito de Girardot, a lo cual le observó su abogado que, no habiendo ingresado esa suma a la cuenta corriente de Carlos Castro Mosquera en el Banco de Bogotá, sucursal de Honda, no se podía denunciar dicha suma, pero sí se podía hacer un denuncio en abstracto de los saldos que tuviese en cuenta corriente, en depósitos a la orden, en caja de ahorros, etc., y entonces usted dió orden al abogado del Banco de proceder de esta manera? —**Contestó:** El hecho no es cierto en la forma en que está preguntado: lo único cierto es que yo llamé al abogado y lo informé acerca de la transferencia que se había hecho ese día para la cuenta corriente de Carlos Castro Mosquera en la sucursal de Girardot". La misma acta —de fecha 24 de agosto de 1939—, dá fe de otra respuesta dada por el señor gerente del Banco, al contestar a la sexta pregunta: "Es cierto que el cheque con cuyo valor compró el señor Wenceslao Morales la transferencia por $ 11.500 para la cuenta corriente del señor Carlos Castro Mosquera, en la sucursal de Honda, fue cargado en la cuenta corriente, del señor Uldarico Ruenes, porque este cheque estaba girado por él, pero no es cierto que el señor Morales solicitara la transferencia a nombre de Ruenes, sino en el suyo propio y por esta razón se le expidió el recibo a Morales".

La circunstancia confesada por el gerente del Banco, de haber pedido la intervención del abogado, en el mismo día (21 de octubre de 1936) de recibido el dinero, o a más tardar al siguiente (22), para que se procediera a hacer embargar los $ 11.500 destinados al abono en la cuenta corriente de Castro Mosquera en Honda, está indicando que el Banco, por un hecho suyo, empezaba a mezclar el servicio de sus propias conveniencias, pendientes de las deudas insolutas a cargo del presunto beneficiario, con las funciones propias de comisionado cambista a favor de un cliente que pedía la remesa del dinero a Honda. El Banco, al recibo de aquella cantidad, no sólo quedaba ligado, en el manejo de dinero ajeno, por un deber de vigilancia y prudencia general, en razón de su cargo al servicio del comercio y sometido a la severa observancia de la ética bancaria; sino que también pesaba sobre él la norma del artículo 353 del Código de Comercio, donde se consagra con la mayor extensión e intensidad, la obligación de particular diligencia que evita la mezcla de los intereses privados del comisionista, con los del comitente, de lo cual se derivan las incompatibilidades analizadas. Añádase a esto que, si previene el artículo 2489 del Código Civil que, "sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños", con mayor evidencia se manifiesta que, sobre un depósito en dinero recibido por el Banco, para el cambio y la comisión, no se podía tomar ninguna medida persecutoria o diligencia ejecutiva, dando por seguro que el depósito fuera irrevocable y habría de hacerlo suyo, a cualquier título, un deudor distinto del mismo Banco. Las normas de los artículos 2246 y 2253 del citado código, refuerzan esta consideración, por lo que toca con la obligación de restituír el depósito. Por manera que el Banco no podía ignorar que, mientras el consignante del dinero lo tuviera allí, no podía tampoco perseguirlo como de propiedad de un su deudor, a cuyo patrimonio estaba lejos de entrar todavía. A causa de que se recibe dinero ajeno

constantemente, en el desempeño de un puesto de confianza que se presta como una especie de ministerio público, que obliga a la reserva, a la lealtad y a la más exigente delicadeza para la seguridad y rapidez del comercio, el Banco ha debido abstenerse de precipitar cualquier medida en defensa de sus particulares intereses, los cuales iban a entrar en conflicto con los de su cliente desprevenido Uldarico Ruenes, sin cerciorarse primero de que éste, informado del desarrollo del negocio, como debía serlo por el Banco, no variaba sus instrucciones. Aquí es oportuno volver a pensar lo relativo a la inexistencia de la cuenta corriente de Castro Mosquera en Honda, como para que la transferencia intentada hubiera podido llevarse a cabo.

Artículo 351 del Código de Comercio: "El comisionista debe comunicar oportunamente al interesado todas las noticias relativas a la negociación de que estuviera encargado, que puedan inducir a su comitente a confirmar, reformar o modificar sus instrucciones".

Prescindiendo de que hubiera sido el directamente interesado Uldarico Ruenes o Wenceslao Morales, ocurre preguntarse, si cuando un cliente cualquiera de un banco, que presta constantemente esta clase de servicios, como los de las transferencias de dinero, ya sea para los meros efectos de esta operación abstracta, ya sea para los del contrato o negocios complejos que le sirvan de antecedentes, descubre (el Banco) que la operación no puede realizarse como lo pide el cliente, —¿estaría facultado para interpretar por sí y ante sí las intenciones de éste, aun en el supuesto de que hubiera actuado bajo el impulso del error, creyendo que existía la cuenta del supuesto beneficiario, y el banco se abstuviera de darle oportunidad para salir de él? —¿Sería razonable admitir que el banco pueda estimar unilateralmente el resultado que se propone obtener su comitente, guarde silencio y nada le comunique al respecto, pudiendo variar el cliente sus instrucciones, para el manejo de la operación? —La negativa a tales preguntas se dió por anticipado en el artículo transcrito arriba. Y no debe haber vacilación; máxime cuando sería precedente funesto, perjudicial para la industria bancaria, a la cual están vinculados valores de tanta monta, autorizar un proceder como el examinado. Pero hay más.

Cuando ya el representante del Banco de Bogotá había presentado el escrito de denuncia de bienes (22) de octubre de 1936; cuaderno 1º, folio 39), a fin de que se embargara el dinero consignado por Ruenes mediante cheque girado a favor del Banco, contra la cuenta corriente que allí mismo tenía, reputando que el dinero ya pertenecía a Carlos Castro Mosquera; el Banco trató de ejecutar la transferencia, pero bajo la traba ejecutiva en pro de sus intereses particulares; y se dió a la tarea de hacer aceptar el dinero por Castro Mosquera, como lo revelan las pruebas de que se hace mérito a continuación.

El 3 de noviembre de 1936, es decir, luego de remitida la suma de dinero a Honda y de embargada por cuenta del Banco de Bogotá, sucursal de Girardot (el embargo se tramitó así: Oficio Nº 524 de 22 de octubre de 1936 escrito por el Juez 1º del Circuito, recibido por el Banco el 26 de los mismos; Oficio Nº 1749 de 23 de octubre, del Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, recibido por el Banco el mismo día; y oficio número 565 de 23 de octubre, recibido por el Banco el 26), le dirige al Banco de Bogotá, sucursal de Honda, una carta a Castro Mosquera, al sitio a donde éste se encontraba —Armero—, para remitirle un comprobante que cubría el certificado número 1285 por depósito a la orden constituído a su favor y respecto de la cantidad de $ 11.500, a la vez que le pide acusar recibo. El señor Castro M., con fecha del 7 de noviembre de 1936, al recibir en Armero la carta citada y el certificado adjunto contestó que no aceptaba y expuso largamente las razones para ello, cuyos particulares no es indispensable reproducir aquí.

Conforme al artículo 372 del Código de Comercio, citado antes, "Por ningún pretexto podrá el comisionista alterar o modificar la sustancia de la comisión, ni subrogar el objeto de ella por equivalentes". Se pregunta —como es obvio—, si el Banco demandado, al no poder cumplir con el tenor literal de su comisión, que consistía en hacer una transferencia bancaria, entre las sucursales de Girardot y Honda, de la cuenta corriente de Uldarico Ruenes a la de Carlos Castro M.; imposibilidad que se presentó por la falta de la segunda cuenta; estaría autorizado para suplir el traspaso mediante un depósito a la orden del destinatario, so pretexto de que así quedaba satisfecha la voluntad del comitente y bien interpretada su intención.

El Banco así lo ha entendido y sostenido. La justicia cuando despachó el incidente o articulación de desembargo del dinero, lo negó. Pero ahora, en las sentencias acusadas, lo acepta (se entiende que la del Juzgado lo está virtualmente a

través del fallo del Tribunal; pero no porque la primera sea susceptible del presente recurso).

Para la Corte, como ya se explicó, no es dudoso el cierto del primer parecer, mas tampoco el desacierto del segundo. Porque, además de los comentarios hechos arriba, en las consideraciones del recurso, se repite que, combinando la disposición del artículo 372 con la del 351, el Banco no podía obrar como lo hizo; porque aun cuando el pretexto ostensible fuera el de cumplir con la voluntad del comitente, el más íntimo, ahora muy revelado, fue el de atender sobre todo a la protección de sus intereses de acreedor de Castro Mosquera, buscando que éste recibiera dinero con qué cancelar sus obligaciones para con el Banco. La ley reza: BAJO NINGUN PRETEXTO. Pero además lo prudente en su posición era despejar la duda, que en este caso existía para el Banco investido de tal comisión, antes de dar por seguro que Castro Mosquera iba a beneficiarse con la transferencia solicitada por parte de Ruenes al Banco de Bogotá en Girardot.

Cuando una persona así obligada procede en esa forma sin despejar antes la duda, sobre todo en el manejo de valores ajenos, y la resuelve en su favor, o sea empleando un medio que le reportaba provecho para la defensa de sus intereses, se expone a faltar a la norma fundamental con que han de interpretarse los contratos y sus efectos, según el artículo 1603 del Código Civil.

El medio arbitrado por el Banco arrebató, debido a su abstención de comunicar a su comitente la circunstancia de no existir aquella cuenta, para hacer la transferencia, la facultad a que tenía derecho el segundo conforme al artículo 351 del Código de Comercio. Y esto es tanto más grave, cuando consta que W. Morales padeció un error al solicitar la transferencia para la cuenta de Castro Mosquera, pues dicho señor sí tenía otra, no a su nombre, sino al de una sociedad de que era gerente, persona jurídica conocida por el Banco en la sucursal de Honda. El error trató de corregirse, pero la precipitación con que obró el Banco, buscando no el servicio de la clientela sino la manera de asegurar sus intereses, hizo imposible enmendarlo. Contra lo cual no valdría arguír que el error es imputable a W. Morales, porque en todo caso había un obstáculo de orden técnico bancario, cuya ignorancia no podría alegar el Banco, que impedía hacer la transferencia. Este inconveniente era el que obligaba al Banco a informar a su comitente, al cual conoció inmediatamente, gracias al giro del cheque destinado a la dicha transferencia. Así lo disponen los artículos del Código de Comercio, arriba estudiados y de nuevo encontrados como aplicables. Si el Banco, en vez de llamar a su abogado para que embargara el dinero del cheque de Ruenes, dando por sentado que Castro Mosquera iba a hacerlo suyo, se atiene a librar la comunicación que le imponía el artículo 351, el error se hubiera aclarado a tiempo y nada malo hubiera ocurrido. Además parece poco creíble que el Banco tuviera a Uldarico Ruenes por persona tan simple como para remesar dinero a Castro Mosquera, cuya situación económica no era un misterio, arriesgando el éxito de una operación de compra de ganado, en las cuales intervenía Castro Mosqueda con el modesto papel de intermediario, llevándolos a la hacienda de La Vuelta, de la cual tomaba el nombre la sociedad de que Castro era gerente y para la cual tenía una cuenta en el mismo Banco. Hay malicia inocultable en el desdichado embargo, para cuya terminación hubo de litigar Ruenes nada menos que seis años y produciendo el abundante haz probatorio que permite hacer estas afirmaciones. Los perjuicios recibidos por el demandante son indiscutibles, aunque ilíquidos en el **quantum.** A su pago, previa la regulación correspondiente, tiene derecho junto con el reembolso de los $ 11.500 librados de la traba ejecutiva.

Sentencia

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pronunciada en este pleito el día siete (7) de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948); REVOCA la del Juzgado 1º Civil del Circuito de Girardot, pronunciada en primera instancia el día once (11) de abril de mil novecientos cuarenta y seis (1946) y FALLA este negocio así:

(1) Declárase que el Banco de Bogotá, sucursal de Girardot, no cumplió con las obligaciones emanadas de los contratos combinados de cambio y comisión, a que se refiere la parte motiva, que contrajo a favor del demandante doctor Uldarico Ruenes, el 21 de octubre de 1936; especialmente por haberse puesto el Banco demandado, por hecho o culpa suyos, en imposibilidad de cumplir con tales obligaciones, a causa de haber denunciado para el embargo y obtenido éste sobre la cantidad de $ 11.500 de propiedad del demandante, consignados para una transferencia

bancaria, y que el Banco demandado persiguió en juicio ejecutivo contra el señor Carlos Castro Mosquera, a quien quiso remitirlos el demandante por conducto del Banco y para que el destinatario pagara un ganado negociado por Ruenes.

(2) Condénase al Banco demandado a pagar al demandante la indemnización de los perjuicios sufridos por causa de tal incumplimiento. Indemnización que comprende, de acuerdo con la ley, el daño emergente, traducido en este caso por los gastos de toda clase que hubiere hecho el demandante en los procedimientos o actuaciones judiciales encaminados a obtener, de un lado, el desembargo de su dinero, y de otro, el reconocimiento a la indemnización de los perjuicios ahora demandados, todo desde el día del embargo, o sea, desde el veintidós (22) de octubre de mil novecientos treinta y seis (1936), hasta cuando se efectúe el pago (incluída la restitución de los $ 11.500, si aún no se hubiera efectuado); con imputación del valor de los honorarios de abogados o agencias en derecho; más el lucro cesante que comprenderá, en este caso, aplicando la regla del artículo 219 del Código de Comercio, el mayor interés corriente bancario, en la plaza de Girardot, sobre los once mil quinientos pesos ($ 11.500), desde la fecha del embargo, 22 de octubre de 1936, hasta la fecha del desembargo, que la Corte señala calculando el día de la ejecutoria del último auto del Tribunal Superior, al respecto (26 de junio de 1942), fijándola en el primero (1º) de julio de mil novecientos cuarenta y dos (1942); porque desde ese día en adelante el doctor Uldarico Ruenes pudo haber retirado el dinero del Banco.

(3) La liquidación de estos perjuicios se hará con arreglo al artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Jsoé del C. Mesa, Conjuez.—**Hernando Lizarralde,** Secretario.

SOLICITUD DE EXEQUATUR DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA

Para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta COPIA DEBIDAMENTE AUTENTICADA de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no, se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley (art. 659 del C. J.).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas).

DOMIZIO COSTA, domiciliado en Milán (Italia), por medio de apoderado, pide que con audiencia de AUGUSTO Y CESARE SARAVALLE, Sociedad Limitada, de Bogotá, y del señor Procurador General de la Nación, se declare que debe cumplirse en Colombia la sentencia de fecha 20 de octubre de 1948, pronunciada por el TRIBUNAL CIVIL y PENAL de Milán (Italia), por medio de la cual se decretó la resolución del contrato de compraventa de trescientos (300) sacos de café Colombia 'Excelso Medellín', celebrado entre el peticionario y la entidad comercial nombrada, y se condenó a ésta al pago de una suma de dinero, por los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato.

A la demanda se acompañaron los siguientes documentos:

a).—Copia de la escritura pública Nº 84 de 16 de octubre de 1951, otorgada ante el Cónsul de Colombia en Génova (Italia), en la cual consta el poder conferido por Domizio Costa al doctor Mauricio Mackenzie, pora que lo represente en esta actuación; y el memorial de sustitución de este poder al doctor Publio Restrepo Jaramillo, presentado personalmente por su signatario ante el Cónsul de Colombia en Madrid (España).

b).—Copia de la demanda presentada por Domizio Costa contra Augusto y Césare Saravalle, Sociedad Limitada, de Bogotá, ante el Tribunal Civil y Penal de Milán.

c).—Copia de la sentencia del Tribunal Civil y Penal de Milán (Italia), de fecha 20 de octubre de 1948, que declara resuelto el contrato de compraventa de café, tipo Medellín Excelso, celebrado entre las personas mencionadas antes, con sus respectivas notificaciones.

d).—Copia de la prueba testimonial que dentro del mismo juicio se produjo.

c).—Certificación del Tribunal de Milán en que se hace constar que contra la sentencia arriba mencionada, no se interpuso recurso alguno, y la cual quedó en firme y declarada ejecutoriada o ejecutiva.

Estos documentos se hallan debidamente traducidos y legalizados por la Oficina de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Se acompañó además: Una certificación del Representante Diplomático de la República Italiana en Colombia, con inserción de la traducción del Título VII del Código de Procedimiento Civil Italiano —Artículos 796 a 799, 800, 808 (803), 804 y 805; y una certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución y representación de Augusto y Césare Saravalle, Sociedad de responsabilidad Limitada.

La demanda ha recibido la sustanciación de rigor: traslado al señor Procurador General de la Nación como a la sociedad Augusto y Césare Saravalle, Limitada, y ambos se opusieron, el primero en el alegato de fondo, a que se decrete el cumplimiento de la sentencia. Abierto a prueba el negocio, sólo el demandante pidió que se tuvieran como tales los documentos acompañados a la demanda. Y como las partes, finalmente, han sido oídas se procede a decidir la solicitud, previas las consideraciones siguientes:

Prescribe el artículo 555 del Código Judicial, que "la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados públicos existentes con ese país y a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias dictadas en Colombia. Por consiguiente, el concurso y apoyo que en el país se presta para la ejecución de las sentencias extranjeras están sometidos a lo que sobre el particular se

haya establecido, en primer término, en los correspondientes tratados públicos, y en subsidio, al principio de la reciprocidad legislativa".

En la demanda no se invoca la existencia de tratado vigente en Colombia con la República italiana que regule la ejecución de las sentencias dictadas en uno u otro país, ni hay noticia de que exista tal convención internacional, por lo que ha de acudirse, como acudió el actor, al principio de la reciprocidad legislativa.

A este respecto el único elemento de juicio que se ha presentado en el proceso, corresponde a la certificación del Representante Diplomático de la República Italiana, a que se ha hecho alusión antes, y el análisis que sobre él hace el señor Procurador General en el escrito de contestación del traslado que se le dió del negocio después de finalizado el correspondiente período de pruebas, lo acoge la Sala, por acertado y reflejar el pensamiento de la Corte expresado en las distintas sentencias que ha dictado en las ocasiones en que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta materia. Dice el señor Procurador:

"Como prueba de la ley extranjera sobre reciprocidad legislativa que nuestro Código Judicial exige en el artículo 555, a falta de tratados públicos, trae el solicitante de **exequatur** la siguiente:

"A)—Una copia de la **traducción,** hecha en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, de la nota dirigida por el Excelentísimo señor Ministro de Italia en Bogotá al señor abogado Leopoldo Uprimny el 13 de septiembre de **1948,** con la que dice remitirle "una copia de las disposiciones actualmente vigentes en Italia en materia civil". El original de dicha comunicación obró en la solicitud de **exequatur** para la sentencia proferida en el caso Bosco Cimini contra herederos de Quijano Walis, que es bien distinto del actual. Al pie de la copia de la traducción de la nota traída a las presentes diligencias y solicitada por el doctor Uprimny se encuentra la siguiente anotación: "(En español, la legalización de la firma anterior —la del Ministro italiano— por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia bajo el número 2441 de 1948)"; y

"B).—Una copia de la traducción del Título VII del Código de Procedimiento Civil italiano —artículos 796 a 799, 800, 801, 808 (803), 804 y 805. Al pie de estas transcripciones en español, tan sólo se lee: "Es **traducción** fiel y completa, copia de la cual queda en los archivos de la Oficina de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia para la confrontación y a la que me remito. Derecho de traducción: $ 10.50. Bogotá, 23 de junio de **1949.** (Fdo.) Efraím Casas Manrique, Traductor Oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia".

"Presentada, como lo fue, la solicitud de **exequatur** de la sentencia en el caso Costa-Saravalle el 14 de agosto de **1952,** lo primero que se observa es que la prueba sobre la ley italiana de reciprocidad se refiere a una época anterior en cuatro años a aquella presentación. De suerte que en el supuesto de ser conducente el medio de prueba escogido, tan sólo acreditaría la vigencia de tal ley en 1948, pero no en 1952. Es, pues, prueba **ineficaz.**

"Lo segundo que se presenta a la consideración del Ministerio Público es que la traducción del anexo a la carta dirigida por el señor Ministro de Italia al abogado Dr. Uprimny —en la que se insertan ciertas disposiciones procedimentales civiles que se presentan como vigentes en aquella nación—, no da fe de que la copia en italiano de tales preceptos haya sido autenticada por ninguna autoridad de ese país, ni siquiera por su ministro diplomático en Colombia. Es la traducción de algunos preceptos legales que se dicen extranjeros, contenidos en copia de que nadie se ha responsabilizado. La copia que tuvo en cuenta el traductor oficial bien pudo ser la que anexó el señor Ministro Cassini a la comunicación de que fue destinatario el doctor Uprimny; pero no es imposible que sea documento distinto. Ni como instrumento privado, ni como instrumento público, ese papel, ni su traducción oficial tienen el valor probatorio que se les pretende asignar.

"Nuestro Código Judicial señala el procedimiento para probar la ley extranjera así: "Artículo 659.—Para comprobar la validez o **existencia** de las leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta copia **debidamente autenticada** de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no, se pide el testimonio de dos abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley".

Por otra parte, la Corte ha dicho en relación con la autenticación de la Ley extranjera:

"Pero en el caso presente, se trajo la prueba de la existencia de la ley que estatuye en la República libanesa la reciprocidad legislativa?".

"No duda la Sala de la veracidad del certificado expedido por el señor Ministro del Líbano en

Colombia, ni de su autenticidad. Mas sin embargo, las normas sobre pruebas son entre nosotros imperativas. Cuando la ley determina la que precisamente debe presentarse para acreditar judicialmente un hecho o acto, tal medio probatorio no puede suplirse por otros ni aun cuando con ellos se adquiera en conciencia plena convicción o perfecta certidumbre.

"Y sucede que de conformidad con el artículo 659 del C. J., para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras, 'se presenta copia debidamente autenticadas de la respectiva ley y en la parte conducente; y, de no....'.

"En consecuencia, por uno de los medios establecidos en el artículo transcrito era indispensable presentar la prueba de **la vigencia** de la ley que acoge el principio de la reciprocidad legislativa en la República del Líbano.

"En ocasión anterior la Corte tuvo oportunidad de estudiar este punto, en relación con el mérito probatorio de un **certificado** expedido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, para acreditar que en ese país las sentencias colombianas son ejecutadas 'a título de reciprocidad'. La Corte dijo entonces (junio 6 de 1945), que a pesar de tener tan alta procedencia, tal certificado no era suficiente para acreditar en Colombia aquella circunstancia.

"Por consiguiente, si el principio de la reciprocidad legislativa debe estar establecido por una ley, es evidente que el **certificado** que arriba se dejó citado no es prueba hábil para establecerlo, porque sabido es que para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta **copia** debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte conducente; y de no, se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley (art. 659 del C. J.)". (Véase G. J. Tomo LXXI, págs., 380 y 381)".

Descartados los extremos del tratado público y la demostración en debida forma de la existencia o actual vigencia del principio de la reciprocidad en la legislación italiana, es claro que en esa situación no es posible acceder a las peticiones del respectivo libelo, e innecesario el estudio sobre si la sentencia del Tribunal Civil y Penal de Milán cumple con las exigencias del artículo 557 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO ACCEDE a lo pedido por el señor Domizio Costa, por medio de apoderado, en su escrito presentado el catorce de agosto (14) de mil novecientos cincuenta y dos (1952), y con el cual se inició la presente actuación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Luis E. Cuervo.— Pablo E. Manotas.— Gualberto Rodríguez Peña.— Manuel José Vargas.—Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO EN UN JUICIO CIVIL PUEDE TENERSE COMO PRUEBA LA CONFESION HECHA EN UN PROCESO PENAL. — TECNICA DE CASACION

1—El error en materia jurídica puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción equivocada que se tiene, de que una cosa ha sucedido o no; el segundo supone un concepto asimismo equivocado respecto de la disposición aplicada al caso, y por cuyo camino resulta ella quebrantada.

2—La Corte no puede, sin quebrantar los principios que rigen en materia de casación, proceder a examinar cada medio de prueba, para ver de descubrir los posibles errores en que haya incurrido el sentenciador al apreciarlos; es al actor en el recurso a quien compete su señalamiento, exhibiéndolos, con sus características de manifiestos, claros y evidentes.

3—Para que la confesión efectuada en juicio penal sea admisible en posterior juicio civil, es necesario que ella se haya producido entre quienes fueron partes contrapuestas en el debate.

4—La errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento, el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación.

5—Según la técnica de casación, los cargos deben formularse en términos concretos y especificados de suerte que, apoyados en la causal 1ª del artículo 520, se pueda claramente conocer cuáles demuestran infracción de la ley sustantiva por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de su texto, y cuáles conducen a su quebrantamiento por la vía indirecta de la errónea apreciación —de hecho o de derecho— en las pruebas aducidas.

La casación no es una tercera instancia, en la que al juzgador le sea dable descubrir el derecho a través de sus propias y directas interpretaciones: dentro de ella, corresponde al recurrente determinar exactamente la vía por la cual estima que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, para por este medio llegar a la infirmación correspondiente.

6—Para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, y es improcedente el examen de las consideraciones que indujeron al Tribunal a pronunciarse como lo hizo en esa parte.

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

(Magistrado Ponente: doctor Gualberto Rodríguez Peña).

Gonzalo Cortés R., adquirió el billete N° 03361 de la "Lotería Extraordinaria Ciudad de Pasto", para el sorteo que se verificó en Bogotá, el 6 de julio de 1944, con un premio mayor de $ 150.-000.00, sorteo en el cual resultó favorecido con dicho billete.

Dos días después, el 8 de julio, Cortés se presentó a las oficinas del Banco Francés e Italiano de esta ciudad, en solicitud de que dicho establecimiento se encargase, por comisión, del cobro de

la suma correspondiente al premio, como así se hizo.

El 10 del mismo mes volvió Gonzalo al Banco en compañía de Rosa María Parra v. de Rodríguez, su suegra, y de Juan Evangelista Manrique, Revisor Municipal de Juegos; y, luego de conversar con los empleados del establecimiento, convinieron todos en que el cobro del premio lo haría el Banco por cuenta y para la señora Parra v. de Rodríguez.

Deducidos los impuestos y la comisión bancaria, los $ 150.000.00 del premio quedaron reducidos a $ 145.265.00, suma con la cual se abrió en el Banco una cuenta corriente a Rosa María, con la consiguiente entrega de una chequera para sus giros. En ese mismo día hizo el primero, por la suma de $ 1.000.00, que le fueron pagados.

Cuatro días después, de cobrado el premio por el Banco, o sea el 14 de julio, uno de los empleados del Municipio de Bogotá, dió denuncio criminal, para que se averiguasen las irregularidades que pudieran haber ocurrido en la ejecución del sorteo de la lotería, causa por la cual, los dineros del premio, consignados en el Banco Francés e Italiano a la cuenta corriente de la viuda de Rodríguez, fueron "congelados" por orden del investigador. Después, cuando el asunto criminal pasó al Juez Superior, tales sumas fueron trasladadas del Banco Francés al de la República, en depósito a disposición de dicho Juzgado.

La investigación siguió su curso hasta culminar en sentencia dictada por el Juzgado Superior, y en la que, con aplicación del artículo 153 del C. de P. P., se dispuso la cesación de todo procedimiento, porque se consideró que en los hechos investigados no se había cometido delito; este fallo fue más tarde confirmado por la Sala Penal del Tribunal, la que ordenó además, que los dineros se pusieran a la orden del Juzgado Primero Civil del Circuito, a cuyo conocimiento se hallaba por entonces el presente juicio, para ser posteriormente entregados en secuestro a un depositario, tal como lo había solicitado el actor.

Dentro del sumario, en donde sólo se investigaba la posibilidad de un fraude que invalidara el sorteo, tanto Cortés como su suegra, estuvieron de acuerdo en la explicación con que al fin y al cabo debían amparar un interés común. Sus diferencias surgieron luego, a propósito de la propiedad de los dineros del premio; pues según la señora, aún cuando el billete fue comprado por Cortés, él se lo regaló a su esposa Lidia Rodríguez, quien a su vez lo obsequió a aquélla, explicándose así, que la consignación bancaria hubiera sido hecha a nombre suyo, por el propio Cortés. En cambio y de acuerdo con lo sostenido por éste, la consignación así realizada, fue un simple acto de confianza con su suegra, para que se prestase a figurar ante el Banco como propietaria del billete y se hiciera el cobro del premio en su nombre, ya que Cortés, por ser "contador" de la empresa "Lotería Ciudad de Pasto" no quería figurar como ganador del premio, porque esto perjudicaba a la empresa.

La controversia

Ante esta situación, Gonzalo Cortés optó por demandar mediante el presente juicio a su suegra, a fin de que se le declare dueño del billete y de los dineros del premio, los cuales le deben ser entregados con intervención de la autoridad por cuya orden se encuentran secuestrados.

En marcha se hallaba el proceso civil cuando, por los incendios del 9 de abril de 1948, desapareció el expediente. Reconstruído que fue, el Juzgado le puso término a la primera instancia, con sentencia dictada el 22 de mayo de 1950, en la cual resolvió:

"1º—Decláranse infundadas y no probadas las excepciones perentorias propuestas en el presente juicio;

"2º—Declárase que pertenece al señor Gonzalo Cortés R., hoy a su cesionario doctor Manuel M. Granja O., la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cinco pesos ($ 145.265.00), provenientes del premio mayor de la Lotería Extraordinaria Ciudad de Pasto cuyo sorteo se verificó en esta ciudad el día 6 de julio de 1944, por haber salido favorecido el billete número 03361 adquirido por el demandante, que tenía y conservaba en su poder como dueño el día ocho de julio del mismo año, y que como consecuencia dicha suma es de su propiedad y dominio exclusivo, y por lo tanto debe serle entregada;

"3º—Declárase, como consecuencia, que el señor Gonzalo Cortés, al manifestarle al Banco Francés e Italiano, el día 10 de julio de 1944, que el billete premiado de la Lotería Extraordinaria Ciudad de Pasto, número 03361, pertenecía a la señora Rosa María Parra v. de Rodríguez, ejecutó un simple acto de confianza no traslaticio de dominio, y que de consiguiente dicha señora obró como testaferro de Cortés para efectos del cobro del valor de dicho billete y apertura de la cuenta corriente a su favor en el mencionado Banco

por la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cinco pesos;

"4º—Como la expresada suma de $ 145.265.00 pesos le fue remitida al señor Juez 3º Superior en virtud de lo ordenado en auto de fecha tres de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, en virtud del embargo y secuestro preventivo por dicho funcionario, una vez en firme esta sentencia, ofíciesele a dicho señor Juez para que en la oportunidad legal le sea entregada la mencionada suma al cesionario del demandante señor Gonzalo Cortés, doctor Manuel M. Granja O.

"5º—No hay lugar a hacer condenación en costas".

Apelada esta sentencia y enviados los autos al Tribunal Superior de Bogotá, éste falló el negocio confirmando la providencia del Juzgado por medio de la decisión objeto del presente recurso, fechada el 27 de agosto de 1951, cuyos fundamentos principales son:

Aunque la parte actora le dió a su acción el nombre de "reivindicatoria", en realidad es simplemente "petitoria de dominio", respecto de los $145.265.00 provenientes del premio. Entre otras razones, porque la primera no procede cuando la materia de la demanda consiste en objetos o cosas de género, como es el dinero; y porque la súplica principal del demandante es la de que se le declare dueño de los dineros del precio para que se le entreguen, no por la parte demandada, sino por la autoridad a cuya disposición se encuentran, por virtud de los sucesivos secuestros de que han sido objeto con ocasión del pleito. En la acción petitoria de dominio, el actor solicita que se le declare dueño de la cosa litigiosa, para que su título le sea calificado en contraposición a las pretensiones de su contraparte. Al paso que con la reivindicatoria, apoyándose en la otra, pide, además, que el demandado sea condenado a restituírle la cosa, que se halla en poder de éste. Pero es útil y necesaria la acción simplemente petitoria o declarativa de dominio, para despejar situaciones confusas e inciertas, acerca del que se disputan dos o más personas sobre una misma cosa. Y tal es el caso de autos con relación a los $ 145.265.00 del premio mayor de la Lotería Ciudad de Pasto.

Hace el Tribunal un pormenorizado análisis de las pruebas que se trajeron al proceso para concluír de acuerdo con ellas, confirmando el fallo de la primera instancia.

Demanda de casación

Su autor, demandado recurrente, hace dos capítulos de acusación contra la sentencia del Tribunal, el primero de los cuales lo introduce así:

"En primer término alega la causal 1ª del artículo 520 del C. J., porque el fallo acusado ha incurrido en error de derecho por violación de disposiciones civiles que adelante citaré, y por mala interpretación y aplicación de ellas. Como también ha incurrido en error de hecho por mala interpretación que hizo de las pruebas del demandante, en primer término, y de las pruebas de la demandada".

"Para el estudio dividiré en cargos o secciones los puntos atinentes a la causal alegada".

Primer cargo

Transcribe el recurrente los apartes de la sentencia en que el Tribunal analiza la acción de la demanda para señalarle el alcance de simplemente petitoria de dominio, aunque el actor la denominó reivindicatoria con el propósito de darle fundamento a la solicitud de secuestro autorizada por el artículo 958 del C. C., y en seguida funda así este primer cargo:

"De forma que la sentencia, en la petición que plantea la demanda en medio de su claridad terminante, acepta que lo demandado es la reivindicación, y por esto fue por lo que se pidió el secuestro que permite el artículo 958 del C. C. Pero opta por deducir que la acción es "simplemente petitoria de dominio".

"No se sabe hasta dónde puede ir la facultad del juzgador al fallar, para poder escoger acciones, ya cuando se demandan unas y no se demandan otras. En el presente caso, lo demandado es con la acción reivindicatoria, muy claramente expuesta en el libelo de demanda, pero el Tribunal conceptúa que, auncuando se demanda la reivindicación la acción no es ésta, sino petitoria de dominio, y se engolfa en esta tesis dando valor a las afirmaciones de la demanda como prueba y a las declaraciones traídas por el actor, sin análisis de ellas tanto en el fondo como en su origen, puesto que emanan de personas interesadas en que Cortés les pague cheques girados por negocios entre ellos.

"Habiendo una litis contestatio, ya para ser fallada, mal puede cambiarse el tenor de la demanda so pretexto de una interpretación que configura la ULTRA PETITA. La doctrina jurisprudenc-

cial al respecto sólo tiene cabida cuando la demanda es tan obscura que va hasta la vaguedad inconfundible. Entonces el juzgador tiene "El poder neecsario para ir tras lo racional y evitar el absurdo". La Corte se ha expresado de esta suerte: "Sabido es que si una demanda adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador con el fin de no sacrificar un derecho, y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar el absurdo". (G. J. Tomo XLIV página 438).

"Por este cargo, la sentencia recurrida es violatoria, por mala interpretación, y por haber dejado de aplicarlos, de los siguientes artículos del C. C., 946, 947, 950, 951, 952, 958, 669, 673, 754, ordinal 1º".

Se observa:

De dos maneras puede entenderse el cargo, según los fundamentos del mismo que se dejan transcritos:

a) Por error en la interpretación de la demanda, al decir el recurrente que la acción deducida en ella por el actor fue la reivindicatoria y no —como la interpretó el Tribunal— la simple **petitoria de dominio.**

b) El de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, al decir el recurrente que "habiendo una **litis contestatio,** ya para ser fallada, mal puede cambiarse el tenor de la demanda so pretexto de una interpretación que configura la ULTRA PETITA".

En su primer aspecto cabe recordar que el error en materia jurídica, como lo ha repetido muchas veces la jurisprudencia, puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción equivocada que se tiene, de que una cosa ha sucedido o no; el segundo supone un concepto así mismo equivocado respecto de la disposición aplicada al caso, y por cuyo camino resulta ella quebrantada.

Ahora bien. En el caso de que aquí se trata, el supuesto error sostenido por el recurrente no aparece en el hecho, cuando niega la existencia de la acción simplemente declarativa de dominio que el fallo reconoce, dados los términos inconfundibles de la demanda que en su ordinal sexto petitorio, se expresa así:

"Sexta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare que es de propiedad y dominio exclusivo del señor Gonzalo Cortés R. demandante, la suma de ciento cuarenta y cinco mil doscientos sesenta y cinco pesos ($ 145.265.-00 m. c.) que figuraban en la cuenta corriente de la señora Rosa María Parra v. de Rodríguez en el Banco Francés e Italiano..." Lo cual demuestra ostensiblemente, que el concepto del sentenciador en cuanto al hecho mismo de la declaración que se pidió, no sólo no es equivocado, sino que armoniza exactamente con el tenor literal de la demanda.

Y tampoco resulta haberse incurrido en error de derecho, puesto que, por definición, "La acción reivindicatoria o de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla" (artículo 946 del C. C.). Y ni, las sumas de dinero sobre que versa la demanda, constituyen cosa singular o cuerpo cierto, sino especies indeterminadas de cierto género, ni de dichas especies se ha sostenido que sea actual poseedora la demandada, para que pueda condenársele a restituir.

Por lo que hace al segundo aspecto de la acusación, éste habría de traducirse en un cargo de incongruencia entre la demanda y el fallo, por haber éste decidido más allá de las pretensiones del actor; y ese cargo no tiene ni puede tener fundamento válido en la causal primera que se invoca, sino en la segunda.

El cargo, resulta, pues, infundado y debe rechazarse.

Inicia así su segunda acusación el recurrente:

Segundo cargo

"La **acción reivindicatoria** fue la acción claramente incoada, y no otra distinta.

"El Tribunal ha debido reducirse a estudiar y fallar esta acción, y no suponer y deducir otra acción distinta.

"La demanda ha debido tomarla tal como está concebida en su parte petitoria. Si hubo deficiencia en su elaboración, si no corrigió oportunamente en tiempo la demanda el actor, el Tribunal no podía entrar a cambiar su tenor literal para fallar una acción no demandada.

"Como acción reivindicatoria demandada insistiendo que ésta fue el objetivo claro de la demanda y del actor, y por ello se decretó el secuestro que prescribe el artículo 958 del C. C.,

tenemos que ocuparnos de la acción reivindicatoria, para demostrar de esta manera la conflagración jurídica en que la sentencia incurrió"

En seguida dice, que si la demanda se dirigió contra Rosa v. de Rodríguez "determinándola" como poseedora del dinero, es porque la consideró como dueña, pues conforme a la presunción del artículo 762 del C. C. el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo; considera que esa posición de la demandada no puede cambiarse en el curso del juicio; cita en su apoyo una doctrina de la Corte sobre el particular; hace hincapié en su principal reparo a la sentencia, que consiste en que la acción incoada es reivindicatoria y no la simple petitoria de dominio; dice que la prueba de la primera aducida por el actor no es prueba; se refiere a los testigos Juan Evangelista Manrique ("el convidado de piedra en este affaire"), Carlos Ramírez Angel, "el compañero de negocios de Cortés", de quien dice que es extraordinariamente parcial, Arrázola y Xavier Francois, cuyos dichos, dice, contraprueban el derecho de dominio demandado; se refiere también a la confesión de la demandada en posiciones extrajuicio, y, por fin, plantea su acusación así:

"El análisis hecho de estas pruebas en la sentencia recurrida, que corre a folios 24 a 28 del cuaderno 8, deja ver de relieve la carencia de prueba plena, precisa y convincente de la acción de dominio demandada.

"Por otra parte de la sentencia acusada **hubo un gran error de hecho** (se subraya) al apreciar estas pruebas como plenas del derecho de dominio que la demanda claramente formuló en sus peticiones.

"Como la acción reivindicatoria no podía prosperar en derecho ni en la prueba de los hechos, se ha debido fallar la demanda en sentido absolutorio. Hubo violación de las siguientes disposiciones por no haberlas aplicado: 946 a 960, 762 a 792 del C. C."

Se considera:

Vuelve a presentarse aquí la falta de precisión, ya anotada en la consideración del cargo anterior. Porque, de una parte, hace depender el extravío que advierte en la sentencia, de la errada interpretación de la demanda, consistente, a su entender, en darle al libelo el alcance de simple acción petitoria de dominio, siendo, en realidad, reivindicatoria; y de la otra, en error de hecho al apreciar los testimonios de las personas nombradas.

Acerca de lo primero, ya se vio cómo no sólo no incurrió la sentencia en error de interpretación, sino que al declarar el derecho de propiedad sobre los dineros del premio a favor del demandante, lo hizo cabalmente en atención a la petición **sexta** de la demanda, cuyo texto se dejó transcrito. Y en cuanto al error de hecho en la apreciación de las declaraciones, la Sala no puede, sin quebrantar los principios que rigen en materia de casación, proceder a examinar cada testimonio, para ver de descubrir los posibles errores en que haya incurrido el sentenciador al apreciarlos; es al actor en el recurso a quien compete su señalamiento, exhibiéndolos, con sus características de manifiestos, claros o evidentes. La generalización del cargo respecto a declaraciones que apenas se determinan por los folios del cuaderno donde aparecen, y cuyo contenido se tacha por falta de imparcialidad, es inconducente. Era preciso señalar exactamente los pasajes o expresiones que el Tribunal apreció erróneamente, para que la Corte adquiera la capacidad de apreciar si, en verdad, el sentenciador incurrió o no en el error de que se acusa la sentencia.

Por consiguiente, este segundo cargo debe rechazarse.

Tercer cargo

En esta "sección" —la más extensa del recurso— vuelve nuevamente a insistirse en que lo incoado por el demandante es la acción reivindicatoria, y no la petitoria de dominio que le sirvió de base al Tribunal para confirmar el fallo del Juzgado. Dice que el sentenciador tomó ese derrotero, no por vaguedad de la demanda sino "por el deseo de fallar sobre algo, acomodándose forzosamente la prueba del actor; interpretando aisladamente las declaraciones y por un solo aspecto, sin certeza en el método de investigación". Agrega que el problema lo resolvió el Tribunal por "simples conjeturas o presunciones", que no son ni legales ni vehementes ni graves ni precisas; que lo que se dice o se prueba en lo penal, "en donde se investiga un delito, no puede traerse como prueba en lo civil, en donde se demanda la eficacia de un derecho". "Son factores distintos en prueba que no pueden sumarse, para producir efectos en el proceso civil". Que en la inda-

gatoria puede haber una confesión sin previo juramento, mientras que en la "probanza civil, a la confesión antecede el juramento de ser verdad lo que se depone.

"En estas condiciones, se agrega, y debido a que la sentencia recurrida, tomó la trayectoria de la "acción petitoria de dominio", tenemos que examinar las violaciones de la ley al respecto, y, especialmente, el error de hecho en que incurrió al apreciar las pruebas del actor, y el abandono sistemático que hizo la sentencia de las pruebas de la demandada, pues no hubo análisis de ellas, tomó la confesión extrajuicio como una prueba plena y absoluta, sin tener en cuenta la explicación que la misma confesión hace al revivir declaraciones-indagatoria en el proceso penal para traerlas al proceso civil".

A continuación se refiere a las pruebas del actor, comenzando por la CONFESION DE LA DEMANDADA, que se encuentra en las posiciones absueltas por ésta extrajuicio, para oponer los siguientes reparos:

En la recepción de las posiciones absueltas por la señora se violó el artículo 613 del C. C., porque éste dispone que las preguntas al deponente han de hacérsele sobre hechos personales suyos, y a la demandada se le hicieron sobre hechos del Juez Instructor, así: "R. 26 a la 5ª "Diga cómo es cierto, sí o nó, que en la diligencia indagatoria a que se refiere la primera pregunta de estas posiciones, la deponente fue **preguntada por el Juez Instructor así:** "....."De manera —anota el recurrente— que esta forma de posiciones es la que está reñida con la prescripción del antes citado artículo. Por lo mismo estas posiciones carecen de valor legal".

Las posiciones absueltas extrajuicio por la demandada han de aceptarse con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones, siguiendo el precepto. "Es cierto y aclaro, que las respuestas dadas por mí en la diligencia porque se me pregunta, lo fueron teniendo en cuenta las instrucciones que mi yerno Gonzalo Cortés me había dado previamente". Leída la aprobó. Y las otras explicaciones de la absolvente —hoy demandada— cuando dijo cómo su hija le había regalado el billete que ella recibió de Cortés y que, por lo mismo, al presentarse al Banco al cobro del premio, ella cobraba lo que le pertenecía. Y que si declaró como lo hizo en la indagatoria fue por la presión que le hizo Cortés, quien le dijo que si declaraba las cosas tal como habían sido, "entorpecería el pleito", porque él ya había declarado en la forma en que ella lo iba a hacer. (C. 3 fls. 26 y 27).

Por no haberle dado el Tribunal a las posiciones absueltas por la demandada el valor legal que les corresponde, tenidas en cuenta estas consideraciones, la sentencia violó los artículos 603 a 613 del C. J., y 1769, 1502, 1768 del C. C., "por no haberlos aplicado y por interpretación errónea", "incurriendo así en error de derecho y en error de hecho en la apreciación de esta prueba".

Se observa:

Para la Sala, son desde luego inobjetables las alegaciones formuladas por el recurrente, en cuanto a la forma irregular como llegaron a reproducirse en este juicio, las declaraciones indagatorias que la demandada rindió en la investigación criminal, iniciada para averiguar el fraude posiblemente cometido antes, en, o después del sorteo de la "Lotería Ciudad de Pasto". Porque el procedimiento de interrogarle a un presunto demandado, sobre el contenido de la pregunta que en una investigación penal se le hiciera y los términos como se contestara, aun cuando la respuesta contenga una larga exposición de hechos, muchos de los cuales pueden no ser propios del deponente o considerarse como contrarios a su decoro, vergonzosos o criminales, no sólo es contrario a los claros preceptos de los artículos 612 y 613 del C. J., invocados por el recurrente sino a elementales normas de probidad en el empleo de los medios de que las partes deben valerse, para lograr el triunfo de sus legítimos derechos. Sin embargo, cuál es el valor probatorio que a tal declaración cabe asignársele una vez producida?

"Si la confesión hubiese sido hecha en un juicio penal, dice el conocido profesor Ricci, puede, en nuestro sentir, hacer plena prueba en el juicio civil, **siempre que la parte en cuyo favor fue hecha** hubiera intervenido en el juicio penal y hubiese tenido lugar en el debate judicial **entre el procesado y la parte civil,** toda vez que en tal caso la confesión hecha a presencia de la parte, y a su instancia, ante el Juez de lo criminal, no puede tener menos eficacia que la confesión hecha a las partes extrajudicialmente". (Tratado de las pruebas, tomo 2° pág. 105 in fine).

Por tanto, y de acuerdo con esta opinión que corresponde en el fondo al principio consignado en el artículo 604 del C. J., para que la confesión efectuada en juicio penal sea admisible en posterior juicio civil, es necesario que ella se haya producido entre quienes fueron partes contrapuestas en el debate, y éstas no eran, ni mucho me-

nos, las circunstancias en que actuaban la señora viuda de Rodríguez y su yerno, en la investigación penal, en donde su interés común se dirigía tan sólo a obtener que la rifa se tuviera por bien hecha, para así lograr el premio. La cuestión de establecer a cuál de los dos pudiera corresponderle sólo apareció después, como consecuencia precisa de los resultados a que había llegado la investigación penal.

No obstante ser esto así, el error de derecho en que incurrió el sentenciador al admitir la confesión de la señora no resulta bastante para determinar la invalidación de la sentencia.

"Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cítesela o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en la acepción de fuentes de derecho— no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutivo del error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio. Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio violación medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J., ley sustantiva, y que es el único motivo que dá acceso a la casación". (Casación 16 de junio de 1942. G. J. Nº 1986, página 640).

Ahora bien: para el caso de que se trata, el recurrente, después de citar los artículos relacionados con la confesión judicial (603 a 613 del C. J.) y de decir que se violaron por el Tribunal por "haber dejado de aplicarlos y por interpretación errónea" (dos conceptos distintos), señala como violados los siguientes artículos del C. Civil: el 1.769, que trata de la confesión judicial que se haga por la parte o su apoderado y su valor probatorio; el 1.768, que distingue entre presunciones legales y judiciales; y el 1502, que enumera los elementos necesarios para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de su voluntad. Los dos primeros artículos aun cuando colocados dentro del C. C., no son propiamente sustantivos en el concepto específico del recurso, por lo cual su violación es de simple medio conforme a lo antes expuesto; y el último envuelve un precepto de carácter general acerca del cual no se hace indicación alguna por el recurrente, sobre el modo como lo considera quebrantado por el sentenciador al darle a las posiciones extrajuicio de la demandada el valor de confesión judicial.

Por este concepto, el cargo resulta pues infundado.

Otro aspecto de la acusación es el relacionado con las declaraciones de los testigos Juan Evangelista Manrique (Inspector Municipal de Juegos), Carlos Ramírez Angel, (tenedor de cheques girados por Rosa María v. de Rodríguez a instancia del actor, Gonzalo Cortés), Manuel Arrázola y Javier Francois (empleados del Banco Francés e Italiano), los dos primeros presentados por el demandante y los dos últimos por la demandada.

Acerca de los testimonios de Manrique y de Ramírez Angel, considera el recurrente que no merecen fe, porque desde un principio demostraron tener interés "en complicarle la situación a la demandada", y porque además, dichos declarantes intervinieron en el proceso y los hechos que lo originaron. Después de analizar los dichos de estos dos testigos, el recurrente llega a la conclusión de que la sentencia del Tribunal "violó por falta de aplicación, las disposiciones 673-699 del C. J., incurriendo en error de hecho al apreciar esta declaración como plena prueba de la acción petitoria de dominio".

Y respecto de los rendidos por Arrázola y Ramírez Angel observa, que "Estas pruebas de la demanda no fueron consideradas por la sentencia recurrida y, si lo fueron, incurrió en error de hecho por su mala apreciación, pasando por alto la prescripción del artículo 601 del C. J.: 'Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y, a falta de ésta, su consonancia con los principios generales de la equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado'.

"Por este aspecto —concluye el recurrente— fueron violados por la sentencia acusada, por mala interpretación, dejándolas de aplicar, las siguientes disposiciones: arts. 762 a 781; 669, 673, 740, 741, 754 del C. C.; 601, 702, 704, 669, 594 del Código Judicial".

Se observa:

El cargo, conforme a las expresiones empleadas en la primera parte de la acusación, se apoya en el error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar equivocadamente las pruebas, "pasando por alto la prescripción del artículo 601 del C. J. Y de acuerdo con la segunda esa violación se halla determinada por errónea interpretación, "dejándolos de aplicar", de las distintas disposiciones de los códigos civil y de procedimiento que allí cita.

Con este confuso planteamiento, el recurrente no hizo sino desconocer las normas fundamentales de la técnica de casación según la cual, los cargos deben formularse en términos concretos y especificados, de suerte que, apoyados en la causal 1ª del artículo 520, se pueda claramente conocer, cuáles demuestran infracción de la ley sustantiva por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de su texto, y cuáles conducen a su quebrantamiento por la vía indirecta de la errónea apreciación —de hecho o de derecho— en las pruebas aducidas al juicio.

La casación, como se ha dicho en infinidad de oportunidades, no es una tercera instancia, en la que al juzgador le sea dable descubrir el derecho a través de sus propias y directas investigaciones: dentro de ella, corresponde al recurrente, determinar exactamente la vía por la cual estima que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, para por este medio llegar a la infirmación correspondiente.

Fuera de esto no sobra recordar, que en tratándose de violación por error en la apreciación de las pruebas, no basta la simple probabilidad de que tal error se haya cometido para que proceda la anulación' de la sentencia: se requiere demostrar además, que ese error es evidente o manifiesto, y que como consecuencia de él se produjo el quebrantamiento de la norma reguladora del derecho desconocido. Y en el caso de autos, esa equivocada apreciación en cuanto al valor de los testimonios aducidos no sólo no es manifiesta, sino que aún suponiéndola, sería ineficaz para los fines de la casación, por no aparecer determinado el precepto regulador del derecho desconocido a través de esa supuesta violación.

El cargo resulta, pues, infundado y debe rechazarse.

Cuarto cargo

Para fundarlo, sostiene el recurrente, que de acuerdo con la demanda, la acción que se propuso fue la reivindicatoria y no la simplemente declaratoria de dominio; luego al sostener el Tribunal el concepto opuesto, "violó los preceptos legales y dió lugar a la causal 2ª de casación del artículo 520". "Así, agrega, cometió error de derecho por haber dejado de aplicar el artículo 946 y ss.; y 762 y ss., del C. C., 471 y 472 del C. J. Y error de hecho por la mala apreciación de las pruebas de la parte demandada".

Se observa:

A la defectuosa presentación de los cargos, en la que se involucra la causal 2ª con fundamentos que sólo proceden respecto de la 1ª, y que sería bastante para desecharlos, según lo dicho en apartes anteriores, bien pueden agregarse estas otras brevísimas consideraciones:

"La causal segunda de casación del artículo 520 del C. J., lo ha dicho muchas veces la Corte, se refiere al caso de que el fallo sea incongruente con el derecho o la excepción oportunamente deducidos en el juicio, en detrimento de lo preceptuado en el artículo 471 ibidem último aparte. En otros términos, la causal procede únicamente, ya cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia, se deja de resolver sobre los que lo fueron, se condene a más de lo pedido y no se falle sobre las excepciones perentorias opuestas a la acción. Por tal motivo, para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, y es improcedente el examen de las consideraciones que indujeron al Tribunal a pronunciarse como lo hizo en esa parte". (Sentencias: julio 31 de 1945—Tomo LIX, pág. 406;

febrero 24 de 1945—T. LVIII— 620; mayo 17 de 1946—T. LX, 462).

En el presente caso, se demandó a la señora Rosa María P. de Rodríguez, para que con su audiencia se declarase: que Gonzalo Cortés ejecutó un simple acto de confianza o de simulación no traslaticio de dominio al manifestar al Banco Francés e Italiano que el billete de la Lotería Extraordinaria Ciudad de Pasto distinguido con las cifras 03361, correspondiente al sorteo verificado el día seis de julio de 1944 pertenecía a la señora Rosa María Parra v. de Rodríguez, a quien debía entregarse el valor del precio; y que como consecuencia, se declarara que pertenecen al demandante, los dineros provenientes del premio, los cuales deben ponerse a su disposición por la entidad que los tenga en secuestro, al tiempo de ejecutoriarse la sentencia. Pero como precisamente éstas y no otras fueron las declaraciones hechas por el Tribunal cuando confirmó el fallo de la primera instancia, mal puede entonces aceptarse la pretendida incongruencia entre lo demandado y lo sentenciado, ni por lo tanto, el cargo que en dicho concepto se apoya.

Por lo tanto y no siendo tampoco procedente el cargo por los supuestos errores de hecho y de derecho, que a propósito de acusaciones anteriores se dejaron analizados, es el caso de declarar totalmente infundado el recurso.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio.

Costas, a cargo del recurrente.

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

Luis Enrique Cuervo.— Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.— Manuel José Vargas.— Hernando Lizarralde, Secretario.

LA PERDIDA DEL PLEITO NO IMPIDE LA IMPOSICION DE MULTA POR RETENER INDEBIDAMENTE EL EXPEDIENTE

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

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Se declara desierto un recurso

El Tribunal Superior de Bogotá falló con fecha 20 de noviembre de 1952 sobre nulidad de un remate en el juicio ordinario seguido por Miguel A. Ramírez contra Deogracias Román C.

Interpuso recurso de casación la parte de Ramírez. Se le concedió, vinieron los autos a la Corte, se declaró admisible el recurso y se le dio en traslado a la parte recurrente para que formulara su alegato, el 24 de abril del presente año, habiendo vencido el término el primero de junio siguiente. El apoderado de la parte opositora solicitó y obtuvo que se requiriera al señor apoderado de la parte recurrente, doctor Manuel José Porras y Porras, según consta en el auto de esta Corte de 22 de junio último. Allí se conminó al doctor Porras y Porras para que devolviera los autos dentro del término señalado por el artículo 380 del C. J., so pena de pagar a la otra parte una multa de $ 50.

Notificado personalmente el doctor Porras y Porras, el 30 de junio próximo pasado desobedeció la conminación de la Corte.

Se considera:

Habiendo pasado los términos, tanto para cumplir con el requerimiento como para fundar el recurso, es el caso de dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 381 y 532 del C. J.

En sentencia de casación del 9 de octubre de 1935, visible en la página 368 del tomo 43, esta Corte dijo que la multa era una sanción distinta a la de la pérdida del pleito. Esta última sanciona algo más que la desobediencia por la retención indebida de los autos, como es la contumacia de quien a pesar de la multa con que se le conmina no devuelve el expediente.

Por tanto, la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero.—Condénase al señor apoderado de la parte recurrente en este juicio, doctor Manuel José Porras y Porras, a pagar a la otra parte la multa con que se le conminó en auto ejecutoriado del 22 de junio último;

Segundo.—Declárase desierto el recurso de casación que se interpuso por la parte de Miguel A. Ramírez contra Deogracias Román y, en consecuencia, está ejecutoriada la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 20 de noviembre de 1952, citada en la parte motiva.

Tercero.—Costas a cargo del recurrente, y

Cuarto.—Expídase copia de lo actuado y remítase a la autoridad correspondiente en el ramo criminal para que se investigue el delito y se obtenga la recuperación del expediente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese al Tribunal de origen.

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas—Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION.—NULIDADES

1.—Cuando en casación se acusa una sentencia con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., el recurrente debe señalar de manera precisa si se trata de violación directa o de violación indirecta de la ley; y en este último caso, indicar claramente cuáles pruebas fueron mal apreciadas, si el error fue de derecho o de hecho, si el error de hecho tiene el carácter de evidente o manifiesto, y, por último, determinar las disposiciones legales que fueron violadas.

2—El principio del artículo 449 del C. J., de que no puede alegarse nulidad si proviene de falta de repartimiento o de haberse hecho éste indebidamente, es aplicable al caso en que para estudio se pase el proyecto a un Magistrado en lugar de otro que por reglamento integra la Sala, faltando éste.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía).

Por una faja de tierra situada en el área urbana de Bogotá entraron en pleito, de un lado, Pablo E. Latorre Márquez, y del otro, Clemente Suárez, Luis A. Orjuela y Moisés Suárez. Aquél demanda a éstos para que se declare, entre otras cosas, que es dueño de la faja en cuestión y que se le debe restituír.

En los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda, el actor afirma su derecho de dominio sobre el inmueble, y en el 4º expresa: "Los demandados se encuentran en posesión de la faja de terreno que se reivindica".

Los demandados se opusieron a lo pedido, negaron los hechos sobre la propiedad que alega el actor, y en cuanto a la posesión de la faja, contestando aquel hecho 4º, dijeron por conducto de su apoderado: "Es cierto que mis mandantes han tenido y se encuentran en posesión de la faja de terreno que se pretende reivindicar....".

El Juez Segundo Civil de Bogotá desató la litis en primera instancia, absolviendo a los demandados.

El fundamento de la absolución se hizo depender de la circunstancia de no haber hallado el Juez la prueba suficiente sobre la identidad entre el bien pedido en reivindicación y el poseído por los demandados.

Apelada esta sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, por la suya de veintiséis de enero de mil novecientos cincuenta y dos, la revocó y despachó favorablemente los pedimentos principales de la demanda, es decir, declaró el dominio a favor del actor y la restitución por parte de los demandados.

Acudieron éstos en busca de casación de la sentencia, y la Sala entra a considerar el recurso.

En un franco y largo alegato —que no es demanda de casación— sin pausa y sin consideración alguna ante exigencias procedimentales del recurso extraordinario, ni ante la manera como es preciso presentar las que se tienen como violaciones legales, los demandados, por medio de apoderado, se querellan contra el demandante por lo que ha sostenido en el juicio, y contra el fallador, por lo que ha decidido sobre éste, querella a que no se puede atender en casación, pues éste es un recurso sometido a normas rígidas que desatendidas por los litigantes, lejos de prestar servicio a la causa que tratan de enderezar, la perjudican y oscurecen.

El recurrente invoca dos motivos de casación, el primero y el sexto, aquél "por violación de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea, violación que proviene de la apreciación errónea de varios elementos probatorios aducidos al juicio y por haberse dejado de estimar otros, habiendo por lo mismo el Tribunal incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas y en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos". Y con respecto a la causal sexta se dice que el Tribunal "incurrió en nulidad procedimental por incompetencia de jurisdicción de que trata el numeral 1º del artículo 448 del C. J.".

Causal primera: Bajo esta causal se formulan dos acusaciones:

Falta de prueba sobre la identidad entre el objeto pedido y lo poseído por los demandados; y

Falta de prueba sobre el dominio alegado por el actor.

A.—Afirma el Tribunal:

Que la finca reivindicada fue identificada en la inspección ocular;

Que los peritos corroboraron esa identificación;

Que a la identificación contribuye un plano que se halla en el expediente.

Dice el Tribunal que la parte demandada niega la identificación por lo que expresa un certificado de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, y por una acción que tiene instaurada contra el Municipio de Bogotá por ocupación de la que hoy es carrera 19-A. Mas el Tribunal refuta estas objeciones de los demandados, para dejar establecida la identidad.

Después de esto, la sentencia hace examen de una copia heliográfica del plano de los terrenos donde se halla la faja disputada, de la cual copia dice que "hace plena fe por tratarse de un acto emanado de un testigo el cual ninguna de las partes podría rechazar". Mas dice el Tribunal que sobre esto se objeta que el actor propuso a los demandados compra de la faja, y que en unas declaraciones se afirmó que la faja pertenece a los demandados. Razones éstas que el Tribunal refuta también para reafirmar la fuerza del plano como coadyuvante de la identificación, y termina así: "Conclusión de lo expuesto, es el que está demostrado el tercer elemento de la reivindicación".

Acerca de la identidad dice el recurrente que el Tribunal "quebrantó los artículos 946, 1758, 1759 y 1757 del C. C., y 632, 604 y 606 del C. J.". En qué concepto fueron quebrantados? Nada se dice al respecto.

El recurrente se extiende en alegaciones contra la fuerza probatoria del plano, tratando de glosar lo expuesto por el Tribunal, y dice en uno de sus párrafos que "la copia del plano con las escrituras eran simplemente elementos que podrían servir para identificar la materialidad de la cosa de que tratan uno y otras". Exactamente: el Tribunal cita el plano como uno de los elementos de identidad y no como la identidad en sí.

Y tocando ya la cuestión legal sobre el plano, después de decir que hay un verdadero error en la apreciación de la prueba en que incurrió el Tribunal al considerar la copia del plano como elemento probatorio distinto del de la escritura, y de argumentar contra lo que dijo el Tribunal como objeción a las razones de los demandados que quedaron anotadas atrás, termina sus puntos de vista así: "Resumo este primer motivo diciendo que el Tribunal violó el contenido de los artículos 946 en relación con el 1758 y 1759 del C. C., y 632 del C. J., al considerar que en el expediente estaba plenamente acreditada la identidad de la cosa, valiéndose para ello de consideraciones erradas sobre pruebas que se han aducido al expediente, y dejando de estimar otras, lo que llevó al Tribunal a aplicar en el presente caso el artículo 946 del C. C., sin que esta norma legal se pueda aplicar porque no existen en el expediente demostradas las condiciones que deben estar debidamente establecidas para que la acción reivindicatoria prospere".

Frente a esta acusación se pueden presentar varias observaciones, a saber:

No se dice a cuáles textos legales se refiere la acusación, si a este último o a aquellos otros.

No se expresa cuáles son los fundamentos de la violación o violaciones.

Parece ser que por error a través de las pruebas. Pero no se expresa a cuáles pruebas en concreto se refiere el recurrente. En su extensa argumentación trata solamente del plano, pero ya al concretar el cargo, como se ve en lo copiado, habla de "pruebas que se han aducido al expediente", y de "apreciación de tales pruebas".

Al expresar el recurrente que el Tribunal se valió de "consideraciones erradas sobre pruebas", parece que quiso insinuar que hubo un error por parte del Tribunal, pero no se dice de que error se trata, si de hecho o de derecho.

Si era de hecho, no se expresa si tenía el carácter de evidente.

Ya se ha dicho que el recurrente habló extensamente del plano, como si de esa prueba se tratara, pues dijo, hablando de ella que "hay un verdadero error en la apreciación de la prueba al considerar la copia del plano". De manera que el recurrente atacó solamente uno de los elementos en que el Tribunal fundó su convicción sobre la identidad, y dejó por fuera la prueba más importante, la inspección ocular y de peritos, a que el Tribunal se refirió, según se vió atrás. Y dado por supuesto que el plano no sirve como elemento de prueba en la identidad, quedarían afirmándola los otros elementos.

Coadyuva al menos a establecer la identidad lo siguiente: los demandados dijeron en la contestación de la demanda, al atripuírseles la posesión

de la faja: "Es cierto que de la faja de terreno que se pretende reivindicar mis poderdantes tienen la posesión en su propio nombre y sobre ella han ejercitado actos de señor y dueño" (contestación al hecho 3°). Y todavía repiten: "Es cierto que mis mandantes han tenido y se encuentran en posesión de la faja de terreno que se pretende reivindicar" (contestación al hecho 4°).

No prospera el cargo.

B.—Dijo el recurrente en lo que él llama "segundo motivo", al concretar su queja contra la sentencia, que el "Tribunal al desechar sin fundamento el contenido de las pruebas aducidas al juicio y dejar de estimar otras, incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, lo que lo llevó al quebrantamiento de la ley sustantiva, al reconocer a la parte demandante un derecho que ella no ha tenido, por lo cual violó los artículos 946 y 950 del C. C., en armonía con los artículos 1758, 1759 y 1769 del C. C., y 604 y 606 del C. J.".

Como se ve, no acepta el recurrente que el Tribunal hubiera encontrado suficiente la prueba sobre el derecho de dominio alegada presentada por el actor, y dice que aquél incurrió en error de hecho y de derecho al aceptar esa prueba.

El Tribunal llegó a la conclusión de que el actor era dueño, por el estudio y análisis de las siguientes pruebas:

a). Escritura N° 1330 de 5 de julio de 1915 de la Notaría Segunda de Bogotá;

b). Escritura N° 1.130 de 5 de julio de 1915 de la Notaría Tercera de Bogotá;

c). Escritura N° 2.024 de 19 de agosto de 1926 de la Notaría Segunda de Bogotá;

d). Escritura N° 3.163 de 10 de septiembre de 1945, de la Notaría Primera de Bogotá;

e). Escritura N° 141 de 22 de enero de 1948, Notaría Primera de Bogotá, por la cual compró el actor el inmueble donde está la faja que reclama.

Fuera de esto, el Tribunal examina las siguientes escrituras como colaterales:

f). La número 94 de 11 de enero de 1945, Notaría Primera de Bogotá;

g). La número 95, de la fecha y procedencia antes citadas; y

h). La número 2214 de 4 de julio de 1947.

Dice el Tribunal, en seguida del examen pormenorizado de estas escrituras, que la historia de la titulación es perfecta y que el demandante ha acreditado, sin lugar a duda, la primera condición de la acción, o sea el derecho de dominio. Y expresa en otra parte: "El actor pudo demostrar una tradición completa de la cosa materia de la reivindicación, por un encadenamiento de títulos válidos y debidamente inscritos en la oficina de registro. En cambio, el demandado con sus títulos no pudo demostrar que la zona del terreno pudiera estar amparada por una serie de títulos, ya que esos títulos se refieren a un terreno separado del actor por una calle pública".

Ante esta convicción tan firme del Tribunal, cuál es la tacha que le opone el recurrente? El haber incurrido en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Pero ni dice a cuál o cuáles pruebas en concreto se refiere, ni ha establecido el error.

El cargo no puede prosperar.

Causal Sexta:—Sobre esto dice el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 70 y 71 del C. Judicial en armonía con el numeral 1° del artículo 448 de la misma obra, debido a que el Magistrado García citó para sentencia, como ponente, y que la Sala ha debido integrarse con los otros dos que le seguían en turno, de acuerdo con el orden alfabético, o sea, con los Magistrados García, Hinestrosa y Rozo; y que como en la Sala que decidió el negocio aparece el Magistrado Barrios, esa Sala no tenía jurisdicción para conocer del asunto, y se incurrió en la causal de nulidad que apunta el numeral 1° del artículo 448 citado.

Este numeral dice que es causal de nulidad la incompetencia de jurisdicción. Pero tratándose de un juicio ordinario en segunda instancia, el Tribunal era competente para conocer de él. No se ha negado esto por el recurrente, ni se ha negado que tres Magistrados formaran la Sala de Decisión, de lo cual se puede sacar la conclusión que en el caso contemplado no hubo incompetencia de jurisdicción.

Pero el recurrente alega que la Sala ha debido estar formada por los Magistrados García, Hinestrosa y Rico, y que no obstante esto, figura el Magistrado Barrios. Mas esto no constituye falta de jurisdicción. Es un detalle muy explicable, como se ve:

El negocio fue repartido al Magistrado Escallón, quien actuó en varias oportunidades, pero la citación para sentencia la hizo el Magistrado García, sin que el otro Magistrado hubiera vuelto a figurar. Y de acuerdo con el criterio del recurrente, aquí cabría otra nulidad.

El Magistrado García señaló día para la audiencia, y hay constancia que en esta se reunieron sólo los Magistrados García e Hinestrosa; y

por no haber asistido el Magistrado Rico se suspendió la audiencia y se fijó otro día para oír a los litigantes.

Después se celebró nueva audiencia, a la cual concurrieron los ya citados Magistrados García e Hinestrosa, y se lee en el acta que dejó de concurrir el Magistrado Rico por enfermedad.

Esto da motivo para suponer que por su enfermedad el Magistrado Rico estuvo ausente del Tribunal durante largos días, y que posiblemente hizo uso de licencia, por lo cual intervino en el negocio el Magistrado que seguía en turno.

Pero, como se ha dicho, la presencia del Magistrado Barrios no tiene importancia en el caso a estudio, si en realidad era Magistrado, lo cual no se ha negado. Y no tiene importancia, sobre todo frente a lo que dice el artículo 449 del C. Judicial, a saber: No puede alegarse nulidad si proviene de falta de repartimiento o de haberse hecho éste indebidamente. Principio éste aplicable al caso en que para estudio se pase el proyecto a un Magistrado en lugar de otro que por reglamento integra la Sala, faltando éste.

No prospera el motivo alegado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiseis de enero de mil novecientos cincuenta y dos, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO ES PROCEDENTE MODIFICAR EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LA PRUEBA DE INDICIOS.-REQUISITOS DE LA DEMANDA CUANDO SE ACUSA POR ERROR EN ESA APRECIACION.—PRUEBA DE LOS HECHOS CRONICOS

1—Cuando el juzgador llega a formar convicción por una serie de hechos indiciarios de mayor o menor importancia, que valorados después en su conjunto, vienen a constituír la conciencia del juez, toca al recurrente en casación, haciendo discriminación de esos hechos, estudiarlos y argumentar sobre cada uno, pero mostrando, al mismo tiempo, la violación legal atribuída al sentenciador, pues es inoficiosa una simple refutación que equivaldría a una confrontatación de criterios, el del fallador y el del recurrente, lo cual no tiene mérito alguno en casación.

De otra parte, en la convicción del juez, en esos casos, se sigue un proceso de hechos escalonados, al cual el recurrente debe referirse, pero sin dejar claros o lagunas, porque si examina unos hechos indiciarios y deja otros sin examen, querrá decir que no hizo todo el recorrido, y que la sentencia del Tribunal ha de quedar en firme, cimentada en los hechos no analizados por el recurrente.

Pero hay más: examinando los motivos enumerados en el artículo 520 del C. Judicial, se puede observar que el primero da ocasión a un debate de análisis, es decir, a un examen de hechos, de infracciones, de interpretaciones y de errores, relacionados con la sentencia recurrida y con las pruebas. Tomar la sentencia como un hecho, para enfrentarla a unos textos legales y decir que fueron violados, sin que se haya seguido el proceso que dio ocasión a esa sentencia, y por cuyo camino se iluminó la convicción del juez, es al menos un error de técnica procedimental. La vertebración de la sentencia hay que examinarla parte por parte, en casos en que entran en juego unos hechos que ha apreciado como indicios de significación.

2—Sobre los hechos crónicos, la Corte ha expuesto repetidas veces: "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" (G. J., Tomo XXVII, pág. 66).

3—Sólo en casos excepcionales de un error manifiesto, claro, que a simple lectura hiera la mente por el absurdo que él irradie, la Corte puede, en casación, descalificar el concepto del Tribunal derivado de la apreciación de indicios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía.)

Juan M. Cerón y Rosario Sánchez, esposos entre sí, vendieron unos inmuebles a Luis Alberto Rodríguez.

A poco, ya muerto Cerón, Rodríguez "le volvió la escritura" a la Sánchez, según frase que se lee en alguna parte, es decir, le hizo venta a aquélla de los mismos inmuebles.

No advirtieron sin duda los negociadores que eran vigilados por María Elina Cerón, hermana de Juan e hijos ambos de Guillermina Cerón; y en día menos pensado aquélla —María Elina Cerón— presentó ante el Juez del Circuito de Facatativá demanda ordinaria para que con audiencia de la Sánchez viuda de Cerón, y del citado Luis Alberto Rodríguez, se declare, entre otras cosas que se solicitan en la parte petitoria principal y en la subsidiaria:

Que son inexistentes (o nulos) por simulación

absoluta, los dos contratos de compraventa mencionados arriba; y

Que los inmuebles a que tales contratos se refieren pertenecen a la sociedad conyugal formada entre Juan Cerón y Rosario Sánchez, y que ésta debe restituírlos.

El Juez decidió:

Que son simulados los contratos:

Que el verdadero móvil de éstos fue trasmitir a título gratuito los bienes de Juan Cerón a su mujer Rosario Sánchez, dejando sin legítima rigorosa a Guillermina Cerón, madre de aquél.

Que el contrato verdadero, o sea la donación que se pretendió realizar por medio de los contratos ostensibles, es absolutamente nulo al tenor del artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

Apeló de este fallo la parte demandada, y el Tribunal Superior de Bogotá, por el suyo de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, lo confirmó en todas sus partes.

Y como aquélla misma parte demandada hizo subir a la Corte el proceso, y éste se encuentra listo para la sentencia de casación, a ello se procede, previa una lacónica síntesis de las bases en que el Tribunal hace descansar su convicción sobre la prosperidad de la demanda.

Siguiendo los pasos del Juez, el Tribunal hace examen de unos hechos, que considera indicios graves, a saber:

1º—El que resulta de los testimonios de Manuel Rodríguez, Serafín Camargo, Rogelio Baquero y Jesús Baquero Salazar quienes expresan uniformemente que Cerón, hallándose gravemente enfermo les manifestó, que como iba a morir quería dejar todos sus bienes a su esposa Rosario Sánchez, haciéndole escritura de confianza a un tercero para que éste, una vez muerto él, la devolviera a su viuda;

2º—La escritura por la cual Cerón y la Sánchez vendieron a Rodríguez no fue firmada por éste, pues se hallaba enfermo en cama;

3º—Un poco más de dos meses después de otorgada aquella escritura, murió Cerón;

4º—Catorce días después de que Cerón murió, Rodríguez, señalado aquí como testaferro, "le volvió la escritura" a la Sánchez, es decir, le hizo venta de lo que poco antes había comprado él mismo a los esposos Cerón-Sánchez;

5º—En esa escritura se traspasaron todos los bienes de la sociedad conyugal Cerón-Sánchez;

6º—Tanto en la una como en la otra escritura aparece la obligación de pasar a la madre de Cerón una suma mensual determinada;

7º—No obstante que los esposos dijeron en la escritura respectiva que hacen entrega real de los inmuebles al comprador, siguieron poseyéndolos;

8º—No obstante lo dicho, los esposos siguieron pagando impuesto predial de los bienes que dijeron vender;

9º—En la venta que Rodríguez hizo a la Sánchez se fija como precio de ella la suma de $ 3.200, y se declara que aquél recibió esa suma; y sin embargo en posiciones dicen los comparecientes que esa suma no se ha recibido en su totalidad;

10.—En el recibo sobre el impuesto de registro de tal venta se hace figurar un precio de las fincas inferior al que se expresa en la escritura respectiva;

11.—En la primera venta figura un precio de $ 3.000, y en la segunda uno de $ 3.200; no obstante que avaluados por peritos los inmuebles, éstos les fijaron un valor de $ 14.000; y

12.—El médico José Vicente Puentes, inquilino de uno de los inmuebles, dice que siempre pagó los arrendamientos a Cerón, hasta su muerte, y después a la Sánchez, sin que ni el uno ni el otro le hubiera dicho que ese inmueble había sido vendido a Rodríguez; y que en vida de Cerón, éste manejaba el inmueble como dueño y señor, y después de su muerte lo manejaba así la viuda. Dice también que por los días en que se hizo la transferencia a Rodríguez el mencionado Cerón estaba muy grave, a punto que como médico suyo lo desahució y le aconsejó que arreglara sus asuntos.

De lo cual concluye el Tribunal que aún sin hacer examen sobre si los testimonios del indicio 1º constituyen una confesión, sino aceptándolos como un indicio grave para sumarlo a los otros, están reunidos todos los requisitos de la acción y se encuentra plenamente demostrada la ficción de los contratos de que se ha hecho mérito.

Dice el recurrente que acusa el fallo del Tribunal por haberse incurrido en errores manifiestos de hecho, y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas; por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por indebida aplicación como consecuencia de tales errores; y por ser violatoria de ley sustantiva por infracción directa como resultado de los mismos errores.

En casos como el presente, el Juzgador llega a formar convicción por una serie de hechos indiciarios de mayor o menor importancia que valorados después en su conjunto, vienen a constituír la conciencia jurídica del Juez. Son cabos sueltos que el fallador analiza, conecta y aprecia en su conjunto. Y toca al recurrente, haciendo discri-

minación de esos hechos, estudiarlos y argumentar sobre cada uno, pero mostrando al mismo tiempo la violación legal atribuída al sentenciador, pues es inoficiosa una simple refutación que equivaldría a una confrontación de criterios, el del fallador y el del recurrente, lo cual no tiene mérito alguno en casación.

De otra parte, en la convicción del Juez en casos como el actual se sigue un proceso de hechos escalonados, al cual recurrente debe referirse, pero sin dejar claros o lagunas, porque si examina unos hechos indiciarios y deja otros sin examen, querrá decir que no hizo todo el recorrido, y que la sentencia del Tribunal ha de quedar en firme, cimentada en los hechos no analizados por el recurrente.

Pero hay más: examinando los motivos enumerados en el artículo 520 del C. Judicial se puede observar que el primero da ocasión a un debate de análisis, es decir, un examen de hechos, de infracciones, de interpretaciones y de errores relacionados con la sentencia recurrida y con las pruebas. Tomar la sentencia como un hecho para enfrentarla a unos textos legales y decir que éstos fueron violados, sin que se haya seguido el proceso que dio ocasión a esa sentencia, y por cuyo camino se iluminó la convición del Juez, es al menos un error de técnica procedimental. La vertebración de la sentencia hay que examinarla parte por parte, en casos como el presente, en que entran en juego unos hechos que el juzgador ha apreciado como indicios de significación. Lo cual no hizo el recurente, como se verá en el examen de los cuatro capítulos de su demanda, en uno de los cuales el recurrente se refirió a la sentencia misma, atribuyéndole violaciones legales, lo que no hizo al considerar los hechos indiciarios examinados por el Tribunal.

Capítulo I: El recurrente se detiene aquí en el examen del primer indicio, que se relaciona con las declaraciones, y acerca del cual el Tribunal no hizo estudio de si se trataba de una confesión sino que lo tomó como un indicio de "gravedad visible", y dice aquél, sintetizando sus razonamientos: "Salta a la vista que cada uno de los testigos en referencia depone sobre lo que **aislada** y **confidencialmente** le dijo a él don Juan Cerón acerca de la simulación de los contratos materia del juicio. No aparece que en cada una de esas confidencias hubieran estado presentes los demás testigos, ni ellos dicen haber oído lo que a cada uno de los otros les dijo Cerón."

De paso, y sin entrar en el estudio del caso, se puede decir: "Confidencias" llama el recurrente lo que Cerón dijo a cada testigo, y confidencias fueron, y tienen que ser en casos como éste. No es posible exigir un secreto a voces y en público. Ni se puede olvidar que detrás del compromiso ostensible en casos de simulación hay por lo general otro secreto. Secreto, es decir confidencial. No público para que de una vez puedan saberlo varias personas, que es lo que alega el recurrente.

Dijo el Tribunal que **todos** los testigos estuvieron acordes en sus dichos, que a **todos ellos** les habló Cerón sobre la simulación que se proyectaba, y que **todos** deponen sobre lo que Cerón les dijo. Y con base en esto y en haber dado el Tribunal valor de plena prueba a esos testimonios, expresa el recurrente que se incurrió en un error de derecho.

Y a qué resultado dio ocasión ese error denunciado por el recurrente? Qué disposiciones legales fueron violadas por esa apreciación del Tribunal sobre las declaraciones? Nada se dice aquí, que es donde ha debido decirse.

Expresa el recurrente que sobre lo que dijo Cerón acerca de que quería dejar todos sus bienes a su esposa, no hay sino el testimonio de cada declarante, y que "cada una de las manifestaciones de Cerón hechas por separado a personas distintas, constituye un hecho distinto de las otras, acerca de cuya existencia no obra sino la declaración única de la persona a quien se dice hecha la respectiva manifestación". Este pensamiento lo desarrolla el recurrente en varios párrafos.

Olvida el recurrente que se trata de un hecho crónico, y no localizado de una vez en el tiempo, y que son distintas las pruebas en el uno y en el otro caso. Sobre los hechos crónicos o en serie, la Corte tiene sentada su tesis expuesta así repetidamente: "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". (GACETA JUDICIAL, Tomos XXVII, pág. 66; XXXII, pág. 409; XXII, pág. 409; número 1392, pág. 66).

Capítulo III. — Dentro de este mismo orden de ideas, el recurrente plantea esta queja: aún su-

poniendo que estuvieran plenamente probadas las manifestaciones atribuídas a Cerón, queda en pie un máximo error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de los mismos elementos de prueba, en lo referente a la venta hecha por Rosario Sánchez de Cerón". Se refiere en síntesis a que los inmuebles fueron adquiridos conjuntamente por Cerón y la Sánchez, y que si Cerón hizo manifestaciones de venta simulada, ellas no podían referirse sino a la parte que Cerón tenía sobre los inmuebles. De donde deduce que "incurrió de esa manera el Tribunal en un triple y manifiesto error de hecho". Y amplía el recurrente esto así: "La inferencia indiciaria del Tribunal se refiere a lo que Cerón vendió, que no era sino **la mitad** de los bienes; pero por manifiesto **error de hecho** comprendió en ella lo que vendió Rosario Sánchez por ser de su propiedad y que nada tenía qué ver con las manifestaciones atribuídas a Cerón sobre simulación".

De esta suerte, se atribuye al Tribunal no uno, sino tres evidentes errores de hecho. ¿Y cuáles fueron sus consecuencias? ¿Cuáles las disposiciones violadas? No se dice, y el cargo queda así mal formulado.

Mas ocurre que el recurrente en su argumentación está considerando dos cosas: que el Tribunal estimó que las citadas declaraciones dan razón de una confesión; y que la decisión del Tribunal sobre simulación se fundamentó nada más que en la supuesta confesión. Y ni lo uno ni lo otro es así: el Tribunal tomó las declaraciones como un simple indicio; y agregando éste a otros muchos indicios, llegó al convencimiento de que los contratos en mención eran simulados. Quiere decir entonces que está en un error el recurrente.

En todo caso, sobre este cargo tampoco se ha formulado una acusación concreta, anotando en ella la clase de error en que se incurrió, las disposiciones legales que en concepto del recurrente fueron violadas, y las pruebas que se consideran mal apreciadas o menospreciadas por el fallador, de acuerdo con textos legales y con la jurisprudencia.

Capítulo III. — En este capítulo el recurrente examina varios hechos indiciarios, a saber:

Dice sobre los indicios 7º y 12: "Con respecto al hecho de que los inmuebles materia de la demanda continuaron en poder de los vendedores después de la venta hecha por ellos, el Tribunal incurrió en **error de hecho** en la apreciación de las pruebas referentes a él". Cita en seguida la declaración del médico Puentes, a que se refiere el indicio 12, y dice que aunque considera el testigo muy honorable, se trata de un testimonio único que no es prueba plena; cita la declaración hecha en posiciones por la demandada, diciendo que ésta era indivisible y que el Tribunal la dividió; y se extiende en esa indivisibilidad, negándole eficacia al indicio 7º, y diciendo, como se vio, que en la sentencia se incurrió en error de derecho. ¿Y a qué violación legal llevó ese error? Nada se dice.

Considera en seguida el recurrente que con lo que ha expuesto quedan desvalorizados los dos soportes principales del fallo, y que "es manifiesta la deficiencia de los otros hechos para producir por sí solos la convicción plena de la pretendida simulación, pues carece cada uno de la gravedad o vehemencia que la ley exige para que un hecho tenga valor de indicio grave"; y entra a dar una ojeada a los demás indicios, pero sólo enfrentando sus pareceres a los conceptos del Tribunal, sin una cita legal, sin un argumento sustancial, como se ve:

Indicios 3º y 4º: Dice sobre esto textualmente: "No es un hecho de rarísima ocurrencia que en corto espacio de tiempo una persona compre determinado bien y lo venda en seguida, así sea a un familiar sobreviviente del vendedor fallecido".

Indicio 5º: Dice el recurrente: Sobre enajenación de todos los bienes de la sociedad conyugal, además de que carece de gravedad, la confesión de la Sánchez no perjudica al demandado Rodríguez. Y expresa además: "Como el Tribunal apreció dicha prueba contra la parte demandada en su integridad, incurrió en error de derecho en tal apreciación, el cual alego de manera expresa como uno de los medios que lo llevó a las violaciones de la ley sustantiva que adelante se expresan".

Indicio 6º: Dice lo siguiente: Lo de la suma de dinero que el comprador se obligó a pasar mensualmente a la madre de Cerón se puede explicar como un evento sobre parte del precio; pero no se trata de un indicio de simulación.

Indicio 8º: Expresa el recurrente: Lo del pago del impuesto predial es también explicable porque casi siempre en las oficinas de recaudación sigue la finca gravada con el nombre del dueño anterior, a pesar de que ya no lo sea; pero no se trata de un indicio de simulación.

Indicio 9º: Sobre esto, se expone: es frecuente

el caso de que en una escritura de venta se declare recibido el precio a cambio de que el comprador firme una letra o pagaré por la parte de dicho precio que no se recibe en efectivo, que es lo ocurrido aquí.

Indicio 10º: Se dice sobre éste: "Lo del recibo del impuesto de registro no merece siquiera citarse como indicio de simulación".

Indicio 11º: Así argumenta el recurrente sobre esto: "El precio bajo, con relación al valor comercial de la cosa, puede ser un indicio de simulación parcial, en cuanto al verdadero precio, lo que sucede a menudo; pero en manera alguna puede valorarse como indicio vehemente de simulación total de la venta en todos sus elementos".

Y hasta aquí se tiene el examen de los hechos que coordinados le señalaron al sentenciador el camino para lograr la convicción, y con ella el fallo. Y sobre esos hechos el recurrente se concreta a negar en frases simples las razones del Tribunal, frases que a su turno pudiera esta Sala rebatir, llegándose así a un cruce de argumentos, oportunos quizá en instancias, pero sin sentido jurídico y sin oportunidad en el recurso de casación.

Hizo el recurrente, pues, un recorrido del proceso y un análisis de la sentencia, pero sin que hasta ahora se haya cumplido el artículo 531 del C. Judicial que exige al recurrente una exposición "en forma clara y precisa" de los fundamentos de la infirmación que se solicita, "citando los textos legales que el recurrente estima infringidos". Tarea ésta que había que cumplir al examinar cada hecho-indicio, para atacar la sentencia en sus fundamentos.

Capítulo IV.—En un capítulo especial y en siete apartes, enuncia el recurrente las violaciones legales que atribuye al Tribunal, y que son:

El artículo 740 del C. Civil "por infracción directa", debido a que el Tribunal desconoció la transferencia de dominio a que tal artículo se refiere, por no haber en el expediente prueba sobre la simulación;

El artículo 756 del mismo código, el cual versa también sobre tradición del dominio, y que fue violado en forma directa por el Tribunal al declarar la simulación;

El artículo 745 sobre eficacia de las escrituras públicas para establecer el dominio sobre inmuebles, el cual desconoció en forma directa el Tribunal al aceptar la simulación.

El artículo 1857 que establece que la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, el cual desconoció el Tribunal por no haber en el expediente plena prueba sobre la simulación.

Varios textos sobre la acción reivindicatoria, desconocidos por el Tribunal al aceptar la simulación;

El artículo 3º de la Ley 28 de 1932, sobre donaciones entre cónyuges, debido a que no se probó que los contratos de compraventa oculten en el fondo una donación irrevocable; y

El artículo 1722 del citado Código Civil, desconocido por el Tribunal al declarar la simulación.

Según se ve, las violaciones a que el recurrente se refiere son directas, y versan sobre la sentencia misma que declaró la simulación, y no sobre los hechos que examinados por el Tribunal y considerados como indicios, dieron ocasión a esa sentencia. Es preciso recordar que el recurrente acusó la sentencia por errores de hecho y de derecho al rededor de las pruebas, es decir, por violaciones indirectas.

En todo caso, el Tribunal decidió que la simulación estaba configurada por una serie de hechos-indicios, sin que se haya enunciado siquiera, y menos probado, el error en que pudo incurrir el Tribunal en la apreciación de esos hechos. Y si éste no ha ocurrido, y si en las violaciones enunciadas por el recurrente se parte de la base de que el Tribunal declaró indebidamente la simulación, es preciso afirmar que tales violaciones son apenas imaginarias.

Es tan uniforme y constante la jurisprudencia de la Corte acerca del respeto que se merecen las decisiones de los Tribunales sobre la apreciación de los indicios, que sobraría citarla; mas tomando al azar una de esas doctrinas jurisprudenciales, se copia: "Por regla general, dice el artículo 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". (Gaceta Judicial Nº 1.907 - pág. 327).

Sólo en casos excepcionales de un error manifiesto, claro, que a simple lectura hiera la men-

te por el absurdo que él irradie, la Corte podría descalificar el concepto del Tribunal. Y bien lejos se está de aquella consideración en el presente caso.

No prospera ninguna de las quejas del recurrente, por lo cual la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas, a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bnilla Gutiérrez—.Pedro Castillo Pineda.— Rafael Ruiz Manrique.—Hernando Lizarralde, Secretario.

TESTAMENTO ABIERTO. — PRUEBA QUE SE REQUIERE PARA PODER DECLARAR LA NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—EL ESCRIBIENTE O COPISTA OCASIONAL, NO QUEDA COMPRENDIDO EN LA INHABILIDAD CONSAGRADA EN EL NUMERAL 9º DEL ARTICULO 1068 DEL CODIGO CIVIL

1.—Lo que constituye la esencia del testestamento abierto, de acuerdo con el artículo 1072 del C. C., "es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere y a los testigos". Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del Notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos.

2.—La ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se crean defraudados en sus aspiraciones, en virtud del testamento de su causante. La capacidad y el estado sano mental del testador se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Para destruírla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que, por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable no darle prevalencia a la voluntad de un testador que no pueda defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión para que pueda anularse el efecto de lo consignado en el testamento. Además de la presunción sobre capacidad y estado mental del testador, existe otra de carácter general, y es la de que siendo los notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla. Cuando el notario declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada.

3.—En el término amanuense no se entiende comprendido el copista o escribiente que frecuentemente acude a las notarías en busca de trabajo ocasional e incierto, por el cual recibe un estipendio variable, y conforme al cual sólo se aplica tal calificativo a los empleados que el Notario ocupa de manera permanente y por una remuneración fija, que son los únicos que, por estar así, deben considerarse como de sospechosa veracidad, en razón de la influencia de su superior, que es la razón que justifica y explica la inhabilidad consagrada en el numeral 9º del artículo 1068 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

María Mercedes, María Luisa, María Sildana y Aureliano Gutiérrez Casallas, ante el Juez del Circuito de Guaduas y por la vía ordinaria demandaron a la señora Griselda Villarraga viuda de Casallas, para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que es nula como acto testamentario, la escritura pública otorgada ante el Notario del Circuito de Guaduas, bajo el número doscientos treinta y tres (233) de fecha veintisiete de agosto (27) de mil novecientos cuarenta y seis (1946), en que aparece el señor Antonio Casallas otorgando su última voluntad;

"**Segunda.**—Que como consecuencia de la declaración anterior, es nulo el juicio de sucesión testada del referido señor Casallas que cursa en el Juzgado Civil del Circuito de Guaduas;

"**Tercera.**—Que es nulo igualmente el reconocimiento que se hace de la demandada señora

Villarraga como heredera a título universal del causante y en consecuencia es nulo el registro de la partición o la adjudicación hecha a su favor, en caso de que tales actos se hayan realizado a tiempo del fallo los cuales deben ser cancelados;

"**Cuarta.**—Que en caso de oposición la demandada debe pagar las costas del juicio".

Contestando en oportunidad la demanda la viuda de Casallas, se opuso a las declaraciones pedidas; aceptó como ciertos, con modificaciones, los hechos 1º, 2º y 4º y negó los demás.

Agotado el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento en sentencia de 25 de febrero de 1949 absolvió a la demandada de los cargos contra ella formulados. Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia recurrida, de 5 de octubre del mismo año, resolvió la apelación confirmando en todas sus partes la de primera instancia y adicionándola en el sentido de negar las súplicas demandadas.

Contra esta providencia se alzó la parte demandante en recurso de casación ante esta Corte. Agotado el trámite legal, se procede a resolver lo que sea del caso.

La síntesis de los hechos de la demanda es la siguiente: Estando recluído en el Hospital de San José, de la población de Guaduas, el señor Antonio Casallas, el 26 de agosto de 1946, por escritura pública número 233 de la Notaría de aquel lugar, otorgó testamento abierto, instituyendo por su heredera a su esposa la señora Griselda Villarraga y declaró a la vez que no tenía legitimarios. El apoderado demandante sostiene que en esa escritura no hubo institución de herederos; que el testador estaba privado de la razón a consecuencia de la enfermedad de que adolecía; que los testigos no vieron ni oyeron que el testador de viva voz les hiciera conocer sus disposiciones testamentarias; que a pesar de que el testador sabía leer y escribir firmó por él Anastasio Rubio; que uno de los testigos instrumentales, Alain Samper, era amanuense del Notario de Guaduas; y que, las demandantes en su condición de hermanas naturales del causante son herederas **abintestato** del mismo.

El apoderado recurrente, que es el mismo que inició la acción y atendió el litigio en sus dos instancias, apoya el recurso así:

"Como causales del recurso interpuesto señalo, apoyado en la letra del artículo 520 del C. J. las siguientes: la del numeral 1º, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea, de las normas legales; pues, hubo también en la sentencia recurrida, falta de apreciación del conjunto de pruebas traídas al debate y el Tribunal fallador incurrió en error de derecho al no darle el valor correspondiente a las pruebas aportadas al juicio; y la del numeral 2º de la disposición invocada por no haberse dictado la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte que represento, con lo cual se violaron también normas legales sustantivas que afectan el derecho de mis clientes.

"Para observar el orden lógico que impone al fallo el precepto del artículo 537 del Código que vengo citando, voy a permitirme dividir en dos capítulos la exposición de los fundamentos de las expresadas causales, los cuales intitularé:

"Violación de la ley sustantiva y falta de apreciación de las pruebas; y no haberse dictado la sentencia en consonancia con demostraciones evidenciadas por la parte demandante.

"..... ....

"Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea y falta de apreciación de las pruebas.

"Para disertar con eficacia sobre tópico, que es de actualidad esencialísima en este caso, ya que se han dejado de lado normas y preceptos sustantivos que reglamentan y normalizan esta materia de los testamentos en nuestro derecho civil, es preciso ordenar en cuanto sea posible la materia que se estudia, concatenando los hechos y circunstancias en que resulta otorgado el testamento para advertir y poner de relieve los requisitos que se omitieron, con lo cual se vicia el acto impugnado en la demanda de los actores, mis poderdantes.

"A) — El Juez y el Tribunal falladores están acordes en sus conclusiones 'en que los hechos propuestos como fundamento de la acción no fueron acreditados' y en que las omisiones y defectos de que adolece el acto testamentario no alcanzan a afectarlo y sostienen su validez;

"B)—Los mismos falladores preconizan la existencia fundamental de la personería sustantiva de los actores en su condición de hermanos naturales del causante y que, si no tuviera operan-

cia el testamento, concurrirían con la cónyuge a sucederlo, como hijos legítimos de la madre común; y

"C)—Respecto de la acción incoada sostienen también que se encamina a obtener la nulidad del testamento del muchas veces nombrado Antonio Casallas.

"..... ....

"En apoyo y sustentamiento de mi pretensión me permito exponeros:

"Se dice que Antonio Casallas otorgó testamento solemne abierto y en obedecimiento del artículo 1070 del C. C., estos testamentos deben otorgarse ante Notario y tres testigos: A términos del artículo 1072 del Código en cita, 'lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos. El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos".

"Conforme a la letra de la disposición que se transcribe el otorgamiento del testamento abierto debe estar rodeado de solemnidades esenciales para su eficacia y validez, que sin el lleno de todas ellas, queda vulnerado en su existencia y en sus efectos jurídicos y amenazado de decapitación definitiva. El que otorgó Antonio Casallas, adolece ciertamente de tres defectos o requisitos con los cuales se peca abiertamente contra las normas de la disposición invocada, y son ellos: 1º Para que el acto atribuído a Antonio Casallas tenga el carácter esencial de testamento público, tuvo necesariamente que hacer sabedor de sus disposiciones al Notario y a los tres testigos nombrados. Pero acontece que Casallas a consecuencia de la grave enfermedad que padecía, en el acto del otorgamiento no hablaba y en efecto no pudo hablar palabra alguna.

"..... ....

"2º El testamento solemne, dice la disposición citada, 'será presenciado en todas sus partes..., y por unos mismos testigos'. Veamos en el caso que nos ocupa (sic) se cumplió este precepto de la ley. La escritura número 233 que se ha venido citando en la parte pertinente se pronuncia así: '...ante mí Gerardo Hernández C. Notario público principal del Circuito y ante los testigos instrumentales señores Alaín Samper y Aparicio Ramírez y Anastasio Rubio...' y finaliza el referido instrumento sin que se hubiera explicado el por qué, con la siguiente leyenda: '...Los testigos, Alaín Samper, Aparicio Ramírez, Fructuoso Navarro. El Notario, Gerardo Hernández C.' Según este pasaje del citado instrumento se nombraron los tres testigos que exige la ley pero de ellos no concurrieron al acto testamentario sino dos, es decir, el que han convenido en llamar Alaín Samper y cuyo nombre es Efraín Ordóñez, amanuense del Notario y Aparicio Ramírez y un tal Fructuoso Navarro, que no había figurado en la escritura y que según lo afirma el declarante ante el Juez de Quebradanegra, es vecino de ese Municipio. Se omitió al testigo Anastasio Rubio y como se hizo figurar a un extraño, el acto testamentario no fue presenciado por unos mismos testigos, lo cual es contrario a la ley y con ello se quebrantó no solamente su espíritu sino la letra del referido artículo 1070 del C. C. que resulta viclado con claridad, por errónea interpretación.

"El artículo 11 de la Ley 95 de 1890 consagró la invalidez del testamento, en los siguientes términos: '...El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe, respectivamente, sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor ninguno. Con todo, cuando se omitiere una o más de las disposiciones prescritas en el artículo 1073, en el inciso 4º del 1080 y en el 2º del 1081, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario y testigos'.

"Las omisiones y vicios anotados no encajan dentro de las normas exceptivas que se anotan en la disposición anterior y muy por el contrario, se exalta la nulidad del que nos ocupa, según los preceptos del inciso 6º del artículo 1080, cuando establece que si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona distinta de los testigos instrumentales, y se observa aquí, que Fructuoso Navarro no fue testigo del instrumento, debió serlo Anastasio Rubio, quien resulta firmando por el testador a su ruego y quien estaba incapacitado para tal actividad según la letra de la disposición invocada.

"De lo anterior resulta demostrado que ninguno de los juzgadores de las dos instancias del juicio dio aplicación al artículo 11 de la Ley 95 de 1890 y que su interpretación fue errada.

"3º El señor Alaín Samper o Efraín Ordóñez, testigo instrumental del testamento cuestionado, a la sazón era el amanuense del Notario señor Gerardo Hernández C. ante quien se otorgó el

instrumento notarial que se acusa, pero la sentencia del Juzgado **a quo** y la del Tribunal le desconocen tal carácter. La sentencia recurrida aquí ante vosotros transcribe una reciente doctrina de esta H. Corte y tal pasaje se pronuncia así: 'No puede confundirse al simple copista con el empleado del Notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir siempre, a sueldo fijo. Este es a la verdad un dependiente, éste sí es la persona cuyo testimonio puede peligrar en su completa veracidad en razón de su influencia posible de autoridad del notario a que mira el legislador como causa de las referidas inhabilidades. Es el amanuense y es el sirviente o doméstico del Notario; pero no es el mero copista el inhabilitado como testigo del testamento'. Está bien, pero en este caso no se ha demostrado que Alaín Samper fuera simplemente el copista del Notario de Guaduas, por el contrario, el mismísimo Notario en la diligencia de inspección ocular, que practicó el **a quo** dice que Alaín Samper era su amanuense a la época del otorgamiento del testamento y no se debe creer, porque no está demostrado, que el notario que tales afirmaciones hace, era tan ignorante y tan ingenuo que no sabía qué cosa era un amanuense de Notario.

"No se deben confundir, con peligro de consumar una injusticia, las funciones que desempeñaba Samper en la Notaría de Guaduas, porque éste era precisamente el empleado de confianza de Gerardo Hernández C., era quien custodiaba la oficina, quien cobraba y percibía los dineros que entraban al giro ordinario de la notaría, quien escribía y llevaba las matrices del protocolo, el doméstico al servicio ordinario del Notario, su amanuense, como él mismo lo llamaba, según su propia confesión judicial. No importa la forma de pago, lo esencial y lo característico de un amanuense, son sus funciones, la confianza depositada por el Notario, aún trabajando gratuitamente. El caso de Samper es típico: era el amanuense del Notario, lo que ocurre es que éstos, Notario y amanuense, tienen interés en sacar avante el testamento, lo prohijaron y lo defienden y si no que lo diga la lectura del memorial que obra a fl. 24 del cuaderno número 2; yo presencié el caso, terminada la inspección e integrado el Juzgado al Despacho acudió el abogado de la demandada con el notario a leer la diligencia y como allí había dicho la verdad, había sostenido que Samper era su amanuense. vinieron las reprimendas y las censuras y como se tratara de personas que en los pueblos ejercen la rectoría de todas las actividades, queda abonado el por qué de ese escrito de pecato y retractación innecesaria".

Antes de entrar a estudiar el recurso es conveniente anotar al abogado recurrente la deficiencia de su demanda, pues como ha sido constante jurisprudencia de la Corte, la demanda de casación debe reunir requisitos especiales sin los cuales no es posible estudiar los cargos formulados contra una sentencia.

En el Indice correspondiente al Tomo LXVII, número 2086 de la GACETA JUDICIAL y bajo el parágrafo 128, se lee lo siguiente:

"Como dijo la Corte en sentencia de casación de 10 de octubre de 1944, la que está publicada en el Tomo LVIII, número 2016 de la GACETA JUDICIAL, 'Es bien sabido siguiendo este orden de ideas, que para que pueda estudiarse un ataque en casación, es necesario dentro de la técnica de este recurso, que se señalen o individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideren infringidos (artículo 531 del C. J.), y que 'si se trata de errores manifiestos de hecho o errores de derecho en la apreciación de la prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio de la ley sustantiva, también es de rigor, para que prospere el cargo, que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas' ".

No obstante lo dicho la Sala hace a continuación las consideraciones siguientes:

Tres son los argumentos del recurrente como fundamentales del recurso contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que está a consideración de la Sala. El primero de esos argumentos lo hace consistir en que el testador Casallas a consecuencia de la grave enfermedad que padecía cuando otorgó su memoria testamentaria y en el acto mismo de otorgarla, no pudo hablar palabra alguna y, según el recurrente, no pudo hacer saber al Notario y a los testigos cuáles fueron sus disposiciones.

Consta del testamento y de las declaraciones que se recibieron en el curso de este juicio, tanto a petición de la parte demandante como de la demandada, que el Notario de Guaduas, señor Gerardo Hernández, en presencia de los testigos instrumentales Alaín Samper, Aparicio Ramírez y Anastasio Rubio, leyó el testamento que otorgó el 27 de agosto de 1946 el señor Antonio Casa-

llas, cumpliendo en esta forma la exigencia del artículo 1072 del C. C.

Contra las declaraciones del Notario y los testigos que intervinieron en el otorgamiento, no hay ninguna prueba en el expediente sino simples suposiciones del abogado recurrente. No es necesario que el testador personalmente lea sus disposiciones al Notario y a los testigos, basta que el primero o uno de éstos las lea en alta voz en un mismo acto y en presencia de todos los que figuren en la escritura correspondiente.

La Corte en casación de 12 de mayo de 1932, publicada en el Tomo XL, página 58, dijo:

"Lo que constituye la esencia del testamento abierto, de acuerdo con el artículo 1072 del C. C., 'es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere y a los testigos'. Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del Notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos".

El recurrente se cuidó de no citar el artículo 1074 del C. C., que a la letra dice: "El testamento abierto podrá haberse escrito previamente".

"Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el Notario si lo hubiere, o, a falta del Notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto.

"Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones".

En el caso de autos tanto el testador como el Notario y los testigos estuvieron presentes y atentos a la lectura del instrumento dada por el segundo, hecho éste en que están de acuerdo todos los declarantes traídos por ambas partes en el término probatorio.

La jurisprudencia ha sido muy clara al respecto y la Corte en sentencia de casación de fecha 2 de junio de 1942, publicada en el Tomo LIII de la G. J. se lee lo siguiente:

"La Ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se crean defraudados en sus aspiraciones, en virtud del testamento de su causante. La capacidad y el estado sano mental del testador se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Para destruírla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable no darle prevalencia a la voluntad de un testador, que no pueda defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión para que pueda anularse el efecto de lo consignado en el testamento. Además de la presunción sobre capacidad y estado sano mental del testador existe otra de carácter general y es la de que siendo los notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla. Cuando el notario declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada".

También afirma el recurrente que en su concepto el testador Casallas no estaba en su entero y cabal juicio cuando otorgó el testamento, afirmación ésta, desprovista de todo fundamento porque basta la declaración que el Notario hizo en la escritura correspondiente, de que el testador se hallaba en su entero y cabal juicio, para que se le dé validez a esta declaración, que está corroborada por los mismos testigos que autorizaron la escritura y por la declaración del médico que atendía a Casallas, doctor Alberto Bernal Arévalo, que figura en el folio 9 del cuaderno número 2. Este facultativo afirma categóricamente que cuando se otorgó el testamento el testador estaba en pleno uso y goce de sus facultades intelectuales. Tales señores al poner su firma aceptaron como verdadero lo contenido en el instrumento sobre los hechos ocurridos allí, es decir, sobre la presencia del Notario, de los testigos y del testador, la lectura del testamento y la circunstancia de encontrarse el testador en su entero y cabal juicio.

Durante el término probatorio de la primera instancia los mismos testigos instrumentales corroboraron lo dicho en la escritura sobre este particular.

El segundo argumento que se aduce para apoyar el mismo cargo, lo hace consistir, según las transcripciones hechas atrás, en que los testigos no estuvieron presentes durante la lectura y firma del testamento. Afirma que sólo dos testigos estuvieron en el acto o sean los señores Alaín Samper y Aparicio Ramírez, y que el señor

Anastasio Rubio no concurrió. Contra estas afirmaciones, contrarias a la verdad están los testimonios de los propios testigos y del Notario, quienes en forma acorde sostienen que todo se hizo en un solo acto y en presencia de los firmantes, del testador y del Notario, de suerte que no es verdad, como lo afirma el autor del recurso, que se hubiera violado por el Tribunal el artículo 1070 del C. C.; tampoco es verdad que hubieran sido violados los artículos 21 de la Ley 95 de 1890, 1073, 1080 y 1081 del C. C.

El tercer argumento en apoyo del mismo cargo, lo hace consistir en que el señor Alaín Samper, testigo instrumental del testamento, era amanuense del Notario en el acto del otorgamiento. Contra este argumento está la declaración del propio Notario, quien dice que evidentemente el señor Samper iba en forma esporádica a sus oficinas a sacar algunas copias de escrituras, por cuyo trabajo le pagaba un honorario a destajo y en forma ocasional. Esta clase de testigos no está incapacitada para asistir al otorgamiento de un testamento en calidad de tal. La Corte en repetidos fallos ha sostenido esta doctrina y al efecto el Juez de primera instancia en su sentencia de fecha 25 de febrero de 1949 y el Tribunal, en la que es materia del recurso, transcriben alguna jurisprudencia con la que se desvanece la argumentación del recurrente. Pero para robustecer lo hasta aquí dicho, la Sala estima conveniente citar lo que dijo la Corte en casaciones de 21 de febrero de 1922, 18 de marzo de 1936, 8 de abril y 9 de octubre de 1942, doctrina que está sintetizada en el siguiente aparte:

"En el término amanuense no se entiende comprendido el copista o escribiente que frecuentemente acude a las Notarías en busca de trabajo ocasional e incierto, por el cual recibe un estipendio variable, y conforme al cual sólo se aplica tal calificativo a los empleados que el Notario ocupa de manera permanente y por una remuneración fija, que son los únicos que por estar así, deben considerarse como de sospechosa veracidad en razón de la influencia de su superior que es la razón que justifica y explica la inhabilidad consagrada en el numeral 9º del artículo 1068 del C. C."

Lo hasta aquí dicho es bastante para rechazar el primer cargo.

Cargo segundo.—No haberse dictado la sentencia en consonancia con las demostraciones evidenciadas por la parte demandante. Causal 2ª del artículo 520 del C. J.

Desde que el fallo es absolutorio no puede ser contrario a las pretensiones de los litigantes y no puede acusársele por tanto, de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones aducidas por los litigantes.

El recurrente analiza las declaraciones de Anastasio Rubio y Aparicio Ramírez, para deducir que Casallas estaba muy grave y que no dictó sus disposiciones testamentarias, pero no dice por qué concepto la sentencia no está en consonancia con las pruebas que trajo la parte que representa en el curso del juicio; mejor dicho, no hay propiamente fundamento de cargo. No basta en casación afirmar que la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes sino que es menester demostrar por qué razón no está en consonancia con esas pretensiones. El recurrente no ha fundado el cargo que pretende aducir contra la sentencia en este segundo capítulo de su demanda; como no lo fundó en relación al primero según se anotó atrás.

Por consiguiente, se declaran infundados los dos cargos formulados contra la sentencia.

Por este motivo, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de fecha cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Rafael Ruiz Manrique—Hernando Lizarralde, Secreatrio.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL—TECNICA DE CASACION.—VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.—EL ERROR DE HECHO Y EL ERROR DE DERECHO EN EL RECURSO DE CASACION

1. — La violación directa de la ley y la indirecta son motivos excluyentes, en el sentido de que la una no puede producirse sino por los indicados en el inciso primero del artículo 520 del C. J., y la otra, por los del inciso segundo de la misma disposición; aun cuando integran el mismo numeral, sus fundamentos son distintos. De aquí que no se pueda invocar el primer motivo con base en situaciones que corresponden al segundo, y viceversa.

2. — Se incurre en error de hecho al no estimar justificado lo que con absoluta claridad aparece del texto de un documento, o al admitir la certeza de un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta del mismo, pero no al darle determinada interpretación, diferente a la que el recurrente le atribuye, sin alterar su texto ni prescindir de él.

3—Para que pueda ser apreciado un error de derecho en casación, es preciso que se demuestre que el Tribunal ha dejado de aplicar, o ha aplicado indebidamente o violado un precepto regulador de la fuerza, valor o procedencia de determinado medio de prueba, y mediante ese error, ha llegado a la equivocada conclusión que en el recurso se impugna.

4. — Donde no hay una infracción penal culposa, puede, con todo, existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual, la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que, aún sin una norma legal preestablecida, puede haber un hecho u omisión dañosos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

Así lo expuso también la Corte, en sentencia de Sala Plena que lleva fecha 6 de diciembre de 1951. (G. J. Tomo LXX, números 2107-2108).

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Aristides Londoño E., presentó por medio de apoderado, ante el Juzgado 7º Civil del Circuito, demanda contra el Municipio de Bogotá, para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"A)—Que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable de los perjuicios de diverso orden causados al citado Aristides Londoño E. mediante el accidente de que éste fue víctima el día veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco en la carrera trece de esta ciudad.

"B)—Que, en consecuencia, está obligado el mismo Municipio, y así se le condene, a pagar a mi mandante y al suscrito Marco Naranjo López, en la proporción indicada en el documento del dos de mayo de mil novecientos cuarenta y seis que se enuncia en los hechos de esta demanda, y **subsidiariamente sólo a mi mandante,** la suma de pesos que se fije como valor de la indemnización correspondiente a los perjuicios de diverso orden causados a mi mandante mediante el accidente mencionado.

"C)—Que, en caso de oposición, se condene en costas al demandado".

Como hechos principales de la demanda se alegaron:

Que el día 23 de octubre de 1945, Aristides Londoño E. viajaba de norte a sur por la carrera trece de esta ciudad en un carro del Tranvía Municipal de Bogotá, y a las primeras horas de

la mañana; y, que como tuviera necesidad de bajarse del carro, después de hacer sonar el timbre al respectivo motorista, se dispuso a colocarse en el estribo por su costado derecho para estar listo a bajar de éste en el momento de pararse completamente, pero en el momento de tomar el estribo, fue golpeado por uno de los árboles que el Municipio de Bogotá ha sembrado y mantenido a lo largo de la carrera 13 de esta ciudad..

A consecuencia del golpe, Londoño E. cayó a la cuneta y cogido por el carro en que viajaba y arrastrado en un trayecto considerable, á consecuencia de lo cual perdió su pierna derecha y sufrió otras lesiones de gravedad, que le ocasionaron gastos considerables y lo dejaron poco menos que absolutamente incapacitado para trabajar.

Que el demandante estaba casado con la señora Hilda Moreno, con hijos y atendía con su trabajo personal a las necesidades de ellos; y se le imputa la responsabilidad del accidente al Municipio de Bogotá, porque explotaba el tranvía como servicio público.

La sentencia del Juzgado del conocimiento fue absolutoria y lleva fecha 2 de marzo de 1950; apelada por el actor, fue confirmada por la de 13 de diciembre del mismo año, originaria del Tribunal Superior de Bogotá. Este para su confirmación acoge las consideraciones de aquél, y agrega: que las copias del proceso penal seguido contra el motorista José del Carmen Rocha por el delito de lesiones personales causadas al señor Aristides Londoño, demuestran que éste se constituyó parte civil en esas diligencias con el fin de que en el respectivo proceso se decretara la indemnización de perjuicios morales y materiales sufridos por la víctima. Que el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bogotá, dictó auto de sobreseimiento definitivo a favor del motorista Rocha, el cual fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal, y en estas oportunidades, tanto el uno como el otro, "estudiaron lo relacionado con la culpa del sindicado, en relación con el accidente sufrido por el señor Aristides Londoño E. el día 23 de octubre de 1945, al pretender bajarse de un tranvía municipal", y que el sobreseimiento definitivo expedido en esas condiciones "a favor del motorista del tranvía, hace tránsito a cosa juzgada en cuanto a la culpa que a éste se imputó y por lo tanto como ésta no resultó probada tampoco podían prosperar las peticiones hechas en la demanda sobre constitución de parte civil", como las del libelo que decidía.

El sentenciador con base en las consideraciones del sobreseimiento definitivo, dictado a favor del motorista Rocha, en doctrinas de la Corte y del propio Tribunal, llega a la conclusión de que: "Establecido como se halla en el presente juicio que la acción sobre indemnización de perjuicios por el hecho imputado al motorista del tranvía que produjo las lesiones a Aristides Londoño E., fue ya juzgada dentro del proceso penal, por virtud de haberse constituído el lesionado en parte civil, no puede pensarse en revivir la acción en un proceso civil, para obtener un fallo que pueda resultar contradictorio al proferido en la causa criminal, porque esto iría contra la estabilidad y seriedad de los fallos judiciales".

El recurso

No satisfizo al actor la sentencia del Tribunal y recurrió en casación por lo que ha venido el negocio a la Corte, y sustanciado debidamente el recurso, la Sala lo decide.

La demanda viene apoyada en la causal primera del artículo 520 del C. J., y dividida en dos cargos, los que se formulan como principal el primero, y como subsidiario el segundo, y a su vez, subdivididos en otros.

Primer cargo—Acuso la sentencia de violación, por infracción directa, de los artículos 1494, 1602, 1603 y 1604 del C. C., y de los artículos 258, 295, 298, 306, 318 y 322 del C. de C. Terrestre.

"La violación de estas disposiciones se efectuó a través de errores manifiestos de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas".

a) El error de hecho en la interpretación del libelo se hace consistir en que, "el Tribunal no tomó razón de que en los hechos que sirven de fundamento a la parte petitoria de la demanda se dice expresamente que mi mandante viajaba de norte a sur por la carrera trece de esta ciudad en un carro del Tranvía Municipal de Bogotá, en los momentos del accidente de que fue víctima, y que, por consiguiente, viajaba como pasajero en ese tranvía", y la sentencia no menciona ese hecho, pues, allí sólo dice que Londoño sufrió el accidente en momentos de bajarse del carro del tranvía. Y el de derecho "en que no se le dio el valor jurídico correspondiente a ese hecho constituyendo uno de los elementos integrantes de la controversia **sub-judice**, violando así el artículo 593 del C. J. que ordena al Juez

fundar su decisión en los hechos conducentes de la demanda, pues, aquél es básico de la responsabilidad civil que plantea el libelo".

b) **Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.**—De hecho en la apreciación de las pruebas sobre el contrato de transporte que ligaba a la víctima con el Municipio de Bogotá en los momentos del accidente, sobre su incumplimiento y sobre los perjuicios que éste causó a aquélla. Estas pruebas son la testimonial, documentos, inspección ocular y otras que se enumeran y que constituyen la actuación que precedió al auto de sobreseimiento definitivo dictado en las diligencias sumarias seguidas al motorista Rocha. Este error de hecho se hace consistir en que el Tribunal en la apreciación del sobreseimiento mencionado no observó: "que en el texto de éste se deja establecida la identidad de la víctima del accidente ocurrido el día 23 de octubre de 1945 con la persona de mi mandante, y se deja establecida esa identidad en el sentido de que se trata de la persona que viajaba en el carro del tranvía en las primeras horas de la mañana, por la carrera trece y de norte a sur, y por cuanto en la sentencia no aparece que el Tribunal haya retenido esa observación de manera completa". De derecho, "sea porque no observó los detalles mencionados o porque los observó defectuosamente, porque no le dio el valor de plena prueba respecto del hecho de haber sido víctima Aristides Londoño E. de un accidente, en el día mencionado, en momentos en que viajaba en un carro del tranvía".

d) Error de derecho manifiesto en la apreciación del sobreseimiento, "por haberle dado un alcance y valor jurídico que no tiene. En efecto, el Tribunal le dio al texto de ese sobreseimiento, considerándolo tanto en la parte resolutiva como en la parte motiva, el valor de cosa juzgada no sólo respecto de la ausencia de culpa del Municipio demandado y respecto de todos los exonerantes de la responsabilidad civil alegados por el demandado. De esta manera, el Tribunal violó los artículos 593, 596, 601, 632 y 474 del C. de P. Civil y los artículos 8°, 24, 28, 271 y 437 del C. de P. Penal". Además, los artículos 1494, 1602, 1603, 1604, del C. C. y 258, 295, 298, 306, 318 y 322 del C. de C. Terrestre.

El desarrollo del cargo se hace consistir en que el artículo 28 del C. de P. P., en relación con los preceptos 8º, 21, 271 y 437 ibidem, fija el alcance y contenido jurídico del sobreseimiento definitivo; y, éste en el juicio que se ventila "carece de eficacia destructora sobre las acciones civiles que no se funden en la infracción penal imputada en el proceso respectivo al señor José del Carmen Rocha, motorista del tranvía. El contenido jurídico de dicho sobreseimiento está, pues, integrado, solamente por la declaración de que José del Carmen Rocha no cometió la infracción penal que se le imputó, y, por la declaración de ser cierto el hecho de que Aristides Londoño E., fue víctima del accidente referido; esto último en atención a la circunstancia de que el sobreseimiento tuvo lugar debido a la demostración de la inocencia del procesado y también debido a la circunstancia de que el juez penal, de acuerdo con el art. 271 citado del C. de P. Penal sí tenía facultad para investigar todo lo relativo al cuerpo del delito. El sobreseimiento, en consecuencia, sólo hace plena prueba respecto de las dos declaraciones que se acaban de mencionar, lo cual significa que el Tribunal, como ya se dijo, violó lo dispuesto por el artículo 632 del C. J. en cuanto le dio a esa pieza un valor jurídico que no tiene, al considerar que, mediante ese sobreseimiento, quedó probada no sólo la ausencia de culpa del Municipio sino todos los exonerantes que éste alega".

En que el Tribunal incurrió también en error de derecho manifiesto en la apreciación de ese sobreseimiento, a través del hecho en creer que la demanda civil presentada dentro del proceso penal fue fallada, siendo así que en dicha decisión "no aparece el fallo respecto de dicha demanda", dándole el valor de sentencia civil, de fallo de la acción civil promovida dentro del proceso contra José del Carmen Rocha, aplicando así indebidamente el artículo 632 del C. J. o interpretándolo erróneamente. Y en que aún en la hipótesis de que "ese sobreseimiento constituya un fallo de la acción civil que se promovió dentro del proceso penal, el Tribunal incurrió en el error de derecho de darle a la cosa juzgada en lo civil un sentido y alcance que no tiene, de acuerdo con el artículo 474 del C. J. "porque la demanda con que se inició este juicio "se funda en causas distintas a la que sirvió de fundamento a la acción civil propuesta dentro del referido proceso penal, y no hay identidad jurídica entre los litigantes de una y otra acción civil". Porque: la demanda ventilada comprende una acción civil basada en el incumplimiento de un contrato de transporte y consecuencial pago de

perjuicios, la promovida dentro del proceso penal trataba de la reclamación de perjuicios causados con la infracción penal; y porque el demandado en esta ocasión es el Municipio de Bogotá y dentro del proceso penal lo fue José del Carmen Rocha.

Se considera:

1º La violación directa de la ley y la indirecta son motivos excluyentes, en el sentido de que la una no puede producirse sino por los indicados en el inciso primero del artículo 520 del C. J., y la otra, por los del inciso 2º de la misma disposición; aun cuando integran el mismo numeral, sus fundamentos son distintos. De aquí, que no se pueda invocar el primer motivo con base en situaciones que corresponden al segundo y viceversa, como acontece en la formulación de los cargos que se estudian, que se invoca la infracción directa con fundamento en errores de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda y apreciación de la prueba.

2º Se incurre en error de hecho al no estimar justificado lo que con absoluta claridad aparece del texto de un documento, en este caso de la demanda, o al admitir la certeza de un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta del mismo, pero no al darle determinada interpretación diferente a la que el recurrente le atribuye, sin alterar su texto ni prescindir de él. El sentenciador no dedujo del libelo, un hecho distinto del comentado en el de casación, ni prescindió de él. Es más, coincide con el recurrente en su interpretación y alcance, sólo que aquél no lo hace producir efectos porque los considera enervados por otro hecho que estima plenamente probado, la culpa de la víctima en el accidente, por imprevisión, negligencia o descuido en su modo de actuar.

3º Tampoco existe el error de hecho en la apreciación del sobreseimiento definitivo, considerando como que comprendía las pruebas atacadas, o como que éstas están incorporadas en él, porque el sentenciador no vacila en ninguna de las partes de la sentencia en estimar al señor Aristides Londoño, como a la persona que sufrió el accidente en las horas de la mañana del día 23 de octubre de 1945, al bajarse del carro del Tranvía Municipal de Bogotá, cuando viajaba por la carrera 13 de norte a sur, como tampoco se confunde ni atribuye a persona distinta la calidad de víctima de ese insuceso.

4º Para que pueda ser apreciado un error de derecho en casación, es preciso que se demuestre que el Tribunal ha dejado de aplicar, o ha aplicado indebidamente o violado un precepto regulador de la fuerza, valor o procedencia de determinado medio de prueba, y mediante ese error llegara a la equivocada conclusión que en el recurso se impugna. Ninguno de estos extremos se contempla en la presente actuación, pues, si se citan las disposiciones que le asignan determinado valor probatorio a los respectivos elementos que se dicen mal apreciados, no se invocan y menos se demuestra, que con este error de apreciación se violaron determinados preceptos de carácter sustantivo.

5º Se contesta el cargo de error de derecho en la apreciación del sobreseimiento definitivo, en cuanto a su influencia en el fallo dictado en el presente juicio civil, y para ello, la Sala reproduce los apartes pertinentes de la decisión de la Corte Plena de fecha 6 de diciembre de 1951, aún no publicada en la GACETA JUDICIAL, la cual resuelve el problema planteado en casación, en sus distintos aspectos, y que dice:

"La cuestión que se ventila en este juicio, apenas enfoca uno de los aspectos que suscita el influjo de la cosa juzgada en lo penal sobre la acción civil, o sea, el del alcance que en ésta debe darse al fallo condenatorio que se pronuncia en el primero, y de que trata el artículo 29 del Código de Procedimiento. El otro aspecto se refiere a las consecuencias que en lo civil tiene la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento definitivo ejecutoriados, de que trata el artículo 28 del propio estatuto. La importancia de tan delicado problema, y la disparidad del criterio con que en la práctica suele analizarse, demandan de la Corte algunas consideraciones de orden general, encaminadas a uniformar la doctrina sobre el particular.

"Desde luego la identidad de objeto, causa y parte que conforman la cosa juzgada dentro del campo civil, no es la base con que en estos juicios cabe apreciar el influjo de la cosa juzgada en lo penal, ya que por su naturaleza no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en uno y otro. La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público, que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son ma-

teria del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente de lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, **erga omnes**, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el penal.

"Las dificultades que se suscitan con motivo de la preeminencia de la justicia penal sobre la civil, que nuestro legislador creó en las proposiciones jurídicas que forman los artículos citados, pueden solucionarse metódicamente de acuerdo con estas dos fórmulas, que son paralelas y recíprocamente se limitan: a) Los Jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal; si ese hecho le es física y legalmente imputable al sindicado; y, en fin, si se produjo con las características exigidas para motivar la aplicación de una determinada norma del Código Penal; b) En general, los jueces penales no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil; excepcionalmente lo están para decidir sobre las consecuencias civiles provenientes del ilícito penal que ellos califican.

"La doctrina y jurisprudencia francesas se han desenvuelto con motivo de la interpretación del artículo 1351 del C. C. el cual reza: "La autoridad de la cosa juzgada sólo tiene lugar respecto de lo que fue objeto de la sentencia". Se requiere que la cosa demandada sea la misma; que la demanda se haya fundado sobre la misma causa; que la demanda se formule entre las mismas partes y que éstas tengan idénticas calidades". El artículo 3° del Código de Instrucción Criminal francés suspende el juicio civil mientras se decide el penal.

"La Corte de Casación Francesa, a partir de 1912 (sentencia de 18 de diciembre), consagró el principio de la unidad de la culpa civil y de la culpa penal, el rigor del cual sin embargo, ella misma ha venido atenuando en sucesivas sentencias posteriores, especialmente desde 1924.

"El legislador colombiano ha deslindado la culpa penal de la civil. Nuestros artículos 8º y 27 del Código de Procedimiento Penal, contribuyen a demostrar este concepto. Los artículos 11, 25, inciso 2º, 28 y 29 ibidem configuran la interdependencia de las acciones civil y penal. El artículo 12 del Código Penal, delimita la culpa penal. No cabe por lo tanto de que, conceptualmente, la apreciación de la conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, es distinta cuando viola un mandato o una prohibición del Derecho Penal que cuando la violación se refiere a un mandato o a una prohibición del Derecho Civil.

"En la práctica la jurisprudencia considera, que la culpabilidad civil proviene de la infracción de un deber jurídico preexistente ya sea legal, contractual o profesional, y el contenido de la obligación violada se determina como de resultado, o como de simple diligencia y previsión.

"Desarrollando este principio la jurisprudencia civil ha sido en verdad, fuente del derecho; ha forjado la norma jurídica, creado la obligación. Tal como sucede con la interpretación dada al artículo 2356 del C. C., y con las que contrariando el contenido de determinados contratos, les asignan determinadas obligaciones de seguridad. A la inversa, en la jurisprudencia penal sigue vigente el conocido aforismo: "No hay delito ni pena sin una ley previa".

"En cambio la infracción penal se funda en los tres conocidos principios de notoriedad, predeterminación legal e ilicitud; de ahí que la exigencia de la predeterminación por una ley penal del comportamiento exterior, sea esencial para la existencia del ilícito penal. De esta suerte la responsabilidad consiguiente a la infracción tiene también su fundamento en la culpabilidad del actor, por la razón política del carácter retributivo de la pena. Este fundamento político de la culpabilidad exige que ella se conciba normativamente. 'La retribución penal presupone, por su esencia, que el destinatario de la pena sea un ser consciente que actúe como tal en la comisión del delito cuyo mal la pena retribuye'. En el ilícito civil el criterio esencial para el resarcimiento se encuentra en el daño causado al patrimonio. Desde este punto de vista, indemnizar quiere decir: "poner a uno, en tanto sea posible en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización. Lo cual no excluye la reparación del daño moral siempre que éste pueda traducirse en un valor pecuniario, pues de otra suerte sólo quedaría vigente la reparación material.

"El delito es, pues, condición necesaria, pero no suficiente, para la indemnización.

"Desde el ángulo de la exégesis del artículo 28 del C. de P. Penal, se ve que está fuéra de ámbito de aplicación todo lo que no sea infracción penal, pues sólo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal.

"Las diversas hipótesis contempladas por esa norma pueden reducirse, para los efectos que se estudian, a un solo caso: el de no encontrarse probada la infracción imputada al sindicado. Esto es así, porque cuando se establece que la infracción no se ha realizado queda al mismo tiempo establecido que el sindicado no la ha cometido; y si se establece que el sindicado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, lo que establece es algo más que la ausencia de la culpa: la exoneración de responsabilidad.

"Nuestro Derecho, inspirado en el francés y en la doctrina tradicional de los expositores, no deduce responsabilidad alguna contra el autor del daño por los simples hechos u omisiones, porque el derecho no actúa en función de las relaciones entre las cosas sino de las que se producen entre los hombres. Dicha responsabilidad se configura a través del delito o de la culpa (artículo 2341 del C. C.), o de la sola negligencia, imprevisión o descuido en que consiste la culpa, en todos los casos de responsabilidad indirecta, como acontece con la de los padres, maestros, preceptores, etc., por el hecho de las personas que están bajo su cuidado (artículos 2346 a 2349 ibidem), y la del dueño, por el hecho de sus animales (artículo 2353), o por el daño de las cosas arrojadas de la parte superior de su edificio (artículo 2355). La llamada responsabilidad objetiva, defendida por algunos expositores como Demogue y Josserand, por los daños causados en ejercicio de actividades naturalmente peligrosas, no tiene fundamento alguno dentro de nuestra legislación; la responsabilidad que la Jurisprudencia ha estado deduciendo del principio contenido en el artículo 2356 por los daños ocasionados en virtud de dichas actividades, sigue el mismo concepto subjetivo que se deja expuesto, modificado apenas en cuanto a la prueba de culpabilidad que, por obra de la presunción que ampara a la víctima, queda pesando sobre quien se ocupa de esas actividades para establecer que el evento se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, o en razón de un hecho extraño.

"Así las cosas, precisa establecer si el elemento psicológico determinante de la culpabilidad civil es o no distinto del que configura la infracción penal.

"En tratándose de infracciones intencionales no puede darse tal identidad, puseto que la culpa excluye, por definición, el acto intencional. Pero si se trata de una infracción culposa, el elemento psicológico viene a ser el mismo que se deduce de lo establecido por el inciso segundo del artículo 12 del Código Penal. Lo cual no quiere sin embargo significar que haya identidad entre la culpa civil y la intención culposa penal, porque en tanto que la última no puede producirse sin una norma legal previa que la haya establecido, la culpa civil existe por la sola violación de una norma de conducta diligente, extraña desde luego a toda previsión legal, y aún a las de simple policía o a las que configuran las contravenciones.

"Resulta de lo dicho, que donde no hay infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera no conlleva la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañinas en el sentido puramente patrimonial, determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

"En consecuencia, es conforme en un todo con los principios que externa y psicológicamente configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción culposa penal, sostener que cuando el Juez penal ha declarado la inexistencia del acto material o externo esa decisión debe ser respetada por las demás jurisdicciones; de otra suerte el Estado quedaría en la posibilidad de proferir sentencias contradictorias, porque es contradictorio el fallo de la inexistencia del hecho, pronunciado por el Juez Penal, con la declaratoria de existencia que respecto de ese mismo hecho pudiera hacer otra jurisdicción.

"Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del C. de P. Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una disposición sirven para medir el alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias

sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello, cuandoquiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez penal.

"Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció".

Aplicando los anteriores principios de la doctrina y la jurisprudencia, al caso concreto en estudio, se observa: que la sentencia de primer grado fue acogida en su integridad por la de segundo, que la confirmó, por lo cual tiene como fundamentos comunes principales: a) que el sobreseimiento definitivo hace tránsito a cosa juzgada respecto a que el motorista del tranvía no tuvo culpa en el suceso; b) que las lesiones sufridas por Londoño, se debieron a culpa de éste, por lo cual no resultó probada la infracción de la ley penal denominada lesiones personales, señalada como causa de los daños y perjuicios que sufriera el señor Aristides Londoño E., y c) que la acción de responsabilidad contractual no puede prosperar por estar demostrado que el daño de que se queja el demandante tuvo su causa en su propia culpa.

De estos fundamentos, sólo el primero ha sido motivo de ataque en casación; pero, el reparo así formulado, alcanza a producir la rectificación de la doctrina del Tribunal, en cuanto hace extensiva la influencia del fallo penal en el juicio civil en lo relacionado con la acción de responsabilidad contractual, no ventilada en el proceso penal ni considerada en el sobreseimiento definitivo dictado a favor del motorista Rocha. Porque, contraría el principio asentado en la sentencia de la Corte, de que "donde no hay una infracción penal culposa puede con todo existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera no conlleva la absolución de la segunda, ya que aún sin una norma legal preestablecida puede haber un hecho u omisión dañosos —en el sentido puramente patrimonial— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa".

Pero, el cargo no tiene incidencia en la parte resolutiva del fallo, por quedar intactos los otros fundamentos, especialmente, el que se basa en la consideración de estar plenamente demostrada la culpa de la víctima en el accidente, circunstancia que por exonerar de toda responsabilidad al Municipio demandado, sustenta por sí solo y le dá firmeza a la absolución decretada en la sentencia.

Todo lo dicho conduce a rechazar los cargos que se han dejado estudiados.

Segundo cargo.—Subsidiariamente, se acusa la sentencia de "violación, por infracción directa, de los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C., para el caso que se considere que la responsabilidad que se deduce de la demanda inicial es una responsabilidad extracontractual.

"El Tribunal en esta hipótesis violó las referidas disposicinoes, en virtud de errores manifiestos de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de las pruebas". Y estos errores consisten en los mismos que le sirven de fundamento a los cargos que se han dejado estudiados y resueltos antes.

Se considera:

1) Se observa en la formulación de los reparos, la misma irregularidad técnica anotada en la de los cargos anteriores: se invoca la infracción directa de la ley sustantiva, con apoyo en situaciones indicadas, por la misma ley, para producir la violación indirecta.

2) "El perjuicio causado a una persona dá nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el acreedor, o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor, o sea el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o delictual (extracontractual, si se atiende a la antigua doctrina contemporánea).

"De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar el círculo de aquella última, con la sola limitación de que se produzca en el Juez la certidumbre de que ese perjuicio, aún alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta".

El apoderado de Londoño ha ejercitado dos acciones: la contractual, como principal, apoyada en el contrato de transporte; la otra, la extracontractual, como subsidiaria, pero ambas basadas en la culpa indirecta que se imputa al Municipio de Bogotá en el insuceso ocurrido el 23 de octubre de 1945, en el cual sufrió algunas lesiones el demandante. Pero acontece que, el juzgador encontró, tanto en el proceso penal como en el civil, demostrado plenamente que el accidente obedeció a la culpa de la víctima, que las lesiones que sufrió tuvieron como causa su imprudencia, por lo cual, hubo de concluir en la sentencia recurrida en casación, que se trataba no de una simple ausencia de culpa en el agente del Municipio en el manejo del vehículo, sino de algo más, de haberse establecido una verdadera causal eximente de ella, que lo libera de toda responsabilidad. En estas circunstancias procesales no es posible la existencia de los errores que se atribuyen al Tribunal a través del cargo, menos cuando como se dijo en el estudio del reparo anterior, este resorte principal de la sentencia no ha sido motivo del recurso de casación.

En tal virtud, se rechaza el cargo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha de 13 de diciembre de 1950.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Sin costas por la rectificación de la doctrina a que se alude en la parte motiva de este fallo.

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

LA ACCION DE DESLINDE PUEDE EJERCERSE AUN PARA FIJAR TAN SOLO LOS LINDEROS CON UNO DE LOS PREDIOS COLINDANTES

1—Nuestro Código, fiel al derecho romano, reconoce en la acción FINIUM REGUNDORUM, o de deslinde, una pretensión ejercitable por el dueño de cada predio sobre los predios que forman sus límites externos. Contra los RESPECTIVOS dueños: "PODRA EXIGIR A LOS RESPECTIVOS DUEÑOS", reza el artículo 900 del C. C. De donde se infiere, por sus propias voces, o sea el mero término RESPECTIVOS, que la acción bien puede establecerse UTI SINGULI, bien UTI UNIVERSITATIS, según lo pida la necesidad de los casos prácticos y con subordinación al interés que es base de la acción.

La de FINIUM REGUNDORUM presenta esta diferencia notable con otras acciones divisorias, como las de FAMILIAE ERCISCUNDAE (partición de la herencia) y COMMUNI DIVIDUNDO (división de comunidades). Porque el juicio a que le da cuerpo una acción de deslinde, puede ser simple o particular, y en cambio los de las otras dos acciones son, por lo general, universales. Algo parecido ocurre con los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, en donde también es aplicable la regla del ordinal 5º del artículo 398 del Código Judicial, porque la indivisibilidad de la continencia de la causa, puede hacer necesaria la acumulación; mas el deslinde, aunque también la permita, no impone la determinación total del objeto con citación de todos los colindantes, si el contenido especial del dominio inmueble apenas demandara eliminar discusiones por causa de incertidumbres en uno solo, o en algunos de sus costados.

De no admitir esta interpretación, que es elemental, o de puro sentido común, se correría el peligro de caer en uno de dos extremos igualmente viciosos: o que la indeterminación total de los fundos pusiera en duda la validez de sus títulos, o que la acción de deslinde se confundiera con las de partición de la herencia o con las divisorias de comunidades; en ambos extremos sobraría la acción de deslinde y tendríamos que sería inútil o ineficaz el derecho que consagra el artículo 900 del Código Civil.

2—Sin duda es condición indispensable, para la eficacia de la acción de deslinde, que los predios colinden, y no colindan cuando los separa una corriente de agua de uso público. Pero si la corriente cambia de curso, entonces, debido a que las porciones del antiguo cauce que el río deja definitivamente en seco, entran a formar parte, por accesión, de los predios ribereños, la colindancia se hace indiscutible; mas no así la línea divisoria que puede haber necesidad de definir: ya sea amigable y directamente, ya sea con intervención de la justicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil A.—Bogotá, treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A.).

José Manuel Martínez contra Cantalicio Ferro —oposición a un deslinde—.

Resultando:

1.—Las haciendas colindantes conocidas con los nombres de "El Peñón" y de "Gonzalico", se hallan ubicadas en el municipio de Tocaima y determinadas por los linderos que se expresan en las escrituras números 810 de 26 de julio de 1915, notaría primera de Bogotá, y 206 de 29 de enero de 1934, notaría cuarta de la misma ciudad.

2.—Copias auténticas de esas escrituras, debidamente registradas, acreditan: la relativa a la finca de "El Peñón", que la adquirió el señor Cantalicio Ferro, de María de la Torre de Herrera y otros, sucesores de Ruperto Herrera Restrepo; y la relativa a la finca de GONZALICO, que la adquirió el señor José Manuel Martínez de Secundino Salazar y Sofía Afanador de Salazar.

3.—Sobre la suficiencia de tales títulos certifi-

caron los registradores de las oficinas de La Mesa, Girardot y Tocaima.

4.—Las partes que otorgaron la escritura de la finca de "Gonzalico" advierten que "habiendo cambiado su curso el río Bogotá, dejando en su banda izquierda, contra la hacienda de "El Peñón" de sucesores de don Ruperto Herrera Restrepo, una zona de "Gonzalico", zona sobre la cual han continuado los vendedores ejerciendo su dominio sin interrupción ni oposición alguna, la finca que aquí venden linda con "El Peñón", por el sur en ese trayecto y esa zona queda incluída en la presente venta, etc.".

5.—Don Cantalicio Ferro, vecino de Campoalegre, propuso demanda de deslinde contra don José Manuel Martínez, vecino de Tocaima, para que se determinara la línea divisoria entre los predios de sus respectivas pertenencias, los ya nombrados de "El Peñón" y de "Gonzalico".

6.—Entre los hechos pertinentes que expresa la demanda está el de que la finca de "El Peñón" debe deslindarse parcialmente con la de "Gonzalico" en la longitud de la "porción colindante ocupada por el demandado, en la margen izquierda del río Bogotá, o sea, que se demarque la línea que, según el título de "El Peñón, delimita dicha hacienda: desde el paso de Portillo en el río Bogotá, y de este punto, río Bogotá abajo, hasta encontrar el primer lindero. El primer lindero que delimita la hacienda de "El Peñón" es: desde cinco o seis cuadras arriba del paso público del río Bogotá en el camino que va de la ciudad de Tocaima para Peñalisa, en donde el río corre enteramente arrimado al cerro".

7.—Más adelante se agrega (capítulo 4º de los "hechos"), la circunstancia de "haber cambiado de curso dicho río (y que por eso) no está completamente clara (la línea), esto es, no está por donde reza el título de propiedad, y a falta de esa claridad se debe que el demandado esté poseyendo una zona que corresponde a esa parte de la finca de mi poderdante (Ferro)".

8.—El negocio se repartió al Juzgado 1º Civil del Circuito de Girardot, el cual admitió la demanda por auto del 11 de mayo de 1942. Notificado Martínez, su apoderado presentó memorial de excepciones dilatorias y, tramitado el incidente, se despachó contra quien lo propuso en interlocutorio del 28 de junio. El demandado no reclamó, pero tampoco contestó la demanda.

9.—El Juzgado procedió entonces a señalar día y hora para dar principio a la diligencia de apeo, con el concurso de peritos nombrados en la forma acostumbrada. Iniciado aquel trabajo, los apoderados de las partes elevaron al Juez el siguiente memorial:

"Hablamos en el juicio de deslinde del señor Cantalicio Ferro contra José Manuel Martínez, en el cual somos únicos apoderados de las partes. Hemos convenido que los tres peritos estudien sobre el terreno los linderos correspondientes y propongan a las partes una línea transaccional, sin obligación de las partes de aceptarla y sin que los peritos queden tampoco obligados por esa línea, que, repetimos, es transaccional, para dar su dictamen si desgraciadamente y contra todo lo esperado, no se llegare a un acuerdo. En tal virtud suspendemos los términos en este juicio por quince días reservándonos el derecho de rehabilitarlos antes de común acuerdo si, como lo esperamos, la línea transaccional es aceptada y sólo toca al Juzgado entonces, trasladarse al punto y fijar los mojones correspondientes y darle forma legal a lo hecho por los peritos.—Girardot, septiembre 28 de 1942.— Señor Juez, (firmados) Julio Navarro T.—Eugenio Ferro Falla.— Otrosí.— Como en el juicio reposan los títulos respectivos, ambas partes suplicamos al Juzgado que facilite a los peritos el expediente, que debe ser recibido por el doctor Melendro, que es el tercero, para facilitarles su trabajo en el propio campo de la diligencia.—Vale. (Firmas)".

Al otro día no más, 29 de septiembre, se accedió a lo pedido; el auto fue notificado personalmente a los interesados y consentido por éstos.

10.—Con fecha del 7 de octubre de 1942, y en Tocaima, los tres peritos —Villa, Vidal y Melendro—, dieron cuenta de su cometido al apoderado del señor Ferro y al propio señor Martínez en persona, según escrito que original puede leerse al folio 3 del cuaderno número 6, de donde se copia:

"Después de largas deliberaciones y recorridos, en los terrenos en litigio entre ustedes, nos permitimos proponerles como línea divisoria entre los predios de "El Peñón" y "Gonzalico" en su parte limítrofe y en la banda izquierda del río Bogotá, una línea recta localizada como sigue:

En el sitio de Playa Verde, a partir de una **voladora** (sic) construída sobre la quebrada de Cachimbulo, cercana a la mana denominada del Iguá, se sigue en línea recta hasta caer al río Bogotá, dirección Sur-Norte, al punto medio de la distancia comprendida entre un guásimo con banderola y el extremo occidental del trincho (sic) de piedra, puntos existentes sobre la banda dere-

cha del río Bogotá en el predio de Gonzalico. En la anterior forma damos cumplimiento a la comisión, etc. Si la línea aquí mencionada y localizada en términos generales merece la aceptación por parte de ustedes, esperamos se sirvan manifestarlo firmando a continuación la presente. (Firmas de los peritos)".

Al pié del escrito y en la misma página dice: "ACEPTAMOS.— Eugenio Ferro Falla.— J. Manuel Martínez.— Tocaima, octubre 7 de 1942".

11.—Las firmas autógrafas de tal documento fueron reconocidas por los señores J. Manuel Martínez, J. Germán Villa y Helí Melendro, en diligencias judiciales bajo juramento, del 13 de octubre de 1944, ante el Juzgado Municipal de Tocaima, del 16 y del 17 de los mismos, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Girardot, respectivamente.

12.—Sobre la aceptación del proyecto, por los interesados, los peritos se trasladaron al terreno y precisaron el lindero sugerido por ellos, como lo expresan al Juez del Circuito de Girardot en memorial del 13 de octubre de 1942, entregado junto con el croquis que dibujaron en escala de 1:6,000, y en la siguiente forma:

"En el sitio de Playa Verde, en la quebrada de Cachimbulo, donde existe una volada, 325 metros arriba (al oriente) del punto donde cae a la quebrada el cerco divisorio entre las fincas de "El Peñón" y "San Pablo", partiendo del centro de dicho cauce de quebrada con azimut de 25º 47' a dar a un primer mojón que se encuentra a 10 metros de distancia de este primer punto de partida; del mojón último citado se sigue, línea recta, con el mismo azimut y distancia de 610 metros, pasando por mojones intermedios hasta encontrar el último mojón colocado sobre la margen izquierda del río Bogotá; de este mojón se continúa en prolongación de la misma línea recta, hasta encontrar el cauce actual del río Bogotá".

Para mayor claridad explicaron los peritos que las tierras al oriente de la línea trazada pertenecen al predio de "El Peñón", y las situadas al occidente de esta línea, al de "Gonzalico".

13.—El Juzgado, por auto del 27 de octubre, señaló día y hora para continuar la diligencia de deslinde y "proceder a verificar la línea trazada por los señores peritos, y los mojones emplazados en esa línea, teniendo en cuenta las referencias que contiene el escrito firmado por ellos, etc.".

14.—Contra lo anterior reclamó el apoderado de Martínez, alegando que el auto resolvía de una vez sobre la fijación de la línea con arreglo exclusivamente a lo propuesto por los peritos y que el memorial de éstos no equivalía a una transacción, de manera que el Juzgado no podía dar por terminado el juicio, ni fijada una línea que no se podía aceptar por los errores de que adolecía en sentir del memorialista. Pero que el deslinde, en cambio, sí podía continuarse en la misma forma como se venía ejecutando, oyendo a las partes y recibiendo las pruebas que se pidieran para hacer la fijación de la línea sin atenerse exclusivamente al escrito de los peritos. El apoderado de Ferro por su parte sostuvo que el auto debía mantenerse.

15.—El Juzgado, en providencia del 10 de noviembre, considerando atendibles las razones del apoderado de Martínez, revocó la reclamada, del 27 de septiembre, "en la parte que ordenó proceder a verificar la línea divisoria trazada por los peritos, etc.".

16.—Pero como el apoderado de Ferro hubiera apelado, subió el negocio al Tribunal, quien confirmó la última decisión del Juzgado y hubo de continuarse el deslinde. Este se practicó como consta en las dos actas del 28 de mayo: una, que da fe de la diligencia efectuada desde las 8 de la mañana hasta la una y veinte minutos de la tarde; y la otra, de lo ocurrido desde las dos en adelante hasta el fin de la jornada. En esta segunda parte consta que, estando el personal en el sitio de Playa Verde, en la finca de "El Peñón", los ingenieros "procedieron a verificar sobre el terreno la línea que se les ordenó trazar y, al efecto, comenzaron a localizar con el teodolito o taquímetro, mediante el rumbo correspondiente, los puntos en donde debían ser colocados los mojones que habían puesto primitivamente y que se encontraron caídos en el suelo en los sitios inmediatos a donde habían sido enclavados por los mismos ingenieros. Se hace constar que los peritos tomaron como punto de partida el primer mojón clavado a 10 metros del centro de la quebrada de Cachimbulo y en la dirección de la cerca voladora a que se refiere la alinderación (sic) dada por los mismos señores peritos. De tal suerte que la precitada línea divisoria, reconstruída en esta diligencia, queda definitivamente así: En el sitio de Playa Verde, en la quebrada de Cachimbulo, donde existe una **volada** (sic), 325 metros arriba (al oriente) del punto donde cae a la quebrada el cerco divisorio entre las fincas de "El Peñón" y "San Pablo", partiendo del centro de dicho cauce de quebrada con azimut de 25º 47' a dar a un primer mojón de cemento que se encuentra a 10

metros de distancia de este primer punto de partida; del mojón último citado se sigue, en línea recta, con el mismo azimut y distancia de 610 metros, pasando por mojones intermedios de cemento y de madera, hasta encontrar el último mojón de cemento colocado sobre la margen izquierda del río Bogotá; de este mojón se continúa en prolongación de la misma línea recta, hasta encontrar el cauce actual del río Bogotá, es decir, el talweg de dicho río, — los mojones mencionados — fueron debidamente enterrados en forma definitiva.

"En este estado el Juzgado pasa a resolver las solicitudes pendientes así: es indudable que en el juicio de deslinde no se resuelve nada con relación a la posesión ni al derecho que tenga cada una de las partes en los predios deslindados, posesión y mejoras que deben ser reconocidas mutuamente por las partes, las que quedan con tenencia provisional de las zonas que vienen a corresponderles por virtud de la delimitación verificada. De suerte que el objeto de esta diligencia se obtiene plenamente al verificar y dejar fijada y señalada la línea limítrofe.... de los predios de las partes. En tal virtud el Juzgado, administrando justicia, etc., DECLARA que la línea transaccional acordada por las partes en este juicio es la que se acaba de especificar y acaba de ser reconstruída por los señores peritos ingenieros. En consecuencia y tratándose de un caso en que se ha verificado una transacción, el Juzgado en obedecimiento a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 869 del C. J., deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, sin perjuicio del reconocimiento mutuo que deben hacerse aquéllas, de sus respectivas mejoras, o sea, en cuanto a su pago....".

17.—También consta en la dicha acta que el apoderado del señor Martínez manifestó que se oponía a la entrega de los terrenos; que, en consecuencia, interpuso apelación contra lo decidido por el Juez; que el documento estimado por éste como transacción, no era tal y que al trazar la línea sobre el terreno hubo error de hecho.

El Juzgado concedió el recurso en el efecto suspensivo, contra la resolución que aceptó la transacción y ordenaba fijar la línea por ahí, y asimismo contra la orden de dejar a las partes en posesión de las correspondientes zonas de terreno. Negó el recurso respecto de otras pretensiones del mismo apoderado y del vocero a quien quiso constituír la misma parte, cuya personería desconoció el Juzgado con fundamentos que, en parte **rectificó** y en parte **ratificó**, en auto posterior de fecha 15 de junio de 1943.

18.—Por causa de los recursos admitidos en la misma diligencia de deslinde y en el auto últimamente citado, el negocio se remitió por segunda vez al Tribunal. Este lo devolvió mediante fallo del 6 de noviembre de 1943, considerando que las resoluciones contenidas en la diligencia final de deslinde no eran revisables en vía de apelación; sino que, a la parte inconforme, no le quedaba otra que la de ratificar su oposición haciéndola concreta dentro del término de 10 días que se contarían a partir de la notificación del auto de obedézcase y cúmplase.

19.—El demandado hubo de conformarse con lo decidido por el Tribunal, y así, en uso del derecho que le reconoció para promover dentro de aquel lapso su nuevo escrito de oposición, el señor Martínez pasó a la categoría de demandante y, por ministerio de apoderado, entabló la demanda contenida en libelo de 8 de febrero de 1944 dirigido al Juez del Circuito de Girardot, quien la admitió con fecha de 20 de marzo, mandó correr el traslado a la contraparte y, tramitada la primera instancia, pronunció el fallo el 20 de febrero de 1946, en que niega todas las peticiones del opositor al deslinde.

20.—Apeló éste, con lo cual se originó la segunda instancia, finalizada por la decisión de 21 de agosto de 1948, que ha sido acusada ante la Corte.

El Tribunal resume las súplicas del libelo así: a) que es nulo todo lo actuado en el juicio de apeo; b) que se declare dominio y pertenencia por prescripción adquisitiva del inmueble de "Gonzalico", por los linderos especiales que cita la demanda; c) que se rectifique, en consecuencia, la línea acogida y amojonada en el juicio especial, ateniéndose a la alindación que resulte según la súplica precedente, y entrega de los predios a sus respectivos dueños; d) subsidiariamente, que la línea divisoria se fije de conformidad con los títulos o con la posesión que cada parte haya tenido o tenga en la actualidad; e) que se invalide la transacción reconocida por el Juez en el apeo y también en la primera instancia del ordinario; f) que se condene en costas.

Siguiendo ese mismo orden va estudiando la sentencia las súplicas de la demanda, revisando el fallo de primera instancia, y resuelve: no hacer las declaraciones sobre nulidad, invalidez de la transacción y condena en costas; al contrario, tener por probadas las excepciones de transacción y de cosa juzgada, que afectan también lo tocan-

te con la declaración de pertenencia; por último, ratifica o confirma el señalamiento del lindero en la parte controvertida.

21.—Vale detenerse brevemente sobre los considerandos propuestos por el Tribunal, respecto de lo que puede estimarse como eje y fundamento de la sentencia, o sea, sobre la transacción aducida por la parte demandada en este juicio, que acogió el Juzgado para despachar el deslinde y luego, en el curso de las instancias del ordinario, recibió plena confirmación.

Partiendo de los hechos arriba resumidos en los numerales 9, 10 y 12 dè la presente relación de antecedentes, el Tribunal reflexiona y admite que "el criterio.... podría permanecer un momento en suspenso.... acerca de la naturaleza del acto jurídico cumplido por las partes, pues, por ciertos aspectos, ofrece también las características de un compromiso homologable". Esta hipótesis la refuerza con la opinión de que el ánimo de los contrayentes no tuvo en mira darle a la intervención de los peritos "una función decisoria", sino de simple "postulación de soluciones conciliatorias", y que los interesados se reservaron la facultad de acoger, o no, las soluciones que hubieran de proponer los peritos, en lo cual permanecieron autónomos; por lo cual debe concluírse sin reservas que hubo composición contractual del litigio. Se agregan otras consideraciones como éstas que se toman textualmente:

"En concreto y en lo tocante a las modalidades de la transacción, se observa que las partes no concluyeron un contrato simple, y por este motivo no lo rodearon de las solemnidades que la ley pudiera prever o exigir al respecto, entre ellas, la escritura pública. Concluyeron un acto procesal de transacción, injertaron, por así decirlo, su actividad y su querer dentro del proceso, bajo la dirección del Juez, quien, cumplió el papel de director del impulso particular que los interesados imprimían a los actos lícitos de disposición de su interés disponible.... En una palabra, concluyeron un negocio procesal, dispositivo de mutuas pretensiones y obtuvieron que la autoridad del Juez le pusiera el sello de la ejecución procesal....

Al atacar la transacción a causa de las incongruencias descritas en los hechos de la demanda, cuando afirma que los ingenieros propusieron una línea y trazaron materialmente otra, en desmedro de su interés, que el consentimiento de su parte se otorgó sobre la primera —que denomina imaginaria—, sin medir el alcance de las concesiones hechas, plantea el examen de estos hechos como fuentes de error en el objeto, hipótesis prevista en el artículo 2480 del Código Civil.

Mas es lo cierto que el relato de la demanda quedó sin prueba, y ello dispensa de ahondar en el estudio de la voluntad consignada por la ley en el supradicho texto. El conflicto de intereses planteado en el especial de deslinde es ciertamente, como ya se dijo, susceptible de composición extrajudicial. En esta clase de procesos hay siempre al menos un punto conflictivo, la declaración cierta del linde, que, usualmente, inclina el ánimo de los dueños en busca de una decisión cierta y firme. Las pretensiones recíprocas de los interesados, caracterizan el conflicto y autorizan la transacción. En este capítulo la Sala (del Tribunal) concluye en favor de la transacción procesal, de su eficacia y de su validez".

22.—Contra la sentencia anterior se interpuso recurso de casación que fue concedido y se halla debidamente preparado para decidirlo.

El recurso

De una vez se advierte que la demanda viene redactada en escrito que, pese a lo voluminoso y detallado no logra ajustarse a los requisitos de la ley, amplimente explicados en copiosa doctrina de esta Corte, la cual ha sido constante y tenaz defensora del principio de que no son de recibo, ante ella, los esfuerzos que usualmente se realizan en las instancias, bajo el influjo equivocado de que la Corte sea juez de los hechos y no de la sentencia. Porque nadie desconoce que nuestra ley ha hecho de la casación, a ejemplo de lo que consagran las de otros países más avanzados del tronco latino, un instituto severo, de corte clásico, tal como se halla en Francia, en Italia y en España. La jurisprudencia colombiana no ha vacilado en aprovechar el rico caudal de experiencia científica que se acumula en las obras de muy conocidos y autorizados expositores, como los franceses E. Faye y C. Sheyven; como los italianos Chiovenda y Calamandrei, y como el magistrado español M. de Plaza, para citar algunos de entre muchos. Si los que litigan ante esta Corte, consultaran con más atención y frecuencia los fallos en que las enseñanzas de aquellos autores se citan, harían mucho bien, porque facilitarían, en vez de estorbar, la misión de fundar doctrina, con el pronto despacho de los negocios que, muchas veces no reciben evasión, por el excesivo trabajo que supone separar lo sustancial de lo indiferen-

te o, como se dice familiarmente, "el grano de la paja".

Esto viene a cuento porque, leyendo reposadamente el pesado memorial, se vislumbran tesis que hubieran podido prosperar, pero a la Corte se le cerraron las puertas, debido a la manifiesta inhabilidad en proponer los cargos. Inhabilidad que se revela desde la confusión elemental de éstos con los motivos o causales de casación. Ya demuestra que la ley toma como equivalentes estos términos, la mera circunstancia de titular con el mote de "Causales" el parágrafo 2º del capítulo VI del título XIV del libro 2º del código, e indicar inmediatamente después en el artículo 520 que "Procede el recurso de casación por los siguientes **motivos**". Pero, en cambio, no se confunden "motivos" con "cargos". Estos últimos deben formularse como lo manda el artículo 531, así: "....expresar la causal (o motivo) que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los **fundamentos** de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos".

Pues bien: la demanda presenta dieciocho motivos (18) en treinta y ocho (38) pliegos de sellado, transcribiendo al pie de la letra mucho de los alegatos de la instancia, descabezando cargos o ensayando fundamentos sin claridad ni precisión y, lo que es peor, sin concluír los que hubieran podido prosperar.

Después de largo preámbulo que habría cabido en "una llana de papel", invoca las causales primera, segunda y sexta, a carga cerrada.

Los de estas últimas no alcanzarán a llevarse a capítulo de considerandos, porque los cargos no son autónomos, ya que se reducen a simples variaciones de otros que se mezclaron bajo capítulos de la primera causal, ni aparecen fundados como es debido.

En efecto: no hay sino que leer los párrafos de los llamados "motivos" 16º, 17º y 17º bis (que hacen llegar a 18 los "motivos") para comprobar que, respecto de la causal segunda se intentan reparos a la parte motiva de la sentencia; cuando lo procedente hubiera sido alegar y demostrar que la resolutiva no despachaba todo lo propuesto por la demanda cabeza del ordinario. Cosa ésta sin embargo, poco menos que imposible, porque el sentido de la sentencia es totalmente absolutorio.

Y pasando a la causal sexta, ya se ha repetido hasta el cansancio, en infinitos fallos de esta Corte, que cuando la ley exige "siempre que la nulidad no haya sido saneada", debe entenderse que, si se trata de las normas de los artículos 455 y 456 del C. J., aparezca claramente que ellas no se aplicaron en las instancias, y si de la nulidad a que se refiere el artículo 457, como es obvio, que la decisión del ordinario respectivo, se alegue por la vía de la primera causal, o de cualquiera otra, menos por la de la sexta.

"Sanear la nulidad" quiere decir, como se comprende, aplicar cualquier remedio indicado por la ley para curar ese vicio jurídico: ya el de la ratificación, cuando procede ya el de la declaración judicial sobre su existencia o inexistencia. Por este aspecto, y como lo explicaron los redactores del proyecto de reforma judicial, el fin del motivo 6º del artículo 520 del C. J., no fue otro que el de "asegurar la estabilidad de la cosa juzgada, cuando HAY FALTAS QUE SUBSANAR (se subraya, porque esto supone que la cuestión no ha sido tocada y está pendiente) relativas a los presupuestos del artículo 448".

Convence de que aquí es totalmente extraña la causal 6ª invocada, el solo hecho de que el recurrente atacara apreciaciones de la sentencia, donde se examinan y hallan sólidos los presupuestos de competencia de los jueces, legitimidad de la personería y de conveniente citación al juicio. Ahora: para que el Tribunal hubiera usurpado jurisdicción, habría sido menester demostrar que falló el pleito, el mismo que se supone transigido, con desconocimiento de la transacción: hipótesis ésta a todas luces inadmisible, por lo contradictoria con la evidencia de los hechos.

Entre los cargos que se adujeron por la vía de la primera causal, sólo podrán tomarse en cuenta y eso agrupándolos con criterio tolerante, los de aquellos que llama el recurrente "motivos" primero, segundo y tercero y que ensayan una interpretación hábil pero sofística del artículo 900 del código civil; y los de los "motivos" quinto, octavo y noveno, donde le cerró la puerta a la Corte para haber rectificado una doctrina sobre transacción, la cual hubiera llevado a la infirmación de la sentencia, a no ser por esa completa falta de técnica que se viene censurando.

a). Cargos de interpretación errónea del artículo 900 del C. C.

Dicho artículo, expresa la demanda, "nos enseña que el deslinde ha de ser efectuado con citación y concurrencia de los dueños de todos los predios colindantes, haciéndose la demarcación a

expensas comunes. El artículo habla en plural y no en singular. El artículo no distingue ni establece deslindes parciales, y donde la ley no distingue a nadie le es lícito distinguir. En el presente caso, se demandó un deslinde parcial, con uno solo de los predios colindantes, y esto no está autorizado por la ley, luego se le dió una errónea interpretación a la disposición que dejo transcrita. La sentencia acusada dice, sobre este particular lo siguiente: 'en cuanto a la colindancia de los predios, es un obligado supuesto porque el concepto de delimitación conlleva en sí la noción de contigüedad; mas no es necesario, a pesar de la forma plural empleada en el precepto citado, que la demarcación se ejerza simultáneamente por los diversos costados del predio y con la intervención de los dueños de todos los inmuebles colindantes; ello es claro, si se considera que el interés es una de las medidas de la acción, que ésta es una facultad que tiende a la actuación del derecho paralizada por la incertidumbre, o por la inobservancia de lo obligado, y de esta suerte, tal actividad subsidiaria, sólo debe obrar útilmente en aquel sector donde la incertidumbre actúa o es patente la rebeldía del obligado y no en aquellos donde predomina la certeza o se reconoce y observa por el colindante el derecho, expresa o tácitamente....'. Brillan por su ausencia en este párrafo de la sentencia, único que trata sobre el deslinde parcial, los argumentos de derecho y las citas de disposiciones legales que todo juzgador ha de tener presente para dictar sus fallos, porque a éste no le es permitido hacer sino lo que la ley expresamente le permite, a diferencia del ciudadano que puede hacer todo lo que la ley no le prohibe. Ha querido el juzgador de instancia convertirse en legislador, y modificar el **plural** (está subrayado) que emplea la ley y que la sentencia reconoce que existe, por el **singular** (idem), que no ha sido empleado por la ley, ni puede ser".

Cita a don Fernando Vélez, en la parte en que éste apunta acertadamente que el artículo 900 del Código Civil colombiano está tomado del artículo 646 del Código Civil francés, que servirá adelante de buen término de comparación, y luego pone este ejemplo:

"No es posible el deslinde parcial, **porque, por** ejemplo, si un predio mide 10 fanegadas, 500 metros cuadrados, según los títulos, pero quien lo posee sólo tiene 8 fanegadas 100 metros cuadrados, habrá de averiguarse cuál de los predios colindantes ocupó las 2 fanegadas 400 metros cuadrados, o si están repartidos entre los predios colindantes. En todo caso, los colindantes del predio que se quiere alinderar tienen forzosamente que concurrir al deslinde porque este derecho sólo puede ejercerlo el dueño del predio una vez y no tantas veces cuantos colindantes tenga, ni tantas veces cuantas veces le venga en gana".

b). Cargos relativos a la transacción que la sentencia reconoció.

En el "quinto motivo" intentó proponer un cargo por interpretación errónea del artículo 2469 del Código Civil, que define la transacción, alegando que "el juicio de deslinde no es litigioso" y dando a entender que, por lo mismo, no es transigible. Su pensamiento cree precisarlo con las observaciones de que "el tribunal confundió a las personas con los predios" y que es "jurídicamente falso el objeto del contrato".

De los apartes entresacados en seguida, se puede colegir la intención de acusar por error de hecho la sentencia, en esto de la transacción:

"No es exacto, con perdón del Tribunal, que 'las partes definieran la línea divisoria', como erróneamente lo dice la sentencia. En la propia diligencia en que el Juez, fue ya, no a efectuar un deslinde sino a darle autoridad con su presencia a la línea que iban a trazar los doctores J. Germán Villa, Manuel J. Vidal y H. Melendro, quedó plenamente establecida la protesta del apoderado del señor Martínez contra la línea trazada. Partiéndose de una premisa falsa se obtiene siempre una conclusión errada. El concepto del ingeniero Rodríguez, es un concepto técnico, es una prueba técnica, y como no fue tachado por la otra parte, tiene todo el valor probatorio que la ley le dá, a los conceptos científicos. En todo caso plantea una duda y el Tribunal ha podido y debido si quería una prueba con mayores solemnidades dictar auto para mejor proveer y practicar una inspección ocular sobre el terreno. Existe incompatibilidad entre la intervención extrajuicio de los peritos y la intervención judicial de ellos, tal pudiera decirse que esa incompatibilidad podría denominarse prevaricato: pero lo que pasa es que ellos después de su carta, no actuaron como peritos, sino como mandatarios del señor Ferro y como defensores de éste por orden del Juez. He copiado las diligencias respectivas para que no se diga que estoy calumniando. El resto que he dejado copiado de la sentencia en este motivo, es como ya

lo he dicho varias veces una bella literatura sin fundamento en la ley, cuyas citas brillan por su ausencia.

"Error de hecho que aparece de manifiesto en los autos sobre apreciación de la prueba. Sobre este motivo bástame reproducir lo dicho en el motivo anterior, pues a mi juicio, todo error de hecho produce error de derecho, tratándose de fallos judiciales, porque si el Juez estima erróneamente una prueba, violó la ley. El error de hecho consiste en haber estimado la carta de los peritos dirigida a las partes como prueba de un contrato de transacción, pues, en parte alguna se señalan las pretensiones opuestas de las partes y las que aceptan como transacción. Es decir: aceptando en gracia de discusión, que el contrato sobre líneas divisorias no sea solemne y por tanto no requiere la escritura pública, la transacción ha debido contener los siguientes elementos: a) línea sostenida por el demandante Ferro, con todos sus linderos y detalles; b) línea sostenida por el demandado Martínez, con todos sus detalles y linderos; y c) línea transaccional o sea lo que cada uno cedía al otro entre los dos extremos opuestos, es decir, una línea intermedia que se aceptaba como definitiva. Sin esos requisitos no hay contrato de transacción...".

"**Violación de ley sustantiva.**—Interpretar mal la ley, aplicarla indebidamente, incurrir en error de derecho en la apreciación de las pruebas y violarla por falta de aplicación de las pruebas, es en el fondo, una violación de la ley sustantiva. Por esta razón, **no creo necesario recorrer el Código Civil para citar todas las disposiciones que han sido violadas** (se subraya), pues me basta con las que he citado y con las que citaré en el capítulo siguiente".

Se considera:

No por espíritu formalista, o si se quiere, por legalismo exagerado, sino en acatamiento a un principio fundamental indiscutible, la Corte debe negarse, como siempre lo ha hecho, a infirmar sentencias cuando las acusaciones no se ajustan a lo que ordena la ley. Ese principio que jurídicamente explica toda la economía funcional del recurso de casación, o, como suele decirse, su técnica, no es otro que el consignado en nuestra Carta cuando expresa que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio" (artículo 26). Ahora bien, sin necesidad de apelar a la ficción de personificar las sentencias, es evidente que, para infirmar actos de tal naturaleza, de donde emana la eficacia de los derechos que se reconocen a las partes en el juicio, se exige, no menos que para éste, "observar la plenitud de las formas procesales pertinentes". Y el recurso de casación demanda acusar como la ley ordena (artículo 531 del C. J. y sus concordantes), y no como a la libre voluntad, más o menos ingeniosa, de los particulares, le venga en gana. A éste se agregan otros, no desconocidos por la propia demanda de casación, como el de que en derecho público, como es el que regula las atribuciones de la Corte, no se puede hacer sino aquello que la ley ordena; mientras que en derecho privado impera el principio de libertad, porque puede hacerse todo lo que aquélla no prohiba. También vale anotar otro, según el cual, las dudas se resuelven a favor del demandado (artículo 601) que, aplicado al caso de acusación de violación indirecta, enerva los cargos que pretendan fundarse en error de hecho, en la apreciación de las pruebas; porque, mediante la duda, es imposible aceptar la evidencia del error.

Entrando en materia práctica y concreta, serán suficientes dos capítulos de considerandos, para despachar este recurso: porque, al salir incólume la sentencia, de los cargos que en ellos habrá de examinarse, resulta innecesario detenerse a estudiar otros donde es patente la falta de método y el desconocimiento mayor de la técnica. Y, sobre todo, porque el fallo se sustenta en la tesis de la transacción, que se invocó para efectuar el deslinde desde su primera etapa y no fue objeto de ataque admisible en la que ahora termina.

Interpretación errónea del artículo 900 del Código Civil

"Todo dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y podrá exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, haciéndose la demarcación a expensas comunes".

Según el recurrente el Tribunal erró al interpretar este artículo, porque admitió una demanda de deslinde parcial, contraída a uno solo de los predios colindantes, cuando, en su sentir, ha debido dirigirse contra todos. Lo cual se sostie-

ne, aún en el supuesto de no haber controversia respecto de los demás predios colindantes.

Para rechazar el cargo bastaría la razón que dieron los jueces de instancia, en función del interés, que sirve de base a toda acción judicial. Pero no sobra hacer ver cómo se deslizó un hábil sofisma en la interpretación sugerida por el recurrente.

Como lo enseña Restrepo Hernández en sus Lecciones de Lógica (Colegio Mayor del Rosario, año de 1914), "hay raciocinios que parecen verdaderos y lo son en realidad, y otros que lo parecen y no lo son. De estos últimos hay dos especies: primera, los **paralogismos,** que son los raciocinios erróneos, en los cuales caemos, a pesar nuestro, por la debilidad de nuestra razón y lo limitado de nuestros conocimientos; y segundo, los **sofismas,** raciocinios falsos o engañosos, los cuales se hacen con el propósito de presentar lo falso bajo la apariencia de la verdad. Hoy se dá también el nombre de sofisma a todo raciocinio equivocado" Desde los tiempos de Aristóteles se ha ensayado clasificar los sofismas, como lo anota el mismo autor. Se distinguieron los **sofismas de dicción,** cuyo vicio está en las palabras, y los de **fuéra de dicción,** que pecan por la materia sobre que versan. Entre los primeros está el llamado **sofisma de composición,** "en que se dice del todo lo que sólo corresponde a las partes separadas en el tiempo o en el espacio". (Ob. cit., págs. 338 y ss.).

Fácil es entender que pertenece a este grupo de sofismas el que padeció el recurrente. Es un sofisma de dicción, porque el vicio del argumento reside en las palabras: recuérdese que se alega que el artículo 900 del Código Civil habla en plural y no en singular; y es un sofisma de composición porque "se dice del todo lo que sólo corresponde a las partes separadas en el espacio". Nuestro Código, fiel al derecho romano, reconoce en la acción **finium regundorum,** o de deslinde, una pretensión ejercitable, por el dueño de cada predio sobre los predios que forman sus límites externos. Contra los **respectivos** dueños: **"podrá exigir a los respectivos dueños",** reza el artículo 900. De donde se infiere, por sus propias voces, o sea el mero término **respectivos,** que la acción bien puede entablarse **uti singuli,** bien **uti universitatis,** según lo pida la necesidad de los casos prácticos y con subordinación al interés que es base de la acción.

La de **finium regundorum** presenta esta diferencia notable con otras acciones divisorias, como las de **familiae erciscundae** (partición de la herencia) y **communi dividundo** (división de comunidades). Porque el juicio a que le dá cuerpo una acción de deslinde, puede ser simple o particular, y en cambio los de las otras dos acciones son, por lo general, universales. Algo parecido ocurre con los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, en donde también es aplicable la regla del ordinal 5º del artículo 398 del Código Judicial, porque la indivisibilidad de la continencia de la causa, puede hacer necesaria la acumulación; mas el deslinde, aunque también la permita, no impone la determinación total del objeto con citación de todos los colindantes, si el contenido especial del dominio inmueble apenas demandara eliminar discusiones por causa de incertidumbres en uno solo, o en algunos de sus costados.

De no admitir esta interpretación que es elemental, o de puro sentido común, se correría el peligro de caer en uno de dos extremos igualmente viciosos: o que la indeterminación total de los fundos pusiera en duda la validez de sus títulos, o que la acción de deslinde se confundiera con las de partición de la herencia o con las divisorias de comunidades; en ambos extremos sobraría la acción de deslinde y tendríamos que sería inútil o ineficaz el derecho que consagra el artículo 90 del Código Civil.

Se confirma todavía más esta doctrina comparando, como ya se anunció, el texto de ese artículo con el del artículo 646 del código francés, citado por don Fernando Vélez, autoridad irrecusable para el recurrente. He aquí la versión bilingüe del dicho texto:

'Tout propriétaire peut obliger **son voisin** au bornage de leurs propietés contigues. Le bornage se fait á frais communs'. "Todo propietario puede obligar **a su vecino** al deslinde de sus propiedades contiguas. El deslinde se hace a expensas comunes". El interés de la comparación reside, como es obvio, en hacer ver que la redacción del código francés, de donde se tomó el artículo 900 del nuestro, emplea la forma **singular: son voisin, su vecino;** sin embargo, allá a nadie se le ha ocurrido sostener que la acción de deslinde no procediera contra más de un colindante. Ello se explica por el origen común de tales leyes: el derecho romano. Para convencerse no hay otro trabajo sino molestarse en abrir el Digesto de Justiniano, en el libro X, título 1º, fragmento 4, tomado de Paulo, donde se lee:

"Non solumn autem inter duos fundos, verum

etiam inter tres pluresve fundos accipi iudicium finium regundorum potest: **ut singuli** plurium fundorum confines sunt, trium forte vel quattuor". "No sólo, pues, entre dos fundos, sino también respecto de tres o más fundos, puede entablarse el juicio de deslinde; pues cada fundo puede estar limitado por varios, como tres o cuatro".

Pasando ahora al ejemplo que propone el recurrente para ilustrar su argumento, es fácil demostrar cómo resulta especioso y falla por su base. En efecto: allí se dá ya por sentado, sin justificación previa, que las posibles discrepancias entre la cabida señalada en un título de dominio inmueble y la posesión correspondiente, no tuvieran otra explicación distinta que la de colocar bajo la sospecha de usurpadores a todos los colindantes. Y también se supone gratuitamente que aquélla fuera la sola causa para hacer oscuras o dudosas las líneas divisorias. La comparación es muy forzada: sería casi como investigar el extravío de una billetera entre todos los pasajeros del mismo vehículo. Todo sin contar con que las defectuosas maneras de poner lindes a los campos; el frecuente cambio de nombres geográficos o locales con el transcurso del tiempo y el capricho de las gentes; los fenómenos de la naturaleza, v. gr., las variaciones de cauce de las corrientes de agua y, en fin, tantos otros factores por el estilo, son los verdaderos causantes de las disputas sobre linderos. En numerosos fallos, ya de la Sala de Negocios Generales en litigios sobre determinación de terrenos petrolíferos, ya de esta misma Sala de Casación, en el conocimiento de asuntos semejantes al presente, se han explicado tesis como las siguientes: Que una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la extensión o cabida de terreno que se tenga con base en él. Que los predios suelen venderse como cuerpos ciertos, por linderos, o con relación a su cabida (artículo 1887 del C. C.). Que el objeto de los actos jurídicos, así sea de los que sirven para adquirir el dominio inmueble, ha de ser determinado o determinable (artículo 1518 ibidem). Que las heredades riberanas están expuestas a modificaciones que las afectan por el cambio de curso en el cauce de los ríos (artículos 720, 724, y 725 ibid.), etc. A estas normas y a esos hechos concretos, relativos e infinitamente variables, están sujetos los terrenos, y nunca podría pensarse, mucho menos decirse, que el legislador hubiera sido ciego o indiferente para no atender a lo que es de sentido común: **Lex statuit de eo quod plerumque** fit.

Corolario inobjetable es el de que el ejemplo con que el recurrente buscó aclarar su pensamiento es ineficaz y su argumentación sofística. Así, pues, el cargo debe rechazarse.

Otro, apenas esbozado pero no sustentado válidamente en casación, fue el de que el deslinde era improcedente, dizque por estar separados los predios de **El Peñón** y **Gonzalico** por el río Bogotá. Con todo, el opositor, don José Martínez, no podría desconocer que hubo un cambio de curso de dicho río, según lo rezan sus propios títulos de **Gonzalico,** extractados arriba (numeral 4 de los resultandos). Ahora bien: esa variación de curso del río Bogotá tuvo parte muy principal, quizá única, para que los señores Ferro y Martínez no estuvieran de acuerdo sobre la línea divisoria, después de ocurrido el fenómeno natural citado.

Desde luego la doctrina y la jurisprudencia tienen resuelto este problema desde hace mucho. Claro que es condición indispensable, para la eficacia de la acción de deslinde, que los predios colinden. No colindan cuando los separa una corriente de agua de uso público, como el río Bogotá. Así sería antes de que pasara el hecho de que da fe la escritura número 206 de 1934 (numerales 1 y 4 de los resultandos). Pero si la corriente cambia de curso, como aquí ocurrió, entonces, debido a que las porciones del antiguo cauce que el río deja definitivamente en seco, entran a formar parte, por accesión, de los predios riberanos, la colindancia se hace indiscutible; mas no así la línea divisoria que puede haber necesidad de definir; ya sea amigable y directamente, ya sea con intervención de la justicia. Si esta segunda hipótesis se plantea, hay que admitir que existe una contención o litis, que es lo mismo que un pleito, o litigio. Con esto se penetra ya en el terreno propio del examen de los otros cargos que trataron de proponerse, aunque sin éxito, contra la sentencia, por el aspecto de la transacción y que forman el tema del próximo capítulo.

Sobre la transacción que sirvió de pase a la sentencia

En primer lugar se encuentra que el cargo alegado, de interpretación errónea del artículo 2469 del Código Civil, lo fue con muy poca fortuna. Pues se creyó que era sustentable, partiendo del supuesto, inadmisible con sólo enunciarse, de que el "juicio de deslinde no sea litigioso". Quizá se

tuvo en mente afirmar que el deslinde es un juicio de jurisdicción voluntaria, como lo reconocen la ley y la jurisprudencia, mientras no haya oposición. Pero de ahí no se sigue lo otro, que sería mera contradicción en los términos. De resto, no hace falta demostrar que el deslinde, como juicio, no sólo es susceptible de precaverse eventualmente, sino de terminarse mediante la transacción; como cualquier otro litigio de aquellos a que se refiere el citado artículo 2469 del Código Civil. Por tanto, el cargo de interpretación errónea de éste, resulta completamente infundado y debe rechazarse.

Pasando al otro que se propuso, sobre error de hecho en la apreciación de las pruebas que acrediten la supuesta transacción, si el recurrente se hubiera ajustado a lo que la ley le mandaba, tal como lo tiene explicado la jurisprudencia, no hubiera sido difícil casar la sentencia. Pero el mismo recurrente se encargó de recordar que "en derecho público (como es el que regula las atribuciones y funciones de la Corte), a las personas no se les permite hacer sino aquello que la ley expresa o tácitamente les manda; a diferencia de lo que ocurre en derecho privado, donde las personas están autorizadas para efectuar todo lo que la ley no les prohibe".

Aplicando la regla quiere decir que ésta no le impedía al recurrente argumentar como quisiera; mas, en cambio, a la Corte no le sería lícito salirse de su esfera de juez de la sentencia y, enmendándole la plana al recurrente, suplir la deficiencia de sus alegatos.

En la acusación, por error de hecho, aquí considerada, aparte de confusiones patentes padecidas en la demanda de casación, como aquella de que "todo error de hecho conlleva error de derecho", argumento que prueba demasiado, pues haría poco menos que inútil la causal por error de derecho; le pasó al recurrente que se quedó a "medio camino", por no haber desarrollado convenientemente su cargo, con la cita apropiada de las disposiciones legales sustantivas que, en su concepto, estimara infringidas por el fallo acusado: en ello estriba el fundamento de la violación indirecta a través del error de hecho.

No sobra recalcar que la manera como se citan tales disposiciones, supone algo más que la pura acumulación mecánica de artículos de los códigos. Ciertamente ello no correspondería a lo que previene el artículo 531 del Código Judicial. Pues, para esa gracia, todos estamos obligados a conocer la ley; su ignorancia no sirve de excusa, y menos a los jueces encargados de aplicarla. Pero, si ante aquellos que conocen de las instancias vale mucho el apotegma elegante de "aténgase el letrado al hecho, que el magistrado sabe el derecho"; en casación es muy distinto: porque aquí se acusa la sentencia de un tribunal y hay que demostrar con razones sólidas, claras y concluyentes, que la ley se infringió, y esto no se consigue sino cotejando discursivamente los principios enunciados por las leyes que consagran derechos subjetivos, con los hechos de donde se derivan y que han sido acreditados en el proceso. Ahora bien: tal confrontación implica saber invocar la norma precisa, a través del medio probatorio que se apreció en las sentencias.

Otra cosa entendió el recurrente y de ahí que hubiera llegado hasta consignar literalmente en su alegato: "no creo necesario recorrer el código civil para citar las disposiciones que han sido violadas".

Sin embargo, la Corte no se cansará de recordar lo que tiene sentado en sentencia del 16 de junio de 1942, al respecto:

"Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino y es inútil" (G. J., Tomo 53 pág. 638).

Sentencia:

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelva que no hay mérito para infirmar y NO INFIRMA, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, pronunciada en este juicio el 21 de agosto de 1948.

Costas, a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo A.—Pablo Emilio Manotas.— Gualberto Rodríguez Peña.— Manuel José Vargas.—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA MERA INSCRIPCION DE LA ESCRITURA EN EL REGISTRO, NO BASTA PARA SATISFACER PLENAMENTE LA OBLIGACION QUE EL VENDEDOR TIENE DE ENTREGAR LA COSA VENDIDA

1—No basta para la total satisfacción de la obligación de entregar, la mera inscripción del título en el Registro de Instrumentos Públicos, sino que es necesario, para complementarla legalmente, verificar la entrega material de la cosa vendida, para realizar el derecho de goce del comprador.

Si la posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, es incontrovertible entonces que no se obtiene con el registro del título, porque esta posesión simbólica o figurada no deja de ser una mera ficción legal, contraria por entero a la realidad jurídica. Nada cuenta el derecho a la cosa, que es el único susceptible de ser adquirido por el procedimiento de la inscripción, si falta el hecho de la tenencia material, que es la que da la capacidad física de disfrute sobre la misma. La tendencia de la legislación contemporánea, acorde con la doctrina de los expositores, es la de eliminar las ficciones en el campo del derecho y enjuiciar los problemas y las situaciones jurídicas, desde un ángulo de estricta realidad social.

2—El artículo 1882 del C. C., establece que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida, inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él. Es decir, la entrega ha de efectuarse en la fecha o época acordada, pero a falta de estipulación expresa, la ley fija el momento en que la obligación ha de cumplirse, y es claro que en tales casos no se necesita requerimiento previo para constituir en mora al deudor, porque las partes lo están por ministerio de la ley si dejan pasar, sin cumplir el contrato, el tiempo señalado por ella misma.

3—A falta de disposición expresa que regule la obligación del tradente de un bien raíz en el pacto de transacción, es aplicable por analogía el art. 1882 del Código Civil, según la regla del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por gobernar aquel precepto un caso semejante. La transacción, lo mismo que la compraventa, tiene los caracteres de bilateral, onerosa y conmutativa.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

REF: José Francisco de la Hoz contra la "Magdalena Fruit Company".

Antecedentes:

En demanda promovida ante el Juez del Circuito de Santa Marta pide el señor José Francisco de la Hoz que se hagan las siguientes declaraciones: Primera, que la "Magdalena Fruit Company" debe entregarle seis días después de ejecutoriada la sentencia los siguientes globos de terreno, a saber: a). Doscientas setenta y tres hectáreas, con ochenta puntos (H.273.80) en el predio denominado "Rosa Cecilia" cuya cabida es de doscientas noventa y siete hectáreas y diez puntos (H.297.10) ubicado en jurisdicción del Municipio de Ciénaga y deslindado como allí se señala; treinta y cinco hectáreas con cinco puntos (H. 35.05) en el inmueble denominado "Isabel Cecilia", cuya cabida total es de cuarenta y seis hectáreas veinticinco puntos (H.46.25), situado en el mismo lugar y por los linderos que lo determinan; c) sesenta y dos hectáreas con doce puntos (H.62.12) en el bien raíz nombrado "Riohacha" con una superficie de setenta hectáreas con 24 centésimos (H.70.24) en la misma jurisdicción y por los linderos que se detallan; d) catorce hectáreas, cuarenta puntos (H.14.40) en la propiedad inmueble llamada "Palermo", con una área de veintitrés hectáreas con setenta y dos puntos (H. 23.72) situada allí mismo, por linderos que se copian; Segunda, que la Cía. nombrada debe pagarle los perjuicios causados; así como los que en lo sucesivo se le causen por la no entrega de las indi-

cadas zonas de terreno, inmediatamente después de otorgada la escritura 168 de 28 de noviembre de 1940, de la Notaría 1ª de Santa Marta; y Tercera, por las costas del juicio.

El señor Juez del conocimiento absolvió de todos los cargos formulados y el Tribunal Superior de Santa Marta a donde fueron los autos a virtud de apelación, revocó y en su lugar, condenó a la compañía a entregar las zonas de terreno que se le demandan de los mencionados predios, de acuerdo con la parte motiva, en relación con los conceptos periciales producidos en el juicio y según la delimitación que se indica. Condenó también, al pago de perjuicios sobre bases que señala, y declaró finalmente, que no prosperá ninguna de las excepciones alegadas.

Fundamenta su proveído, en que la compañía no dió cumplimiento al contrato que aparece de la escritura 168 de 1940 por no haber hecho entrega material de los terrenos a que se refiere la demanda. Que la tradición de bienes raíces requiere la escritura pública registrada y la entrega material de la cosa objeto de la negociación Que igual cosa sucede en la tradición de un bien raíz como consecuencia de una transacción. Para que el obligado cumpla con lo de su cargo, no sólo debe otorgar y registrar el correspondiente título, sino hacer entrega material del inmueble, objeto de la transacción. Que se trata de una obligación de **dar,** que implica necesariamente la de **entregar** la cosa, al tenor de lo expresado en el artículo 1605 del Código Civil.

El recurso

Interpuesto el de casación por la empresa demandada, los autos fueron remitidos a la Corte, y siendo la oportunidad legal se pasa a fallar. Se acusa la sentencia con fundamento en el motivo primero de casación de los señalados en el artículo 520 del C. J., y se presentan contra ella los siguientes reparos:

a). Que la **entrega** que debe efectuarse en cumplimiento de una obligación **de dar** el dominio u otro derecho real constituye el modo de adquirir denominado **tradición** y debe realizarse de la manera que corresponda, según la naturaleza de los bienes objeto de la entrega. Así, si se trata de bienes muebles, la entrega o tradición debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 754 del C. C., y si de inmuebles, la entrega o tradición debe hacerse en la forma prevista en el artículo 756 del mismo código. De tal manera que la obligación de entregar a que se refiere el artículo 1605 del C. C., queda cumplida con la inscripción del título en la Oficina de Registro cuando se trata de bienes inmuebles, sin que se requiera la entrega material. Que esta doctrina aparece también muy claramente consagrada en el artículo 887 del Código Judicial. Que en otros términos, la entrega o tradición se hace por la inscripción en el registro como lo dice el Código Civil. El tradente debe dejar la cosa a disposición del adquirente y si no lo hace, no es que deje de cumplir el contrato, sino que perturba al adquirente en la posesión que le dió con el registro; a ese adquirente debe dársele una acción eficaz, sin que tenga que ocurrir a sostener en juicio ordinario una acción por la falta de entrega material.

De todo lo expuesto, concluye, se desprende que la sentencia acusada al condenar a la compañía a la entrega material y al pago de perjuicios por incumplimiento, violó el artículo 1605 del C. C., por errónea interpretación; el artículo 1546 del mismo, por indebida aplicación; el artículo 756 del C. C., y el 887 del C. J., por falta de aplicación.

b). Dice como fundamento del segundo reparo, que en el supuesto de que existiera la obligación de entrega material de los terrenos, "es lo cierto que la compañía demandada no está en mora con respecto al cumplimiento de tal obligación y es infundada, por tanto, la condenación al pago de perjuicios".

"Se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora (artículo 1615 del Código Civil). De conformidad con el artículo 1608 de la misma obra el deudor está en mora: 1° Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírlo en mora. 2° Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3° En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

"En el presente caso, no se estipuló término para dar cumplimiento a la obligación de entrega material. Era necesario, en consecuencia, el requerimiento judicial para constituír en mora a la compañía demandada".

Que el Tribunal cree que la compañía quedó notificada, aun cuando no se señaló fecha, desde el momento mismo en que dió comienzo a la entrega de algunas fincas que fueron parte de la

transacción y también por disponerlo así, el artículo 1882 del C. C., lo cual a su modo de ver no es jurídico, pues el requerimiento no puede hacerse en tales términos.

Que el artículo 1608 exige expresamente requerimiento judicial, sin que pueda suplirse por extrajudicial: que el artículo 1882 se refiere a contratos de compraventa y en el presente litigio no se trata de obligaciones surgidas de uno de tal naturaleza. Señala como violados los artículos 1608 y 1615 del C. C., por aplicación indebida; el artículo 1882 por errónea interpretación y por indebida aplicación y por esta última causa el artículo 1546 del C. C.

Para resolver se considera:

Según el artículo 1880 del Código Civil las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: a) la entrega o tradición y b) el saneamiento de la cosa vendida. La tradición, dice este precepto, se sujetará a las reglas dadas en el Título 6º del Libro 2º.

El artículo 756 del mismo código dice: "Se efectuará la tradición de dominio de los bienes raíces con la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos".

Pero con todo, la jurisprudencia ha considerado indispensable, no sólo la tradición legal mediante el cumplimiento de la inscripción del título, sino también la entrega física o material de la cosa, objeto de la compraventa. Quien pacta con otro para adquirir un inmueble no lo hace jamás con el simple propósito de hacerse a un título, sobre la cosa o a un derecho más o menos abstracto sobre ella, sino para tener la cosa misma y poder usarla, gozarla y disfrutarla, pues ésa y no otra es la finalidad de la adquisición, ya se trate de compraventa, permuta o transacción o cualquier otro título legítimo y es ése precisamente el motivo y el fundamento económico que mueve la voluntad de quien paga un precio, da una cosa en cambio, sacrifica un derecho suyo, o en cualquier forma legal adquiere un inmueble. De ahí que el Código Civil, cuyos preceptos en este extremo no hacen otra cosa que regular, para sancionarlos jurídicamente, los intereses económicos comprometidos en toda enajenación de inmuebles cualquiera que sea su especie, hubiera establecido que la obligación **de dar** comprende la **de entregar** la cosa (artículo 1605 C. C.). Esta regla esencial domina todo el campo de la adquisición del derecho de propiedad, raíz o mueble. Tal ha sido la doctrina constante de nuestra Corte y la de expositores de derecho en Colombia tales como el doctor José María González Valencia y don Fernando Vélez.

La Corte ha declarado que "con la sola inscripción o registro del título de compraventa de una finca raíz, no queda cumplida en todo caso la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa vendida. La posesión material que le permite el goce de los servicios y frutos de la finca, no se realiza por el solo registro de la escritura". (Casación de 2 de octubre de 1930. Tomo 38 página 97).

En otro fallo dijo esta misma Corporación: "....no basta para la total satisfacción de la obligación de entregar la mera inscripción del título en el Registro de Instrumentos Públicos, sino que es necesario, para complementarla legalmente, verificar la entrega material de la cosa vendida para realizar el derecho de goce del comprador". (Casación 2 de febrero de 1940 G. J., número 1953 página 55).

Si la posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, es incontrovertible entonces que no se obtiene con el registro del título, porque esta posesión simbólica o figurada, no deja de ser una mera ficción legal contraria por entero a la realidad jurídica. Nada cuenta el derecho a la cosa, que es el único susceptible de ser adquirido por el procedimiento de la inscripción si falta el hecho de la tenencia material, que es la que da la capacidad física de disfrute sobre la misma. La tendencia de la legislación contemporánea, acorde con la doctrina de los expositores, es la de eliminar las ficciones en el campo del derecho y enjuiciar los problemas y las situaciones jurídicas, desde un ángulo de estricta realidad social.

En el presente caso el juzgador encontró suficientemente demostrado, que si bien la sociedad demandada no se encontraba en los predios, no los ocupa, la posesión de diversas zonas de ellos, las que se indican en la demanda, está por parte de colonos que desconocen el dominio de tal entidad, y que no se allanan a entregar.

Por lo expuesto, se declara sin fundamento el cargo.

b). Sostiene también el recurrente que en el supuesto de que existiera la obligación de entrega material de los terrenos, es lo cierto que la compañía no está en mora con respecto al cumplimiento de la obligación, siendo por ello infundada la condenación al pago de perjuicios. Que

se trata de una permuta no siendo aplicable el artículo 1882 del C. C., relativo a la compraventa.

El artículo 1882 del C. C., establece que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él. Es decir la entrega ha de efectuarse en la fecha o época acordada, pero a falta de estipulación expresa, la ley fija el momento en que la obligación ha de cumplirse y es claro que en tales casos no se necesita requerimiento previo para constituír en mora al deudor, porque las partes lo están por ministerio de la ley si dejan pasar, sin cumplir el contrato, el tiempo señalado por ella misma.

"No habiéndose fijado en la escritura de venta el plazo para que el vendedor suministrare los datos referentes a la tradición de los bienes vendidos, ha dicho esta Corte, se entiende que debe hacerlo inmediatamente después del contrato, so pena de quedar constituído en mora de entregar su prestación, de acuerdo con el artículo 1609 del C. C. (Artículo 1882 C. C.), (Casación de 30 de agosto de 1939, Tomo 48, pág. 405).

Verdad es que no se trata de una compraventa, sino de una transacción, según la cual la compañía demandada se obligó a hacer la tradición de las fincas materia del litigio, que entiende consumada con la simple escritura de enajenación y su registro en la oficina correspondiente.

Pero ocurre que, contrariamente a lo expresado por el recurrente, la norma del artículo 1882 del C. C., como lo entendió el Tribunal, a falta de disposición expresa que regule la obligación del tradente de un bien raíz en el pacto de transacción, es aplicable por analogía según la regla del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por gobernar aquel precepto, un caso semejante. La transacción, lo mismo que la compraventa, tiene los caracteres de bilateral, onerosa y conmutativa, y también porque en el contrato de que aquí se trata, existe como objeto de la convención una transferencia de dominio de un bien raíz, y por tales motivos la entidad demandada debía prestar una obligación igual a la que tiene el vendedor en el contrato de compraventa: la de entregar inmediatamente la cosa materia de la transferencia de propiedad. Siendo esto así, el fallador podía y debía por imperio del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, resolver la controversia en este extremo mediante la aplicación de la regla contenida en el referido artículo 1882, y según la interpretación dada por la jurisprudencia a este precepto. (Art. 765 inciso final).

El argumento **a pari o a simili,** como se le designa también, consiste en aplicar a un caso no previsto por la ley otro texto expedido para un caso semejante, y cuya razón fundamental sea la misma: **ubi eadem ratio, eadem lex esse debet.**

Este argumento no puede aplicarse si los dos casos pertenecen a una categoría diferente, ni cuando conduzcan a una consecuencia absurda, y carece de valor cuando la disposición de donde se deduce tiene un carácter excepcional, una vez que disposiciones de esta clase han de interpretarse siempre restrictivamente. Pero ninguna de estas circunstancias se contempla en el negocio materia del pleito.

Se declara, pues, que no se han violado las disposiciones acusadas.

Sentencia:

Por las consideraciones expresadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha quince de diciembre de mil novecientos cincuenta.

Costas, a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Cuervo.— Pablo Emilio Manotas. Gualberto Rodríguez Peña.— Manuel José Vargas.—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

DELITOS DE PREVARICATO Y DE ABUSO DE AUTORIDAD

El delito de abuso de autoridad requiere, para que pueda considerársele como tal, que el acto implique perjuicio en contra de una persona o de una propiedad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez).

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el auto del trece de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, por medio del cual sobresee definitivamente en favor del doctor Jorge Ocaña Bucheli por el cargo de abuso de autoridad de que se le sindicó en estas diligencias.

Surtida la tramitación propia de la instancia y corrido el traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, entra la Sala a resolver sobre la legalidad de la providencia consultada, de la cual la Procuraduría pide su confirmación.

De autos aparece que hallándose Alejandro Erazo en la Cárcel de La Unión (Departamento de Nariño), purgando la pena de un año de prisión que le impusiera el Juzgado Promiscuo de ese Circuito, por el delito de lesiones personales causadas a Wertino Gómez el 16 de agosto de 1948 en aquel Municipio, solicitó se le concediera libertad condicional. El Juzgado a cargo del doctor Jorge Ocaña Bucheli, en auto del 7 de diciembre de 1951 (fs. 27), dispuso conceder "la rebaja de la pena equivalente a una cuarta parte de la pena de doce meses de prisión a que ha sido condenado y le concede la libertad condicional solicitada la que empezará a gozar el diez de febrero del año de mil novecientos cincuenta y dos".

La Dirección General de Prisiones, a donde el Juzgado envió la providencia del 7 de diciembre citada, censuró al Juez, observando que no le era dado conceder rebajas de pena por cuanto esa atribución correspondía a dicha Dirección; consideró igualmente, ilegal la libertad condicional concedida, por no haberse cumplido los requisitos necesarios para la concesión de esa gracia, entre ellos el de la consulta de la resolución que la concedió, procedimiento éste que encontró violatorio de la ley y dispuso en consecuencia poner el hecho en conocimiento de la Dirección de Vigilancia Judicial de Ministerio de Justicia, oficina que solicitó del Tribunal Superior de Pasto abriera la investigación correspondiente.

La calidad oficial del procesado en su condición de Juez Promiscuo del Circuito de La Unión se halla demostrada en los autos.

En cuanto al procedimiento observado por el funcionario aludido en lo relacionado con la petición que le formulara el penado Erazo, de que antes se hizo relación, es irregular, toda vez que otorgó una rebaja de pena que en primer lugar no le había sido pedida, y en segundo lugar, porque no estaba autorizado legalmente para concederla, por ser la concesión de esa gracia de exclusiva competencia del Gobierno; incurrió asímismo en irregularidad al conceder la libertad condicional en un caso en que no era procedente conforme al artículo 85 del Código Penal, por razón de la cantidad de la pena impuesta, ya que conforme al artículo citado, esa gracia puede otorgarse cuando se trata de la imposición de prisión o arresto no menores de dos años, y ya se ha visto, cómo la pena impuesta a Erazo fue de un año de prisión, conforme a la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 17 de agosto de 1951.

"En esta forma —dice la Procuraduría,— el funcionario cometió dos dislates: otorgar ilegalmente más de lo pedido, puesto que el preso apenas le solicitó la libertad condicional; conceder la rebaja de pena, siendo ello de la competencia exclusiva del Gobierno; y acceder a la libertad condicional en un caso que no la autorizaba el

artículo 85 del Código Penal, por razón de la cuantía de la sanción impuesta".

Sinembargo, debido a la intervención oportuna de la Dirección General de Prisiones, la providencia del Juez Ocaña Bucheli, no tuvo cumplimiento y el presunto favorecido con ella continuó cumpliendo su condena, hasta cuando le fue concedida la rebaja extraordinaria de la quinta parte de la pena según resolución Nº 28 del 14 de febrero de 1952, del Director General de Prisiones, aprobada por el Ministerio de Justicia. Erazo quedó en libertad después de esa resolución.

Mas de los elementos de prueba allegados al expediente no resulta que el Juez acusado, en la providencia que dió origen al proceso, obrara por un móvil de simpatía o animadversión, al otorgar los beneficios ya relacionados, ni que obrara con ánimo de lucro, y siendo ello así no puede decirse que cometiera el delito de prevaricato, ni el de cohecho

Podría ocurrir que el procedimiento del doctor Ocaña Bucheli quedara comprendido en el delito de abuso de autoridad, pero este ilícito requiere, para que se le pueda considerar como tal, que el acto implique perjuicio en contra de una persona o de una propiedad, lo que no ocurre en el caso a estudio, pues sucedió todo lo contrario: que el Juez benefició al reo Erazo, aunque teóricamente, toda vez que según se ha visto, no tuvieron realización los efectos de la providencia.

Es, pues, legal el auto sometido a consulta y por tanto debe ser confirmado.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él, CONFIRMA el auto de fecha trece de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante el cual sobresee definitivamente en favor del doctor Jorge Ocaña Bucheli por los cargos que se le hicieron en este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello, Secretario.

LA RIÑA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DEL HOMICIDIO Y LAS LESIONES

1—Cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla, sino que debe demostrarla; es decir, debe determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideren violadas por el juzgador de instancia.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica propios del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento y llenar los defectos y vacíos de la demanda, haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan o puedan tener el carácter de perjudiciales para el acusado.

2—La imprevisibilidad de la riña es lo que dá al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causados, el carácter de circunstancia modificadora de que trata el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista, cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse. De tal suerte que no puede considerarse imprevista la riña para el que en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla, incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

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

(Magistrado Ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre).

Vistos:

En sentencia de catorce de enero del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a Jacinto Cubillos Cubillos a la pena principal de dos años de presidio y multa de doscientos pesos, como responsable del delito de lesiones personales de que fue víctima Ananías Martínez Roa.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

Demanda.—El recurrente invoca como única causal de casación la 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.—Errada interpretación o apreciación de los hechos, cuando en la sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen, o se les niega el que sí tienen, cuando no se les toma en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o resulta manifiesta contradicción entre ellos, siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de sus autores o partícipes.

El recurrente funda la causal alegada en el hecho de no haber reconocido el Tribunal, en favor de Cubillos, la circunstancia de la riña imprevista, de que trata el artículo 384 del Código Penal.

Sobre el particular, dice:

"Tanto la sentencia del Juzgado del Circuito como el concepto del Fiscal del Honorable Tribunal aceptan la tesis de la riña imprevista, tanto para el uno como para el otro contendor....".

"Está acreditado que Jacinto Cubillos vió a Ananías Martínez salir de su parcela con una buena cantidad de arracacha y algunos troncos de leña. También está probado que Cubillos cuando quiso llamar la atención del ladrón sobre su conducta, éste le tiró con un machete lesionándolo de alguna gravedad; siendo éste el momento en que Cubillos desarmó a su rival y con el mismo machete se defendió ya no de un ataque con arma cortante sino de los garrotazos que Martí-

nez le descargaba. Fue en ese momento cuando resultó Martínez lesionado.

"....Acreditado está que Martínez fue quien primeramente lesionó a Cubillos con el machete, actividad ésta que no tiene otra justificación que las ofensas verbales de Cubillos. Ofensas que se pronunciaron con sobra de razón, ya que en esos instantes Martínez en forma ilícita se apoderaba de parte de los cultivos de Cubillos.

"La riña fue imprevista para Jacinto Cubillos porque nunca esperaba él que ante un reclamo justo que le formulaba a quien en forma dolosa estaba apropiándose de los cultivos de su propiedad, este sujeto fuera a lesionarlo, precisamente con el mismo instrumento que había usado para consumar parte de la sustracción.

"Existió la riña desde el instante en que hubo lucha e intervinieron fuerzas opuestas de una y otra parte y en que la violencia física se rechazó con la violencia. El combate se verificó por consentimiento mutuo, pero como dijimos fue promovido por Ananías Martínez.

"El ánimo con que procedió Cubillos está evidenciado en su exposición de la diligencia de reconstrucción cuando dijo: "yo no le quise hacer perjuicio, pero me ví en la necesidad de defenderme".

Se considera:

El demandante pretende atacar el fallo recurrido en casación fundándose en las tesis aceptadas por el juzgador de primera instancia, pero es lo cierto que lo expuesto y resuelto allí no puede ser materia de debate en el recurso de casación, puesto que éste implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Justicia.

Por otra parte, la demanda no reúne los requisitos determinados por los artículos 531 del Código Judicial y 7° del Código de Procedimiento Penal, y en estas condiciones, la Corte, no puede hacer un estudio de la sentencia frente a la ley por carencia de elementos en los cuales debe fundarse el correspondiente fallo.

Repetidas veces ha sostenido esta Sala de la Corte que cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla sino a demostrarla; es decir, que debe determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideren violadas por el juzgador de instancia.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica propios del recurso extraordinario de casación —como en el presente caso— la Corte no puede tomar el lugar del demandante para suplir su pensamiento y llenar los defectos y vacíos de la demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan o puedan tener el carácter de perjudiciales para el acusado.

En el caso a estudio, el demandante se limita a hacer afirmaciones escuetas sobre la circunstancia de la riña imprevista a favor del acusado Cubillos, pero no analiza la prueba que le pudiera servir de base para demostrarle a la Corte la existencia de aquella circunstancia y, como consecuencia, el error del Tribunal en la apreciación de los hechos, como es de rigor cuando se alega en casación la causal segunda.

En el caso a estudio y de las pruebas que el proceso exhibe no se deduce que Cubillos obrara, al cometer el ilícito, en riña suscitada de modo imprevisto.

La imprevisibilidad de la riña es lo que dá al homicidio o a las lesiones, dentro de ellas causados, el carácter de circunstancia modificadora de que trata el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella dentro de normales circunstancias no debía producirse. De tal suerte que no puede considerarse imprevista la riña para el que en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda.

"Hay homicidio y lesiones personales cometidos en riña imprevista —ha dicho la Corte— cuando el combate singular que produjo esos resultados ocurre sorpresivamente para el acusado, de tal suerte que ni el tiempo, ni el lugar, ni la circunstancia del momento le hicieron temer o esperar ese choque violento con la víctima. La riña imprevista, en una palabra, coloca al individuo dentro de un suceso fortuito que lo pone en trance de tener que aceptar un combate singular que, en otras normales circunstancias, hubiera seguramente rechazado".

El demandante, como atrás se dijo, se limita a afirmar que su cliente obró, al cometer el delito, dentro de una riña imprevista, pero no ha demostrado que la sentencia recurrida, al no con-

siderar esa circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción, hizo mala interpretación o apreciación de los hechos al darles un valor probatorio que no tienen, o al negarles el que sí tienen. Pues, ni siquiera se preocupó por atacar las pruebas en que el Tribunal se basó para condenar al acusado, sin atenuante específica alguna, para llegar a la conclusión de que en la forma como se apreciaron los hechos y sus pruebas se violó la ley penal al no considerar como plenamente establecida a favor del acusado la circunstancia de la riña imprevista, que es lo alegado en la demanda.

Son suficientes estas breves consideraciones para llegar a la conclusión de que la causal segunda de casación invocada, no puede prosperar.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejadro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez. Julio E. Argüello R., Secretario.

CASACION POR ERRONEA APRECIACION O POR FALTA DE APRECIACION DE PRUEBAS. — ESTIMACION DE PERJUICIOS CIVILES DENTRO DEL PROCESO PENAL

1.—Tanto la doctrina como la ley han determinado el método y criterio a que debe ajustarse el recurrente cuando el cargo contra una sentencia se fundamenta en la violación de la ley por error en la apreciación de la prueba. Una serie de obligaciones sucesivas y enlazadas entre sí gravan y deben guiar la conducta del demandante cuando invoca el estatuto consagrado en el artículo 520 del C. J.; son a saber: el error, bien sea de hecho o de derecho, en el que no basta su simple enunciación, sino que conlleva imperiosamente su demostración. La violación de la ley sustantiva, como una derivación o consecuencia del error de hecho o de derecho, y finalmente, la influencia o directa repercusión que el error ha tenido sobre la sentencia que se impugna a través del recurso extraordinario de casación.

2.—La simple lectura del artículo 24 de la Ley 4ª de 1943, que reemplazó al artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, lleva a esta conclusión: que cuando haya de practicarse una prueba pericial para la valoración de los perjuicios causados por la infracción, el Juez tiene la facultad de nombrar un solo perito o varios, pues la norma mencionada le dá esa facultad discrecional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez).

Vistos:

Con fecha quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, el Tribunal Superior de Bucaramanga dictó sentencia condenatoria contra Segismundo Salazar y Pedro Elías Rodríguez Marín, como responsables del delito de homicidio en la persona de José Alberto Saavedra, imponiéndoles la pena principal de ocho años de presidio, a cada uno, y el pago solidario de la suma de veintiun mil ciento noventa y seis pesos con cincuenta y seis centavos ($ 21.196.56) moneda corriente por concepto de los perjuicios causados por el delito, así como también las penas accesorias correspondientes.

Contra este fallo interpuso oportunamente el recurso de casación el defensor de los procesados, el cual le fue concedido. Tramitado el recurso en legal forma y habiéndose presentado a su debido tiempo la demanda de casación, se procede a resolver lo que sea legal.

El señor Procurador delegado en lo Penal se abstuvo de emitir concepto, afirmando que el Ministerio Público es extraño al recurso interpuesto, porque la demanda ataca la sentencia únicamente en cuanto a la condena por indemnización de perjuicios, caso en el cual la casación se rige por las normas que regulan la materia en el campo civil y el opositor en esos casos es la parte civil, pues la controversia se suscita entre los procesados y la víctima de la infracción y porque, de otro lado, el Ministerio Público no es parte recurrente.

Efectivamente, según aparece de la demanda presentada por el apoderado de los procesados, el recurso se contrae exclusivamente a la parte indemnizatoria de la sentencia, o lo que es lo mismo, a la condena pecuniaria por razón de los perjuicios causados por el delito a los parientes de la víctima.

Demanda:

El recurrente invoca y sustenta como única causal, la primera del Art. 520 del Código Judicial, que dice: **"Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea".**

Los cargos fundamentales que el demandante hace a la sentencia son los siguientes: 1º) Que el Tribunal interpretó erróneamente la prueba pericial, al acogerla en todas sus partes, sin análisis

alguno, teniendo como base un experticio que no tiene respaldo probatorio. 2°) Que el Tribunal se fundó en un dictamen pericial nulo, porque no se designó sino un solo perito, y porque en la diligencia de posesión del mismo, no se llenaron todas las formalidades legales.

Se considera:

Tanto la doctrina como la ley han determinado el método y criterio a que debe ajustarse el recurrente cuando el cargo contra una sentencia se fundamenta en la violación de la ley por error en la apreciación de la prueba. Una serie de obligaciones sucesivas y enlazadas entre sí gravan y deben guiar la conducta del demandante cuando invoca el estatuto consagrado en el Artículo 520 del C. J., son a saber: el error, bien sea de hecho o de derecho, en el que no basta su simple enunciación, sino que conlleva imperiosamente su demostración. La violación de la ley sustantiva, como una derivación o consecuencia del error de hecho o de derecho, y finalmente la influencia o directa repercusión que el error ha tenido sobre la sentencia que se impugna a través del recurso extraordinario de casación.

Al estudiar la demanda, en primer término se observa que los presupuestos antes señalados, que son de rigurosa demostración en la técnica del recurso, han sido presentados por el actor en forma deficiente y por este aspecto se podría llegar a declararlo desierto, porque no se trata de una tercera instancia. Hay necesidad de llevar al debate, para que sirvan de examen ante la Corte, todos los hechos, circunstancias y fundamentos de orden jurídico y probatorio que le permitan hacer un estudio del fallo frente a la ley.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente o no tiene los requisitos de técnica prescritos por las normas legales, la Sala no puede tomar el lugar del demandante para suplir su pensamiento, llenar los vacíos que aquélla contenga y sus defectos, haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia materia del recurso sean perjudiciales para los interesados.

No obstante lo anterior, procediendo con una gran amplitud, se entra en el estudio de los cargos que contiene la demanda, en el orden que antes se ha planteado.

El primer cargo envuelve dos cuestiones: Que el Tribunal acogió el dictamen pericial en su integridad, sin análisis alguno; y que ese dictamen, base de las conclusiones del Tribunal, no tiene respaldo probatorio en los autos.

En cuanto al primer punto, aparece de la sentencia de segunda instancia, que el Tribunal no acogió el dictamen pericial en su totalidad, pues al estudiarlo encontró que se había cometido el error de hacer un justiprecio para dos personas, siendo tres las víctimas de la infracción. También hizo la justa observación, consistente en que la indemnización a los hijos varones no debía comprender un lapso de treinta años sino limitarse a la mayor edad de los varones, en que cesa para el padre la obligación legal de alimentarlos. Y con fundamento en estas dos observaciones, modificó las conclusiones del experticio, subiendo el monto total de la indemnización a la cantidad de veintiún mil ciento noventa y seis pesos con sesenta centavos ($ 21.196.60). Esto sería suficiente, para concluír que el cargo analizado carece de fundamento, pués como se deja expuesto, el Tribunal estudió en debida forma el dictamen pericial, lo interpretó y lo modificó tanto en la parte motiva como en la parte dispositiva, basado en consideraciones que no han sido objetadas.

De otro lado, del dictamen del perito doctor Joaquín Forondona Suárez, (Flio 44, Cuaderno 2º). aparece que fundó sus conclusiones sobre los siguientes hechos: a). Que la muerte del occiso José Alberto Saavedra, dejó sin protección a su esposa, señora Evangelina González y a sus menores hijos Luis Antonio y Ana Isabel Saavedra González, cuyas partidas, tanto de matrimonio como de nacimiento, obran en autos; b). Que el occiso pudo haber prolongado su vida en treinta años más. Este cálculo acerca de la posible duración de la vida de Saavedra, se basó en la salud, edad y constitución física de éste, certificadas por el médico legista, cálculo complementado por los conceptos del Sub-Gerente de la Compañía de Seguros de Vida (Flio. 24, cuaderno 4º) y del Superintendente Bancario (Flio. 26 cuaderno 4º), fundados en las tablas o índices de probabilidad en la duración de la vida humana; c). Que el costo de la vida para una familia obrera o campesina, en la ciudad de Bucaramanga, en el año de 1950, en número de tres personas, es la cantidad de sesenta y ocho pesos con cincuenta centavos, mensualmente, apreciación hecha de acuerdo con la información técnica y científica suministrada por el Director Nacional de Estadística, (Flio., 25, Cuaderno 4º); y d). Que el occiso era hombre de hogar, esposo y padre estricto en el cumplimiento de sus deberes, excelente trabaja-

dor que con su esfuerzo había formado un modesto patrimonio, sin desatender sus obligaciones. Estas calidades de la víctima, se acreditaron con el dicho de varios declarantes cuyos testimonios obran en el proceso, sin que haya fundamento legal para no darles el valor que comportan.

Como se ve, la parte motiva del experticio descansa sobre fundamentos ciertos, que comprenden la prueba de autoridad científica, consistente en dictámenes médicos y conceptos estadísticos e incluye también la prueba documental y la testifical. El recurrente no estudió ninguno de estos elementos probatorios, como era su deber, para desentrañar de todos ellos o de alguno en especial, el error de hecho o de derecho, por torcida o errada interpretación. Limitó su actividad a formular cargos generales y vagos contra la prueba testimonial, comportamiento que no es de recibo en este recurso extraordinario, que tiene como única finalidad dirimir un conflicto entre la ley y la sentencia, en orden a corregir los agravios que hubieran podido inferirse a las partes y con ánimo de uniformar la jurisprudencia.

Lo dicho hasta aquí en cuanto al primer cargo expuesto en la demanda, induce a considerarlo sin fundamento por falta de comprobación y por lo mismo, no puede tener operancia alguna contra la sentencia recurrida.

Respecto al cargo que se hace consistir en la nulidad del dictamen pericial, por el doble motivo de haberse designado un solo perito y por deficiencias procedimentales en la diligencia de posesión del mismo, se contesta así:

El artículo 24 de la Ley 4ª de 1943, que reemplazó al artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, dice:

"En el mismo auto en que el juicio se abra a prueba, el Juez designará **el perito o peritos** que deban avaluar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, si así se pidiere por alguna de las partes".

La simple lectura del texto anterior da lugar a estas consideraciones: Que cuando haya de practicarse una prueba pericial para la valoración de los perjuicios causados por la infracción, el Juez tiene la facultad de nombrar un solo perito o varios, pues la norma transcrita le da esa facultad discrecional y si en el caso de este proceso, nombró uno solo, este modo de proceder no está en oposición con aquella norma. De otro lado, en el procedimiento civil, invocado por el recurrente, la cuestión es distinta, porque allí, a virtud de lo dispuesto por el Artículo 721 del C. J., sí se necesita la concurrencia, por lo menos de dos peritos, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica. La confusión del recurrente consiste en pretender que se le dé aplicación a una norma que regula el procedimiento civil, olvidándose que se trata de una prueba pericial producida dentro del proceso penal y que por ende debe ajustarse a su propio procedimiento. Por manera que, el nombramiento de un solo perito para la regularización de los perjuicios civiles producidos por el reato, tiene perfecta validez, y el cargo que en tal sentido se hace contra la sentencia, resulta improcedente.

En cuanto a las deficiencias o fallas procedimentales en la diligencia de posesión del perito, que alega el recurrente como motivo de nulidad, se tiene lo siguiente: Evidentemente la ley ha querido rodear de especiales solemnidades la promesa o juramento que prestan los peritos, en orden a garantizar tanto a la justicia como a las partes el conocimiento de la verdad, declarándola, "sin exageraciones ni reticencias y sin ambigüedades ni eufemismos". Por tal razón, no sólo se han impuesto las amonestaciones sobre la trascendencia moral del juramento referidas en el artículo 261, sino que se ha consagrado una fórmula especial de juramento, con las palabras sacramentales consignadas en el Artículo 147 del Código de Procedimiento Penal. En el caso de autos, se cumplieron a cabalidad todas esas formalidades, porque al folio 43 del cuaderno 2º, en donde aparece el acta de posesión del perito, entre otras cosas, se dijo lo siguiente: "....por lo cual el señor Juez, en presencia del suscrito Secretario le recibió el juramento con las formalidades de la ley, y bajo la gravedad de tal promesa ofreció cumplir bien, fiel y honradamente con los deberes que el nombramiento le impone, ser imparcial con las partes y leal a la justicia que reclama el concurso de sus luces y experiencia....". Por manera que, si el juramento se recibió con las formalidades de la ley y se le hicieron al perito las amonestaciones de que habla la diligencia de posesión, ello indica que sí se ilustró al perito sobre la trascendencia de su misión, sobre la responsabilidad que para él tenía el juramento prestado y sobre las sanciones que establece la ley para sus transgresores, pues el funcionario debió hacer uso de la fórmula sacramental propia de los peritos, ya que de otra manera no hubiera dicho "....que le recibió el juramento con las formalidades de la ley....".

Por lo tanto, el cargo de nulidad invocado, no tiene comprobación.

No está por demás añadir que la condena impuesta por el Tribunal, a título de indemnización civil, en lo que dice relación a la posición económica de los procesados, en nada modifica la obligación de reparar los perjuicios ni la cuantía de éstos, porque la suma compensatoria del perjuicio causado no va a colocar a las víctimas en condiciones económicas superiores a las que tenían en el momento de consumarse el delito. Además, el cómputo pericial solamente comprendió una cuota mensual alimenticia de veintidós pesos con noventa y cuatro centavos, por persona, sin tener en cuenta educación, vestuario ni alojamiento. Por otra parte conviene observar que los perjuicios se justiprecian en su doble concepto de perjuicios materiales y perjuicios morales. Los primeros, a su vez, comprenden el lucro cesante y el daño emergente; y los segundos, se estiman teniendo en cuenta los perjuicios morales objetivados y los perjuicios morales subjetivos. Estudiando el experticio, se ve claramente que el perito al hacer el justiprecio, tan sólo tuvo en cuenta como única fuente de avaluación, el lucro cesante, dejando por fuera del dictamen las otras tres, con lo cual le quitó a la condena civil todo carácter de severidad.

Por lo dicho se concluye, que por falta de demostración de los cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia, la causal de casación alegada, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, que ha sido materia del recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.— Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

EL ARTICULO 28 DEL CODIGO PENAL ES APLICABLE A TODA CLASE DE DELITOS DE HOMICIDIO Y DE LESIONES PERSONALES QUE NO SEAN CULPOSOS. — REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA CONDENA CONDICIONAL EN PROCESOS POR HOMICIDIO O POR LESIONES

1—De conformidad con el artículo 6º del Decreto Nº 4137 de 1948, quedaron excluídos del beneficio de la condena condicional, el homicidio intencional, cualquiera que sea la disposición violada con el delito, y las lesiones personales intencionales contempladas por los artículos mencionados en dicho precepto, cometidos uno y otras con posterioridad al día doce de julio del año de 1948. Lo que quiere decir que, para que las infracciones nombradas estén favorecidas con dicho subrogado penal, es necesario que además de las condiciones generales exigidas por el art. 80 del Código Penal, concurra la de que no sean de carácter intencional.

El homicidio y las lesiones personales cometidos con la concurrencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad y que dé lugar a la atenuación de la sanción, son siempre dolosos y se llevan a cabo con dolo directo y determinado, con la conciencia de la ilicitud del hecho punible, queriendo y previendo los efectos dañosos del acto antisocial, o, en otras palabras, se obra con representación del resultado y con la voluntad consciente de producirlo antijurídicamente.

En nuestra legislación, desde el punto de vista del elemento psicológico inherente al hecho de la lesión, no existe la división de las lesiones en voluntarias, ultraintencionales y por culpa; solamente se dividen en voluntarias y culposas, según que el agente haya realizado el hecho intencionalmente con el propósito de inferir un daño, o bien "cuando no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

2—La Corte, en diversas ocasiones, ha sostenido que el artículo 28 del Código Penal dice relación a toda clase de homicidios y a toda clase de lesiones personales, siempre que no se trate de hechos por culpa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio trece de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez).

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales por sentencia de fecha veintiséis de enero del año pasado, condenó a Ricardo Luis Quintero, a la pena de seis meses de arresto, como responsable del delito de lesiones personales en José Inocencio Suárez, multa por valor de treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 33.33) y le negó la gracia de la condena condicional.

Contra el fallo antes relacionado interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, el cual le fue concedido. Este recurso ha sido tramitado en legal forma, habiendo presentado el recurrente la demanda respectiva y el señor Procurador el concepto de rigor.

El demandante presenta como única causal, la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, es el caso de entrar en el estudio de dicha causal, para resolver lo que sea legal.

Primera Causal: Violación de la ley penal

El cargo que hace el actor contra la sentencia de segunda instancia, consiste en que el Tribunal aplicó indebidamente el Artículo 6º del Decreto número 4137 de 1948, negando al sentenciado la condena condicional, siendo así que se trata de un delito de lesiones no intencional y que, por lo mismo, no se encuentra comprendido dentro de la prohibición consagrada por dicha norma.

En el libelo se dice lo siguiente:

"Basta considerar que este artículo 6º se refiere a los sindicados o procesados por delitos **intencionales** de lesiones personales, y si se tiene en cuenta lo aceptado por la sentencia como base para la condenación atenuada de Quintero, de que éste cometió el hecho en estado de **ira e intenso dolor** causado por injusta y grave provocación, hay que descartar entonces que las lesiones hubieran sido intencionales.

"Cómo pueden calificarse de intencionales las lesiones causadas en estado de ira e intenso dolor? Es imposible, porque entonces desaparecería dicho estado de ira e intenso dolor. Yo entiendo, que homicidio o lesiones personales **intencionales** son aquéllos y éstas cometidos o ejecutados por un sindicado, en su estado normal y sin motivo alguno justificativo o atenuativo de la infracción".

En las anteriores transcripciones, se contiene la parte esencial de la demanda y los argumentos presentados por el defensor del acusado.

Concepto del Procurador

Este funcionario examina con acertado criterio jurídico los motivos aducidos por el actor para que se case la sentencia recurrida y basado en consideraciones de orden legal y en razones de derecho, afirma que estuvo acertado el Tribunal al negar la condena condicional y el motivo alegado en casación no puede prosperar.

Se considera:

Refiere el expediente que en la noche del siete al ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta, José Inocencio Suárez, hombre temido en la región donde tuvieron ocurrencia los hechos, por su temperamento agresivo y amigo de molestias, en estado de notoria embriaguez se presentó a la cantina de Ricardo Luis Quintero, ubicada en la vereda de Naranjal, de la comprensión del Municipio de Quinchia, y se dió a la tarea de provocar a aquél con expresiones injuriosas, que colocaron a Quintero en estado de ira y provisto de una peinilla, agredió a Suárez, causándole varias heridas, que le produjeron veinte días de incapacidad definitiva y como secuela, una desfiguración facial de carácter permanente.

Tanto el Juez de Primera Instancia como el de segunda, reconocieron a favor del procesado la excusa de provocación y para determinar la sanción imponible, le aplicaron el inciso 2º del Artículo 373, en relación con el 28 del Código Penal, haciendo las conversiones indicadas en el Artículo 60 de la misma obra. El Juez de primera instancia otorgó a Quintero la gracia de la condena condicional, pero el Tribunal la rechazó con base en lo preceptuado por el Artículo 6º del Decreto Extraordinario Nº 4137 de 1948, en cuyo texto se lee:

"Los sindicados por delitos intencionales de homicidio, cometidos con posterioridad al 12 de julio último, fecha del Decreto Extraordinario Nº 2326, quedan excluídos del beneficio de condena condicional, y sólo tendrán derecho al de libertad provisional en los casos contemplados en los Artículos 410 y 411 del C. de P. P. En la misma situación quedarán los sindicados por los delitos intencionales de lesiones personales en los casos contemplados en los Artículos 373, 374, 375, 376 y 379 del Código Penal".

Es decir, que de conformidad con esta norma quedaron excluídos del beneficio de la condena condicional, el homicidio intencional, cualquiera que sea la disposición violada con el delito, y las lesiones personales intencionales contempladas por los artículos mencionados en dicho precepto, cometidos unos y otros con posterioridad al día doce de julio del año de mil novecientos cuarenta y ocho. Lo que quiere decir, que para que las infracciones nombradas estén favorecidas con dicho subrogado penal, es necesario que además de las condiciones generales exigidas por el Artículo 80 del Código Penal, concurra la de que no sean de carácter intencional.

El homicidio y las lesiones personales cometidos con la concurrencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad y que dé lugar a la atenuación de la sanción, son siempre dolosos y se llevan a cabo con dolo directo y determinado, con la conciencia de la ilicitud del hecho punible, queriendo y previendo los efectos dañosos del acto antisocial, o como dice la Procuraduría, se "obra con representación del resultado y con la voluntad consciente de producirlo antijurídicamente".

En nuestra legislación, desde el punto de vista del elemento psicológico inherente al hecho de la lesión, no existe la división de las lesiones en voluntarias, ultraintencionales y por culpa; solamente se dividen en voluntarias y culposas, según que el agente haya realizado el hecho intencionalmente con el propósito de inferir un daño, o bien, "cuando no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando habién-

dolos previsto confió imprudentemente en poder evitarlos". Por manera que, el demandante parte de un falso supuesto al pretender que en el caso de autos a su representado se le sentenció por un delito de lesiones personales, realizadas sin intención de causar daño a la víctima.

Lo que sucede en algunos casos, es que por las circunstancias especiales que concurren a la realización del hecho, y que actúan eficazmente sobre la psíquis del agente, como la grave e injusta provocación de parte del sujeto pasivo del hecho, el legislador atenúa en forma apreciable la responsabilidad y la sanción, pero sin que ello signifique, que se excluya en esos casos, el dolo básico del delito en su tipo genérico, pues también en éstos, el hecho se ejecuta con la conciencia de su ilegitimidad, con animus nocendi, animus vulnerandi o animus loedendi, elemento que existe en todos los casos en que la lesión se ejecuta voluntariamente y con la intención de dañar.

"Por eso —dice la Procuraduría—, el artículo 28 del estatuto represivo no hizo de la provocación un hecho criminoso autónomo, sino que únicamente se limitó a disminuír la pena señalada "para la infracción", en las proporciones que allí determina (no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo).

"Es sabido que el dolo se clasifica, desde el punto de vista de su intensidad, en dolo de propósito y en dolo de ímpetu, según el criterio combinado de duración y de expontaneidad en la determinación criminal, como dice el maestro Carrara. Y ese dolo de ímpetu es propio, cabalmente, del homicidio y las lesiones ocasionados al calor de la ira que suscita una ofensa grave e injusta. Dolo éste que implica, desde luego, una menor peligrosidad del sujeto, y de ahí que se le aplique la sanción en forma excepcionalmente benigna".

La Sala en diversas ocasiones, ha sostenido que el artículo 28 del Código Penal dice relación a toda clase de homicidios y toda clase de lesiones personales, siempre que no se trate de hechos por culpa. Y se expresó así:

"El delito cometido por provocación se atenúa, objetivamente, porque el autor de la injuria renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos, y subjetivamente, porque el choque que produce en el ofendido despierta en él la fundamental facultad de reacción que los seres humanos tienen, produciendo, según su temperamento, ya cólera, ya pena o dolor, e inhibiendo el poder de control sobre la voluntad. Algún dolo queda, pero es un dolo de ímpetu, que no demuestra generalmente grave peligro social". (Fallo de 27 de julio de 1945).

El hecho cometido por Ricardo Luis Quintero, según los móviles y las circunstancias en que agredió a la víctima, necesariamente se realizó con la intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud del lesionado Suárez, y ello excluye el carácter de un delito por culpa, que sería el único caso en que las lesiones están favorecidas con la condena condicional. En estas circunstancias, el ilícito por que se procesa al acusado es doloso o en otros términos, intencional, y por consiguiente, al tenor del artículo 6º del Decreto Extraordinario número 4137 de 16 de diciembre de 1948, se halla excluído de la condena condicional, norma que se inspiró, como lo afirma con toda puntualidad el Ministerio Público, "en la necesidad social de poner un obstáculo a la creciente ola de criminalidad contra la vida y contra la integridad personal".

En consecuencia, el Tribunal al negar al procesado el subrogado penal de que se ha hablado, procedió acertadamente y la causal alegada con base en el motivo invocado, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha veintiséis de enero del año de mil novecientos cincuenta y dos, que condenó a Ricardo Luis Quintero como responsable del delito de lesiones personales y le negó el beneficio de la condena condicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.— Francisco Bruno. Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE PROCESOS CONTRA MAGISTRADOS DE TRIBUNALES SECCIONALES DEL TRABAJO

La Corte carece de competencia para conocer de procesos seguidos contra Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo, porque no existe disposición legal que se la atribuya. La ley que creó la jurisdicción especial del Trabajo guardó silencio sobre la competencia para conocer y decidir sobre responsabilidades de los Magistrados y Jueces de esa rama de la administración de justicia y de los delitos que estos funcionarios puedan cometer con ocasión del desempeño de su cargo.

Las disposiciones legales concernientes a la competencia son de orden público, no pueden aplicarse por analogía ni por vía de interpretación o hermenéutica y es preciso que la misma ley la asigne o señale inequívoca, clara y categóricamente.

Por esta razón no puede entenderse que el silencio de las leyes laborales sobre esta materia, de la competencia, equivale o significa que de los ilícitos en que puedan incurrir los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo deba conocer la Corte, aplicando por analogía lo dispuesto para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, en el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Angel Martín Vásquez).

Vistos:

El veintiuno de marzo de mil novecientos cincuenta y dos se celebró audiencia en el Tribunal del Trabajo de Cali, en el juicio que el señor Carlos Arturo Carrillo Arango propuso contra el Departamento del Valle por prestaciones sociales. En la exposición oral respectiva el apoderado del actor formuló algunos cargos contra el Magistrado sustanciador, doctor Germán H. Maya U., y contra el Gobernador del Departamento doctor Carlos Sardi Garcés.

Del primero dijo que en los fallos relacionados con los juicios que se adelantaban contra el Departamento del Valle por razón de prestaciones sociales había existido casi siempre una marcada parcialidad en contra de los demandantes, provocada seguramente por intervenciones indebidas del Gobernador mencionado; al segundo hizo la misma imputación y la consistente en haber influído en la designación de ciertos o determinados ciudadanos como Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, a fin de inclinarlos a favorecer en sus fallos los intereses departamentales.

Respetando la redacción y ortografía dice al respecto el apoderado en algunos apartes de la exposición en la audiencia:

"Réstame sólo señor Magistrado, con la franqueza que me caracteriza decirle que me he vuelto un poco escéptico en relación con los fallos que usted puede pronunciar en estos negocios en que está vinculada una entidad de derecho público y me he vuelto un poco escéptico, señor Magistrado, porque yo he considerado siempre que el Juez tiene una misión que está condicionada a un criterio de imparcialidad tan marcado que no puede presentarse jamás una sombra de sospecha en relación con sus providencias. Se dijo por sus amigos y por sus adversarios que la Gobernación del Departamento en la emergencia pasada de nombramientos de nuevos Magistrados había interpuesto sus influencias para su nombramiento dando a entender que ello se debía a los fallos que usted venía pronunciando en defensa de los intereses del Departamento naturalmente que los que estamos como abogados tenemos la misión de defender los intereses de nuestros respectivos clientes en lugar de lanzar de soslayo la respectiva sospecha debemos como estoy haciendo yo manifestarlo explícitamente para que el señor Magistrado sepa que si esa gestión y en esa forma se hizo lo natural sería que se declarara impedido para seguir conociendo los negocios en que tie-

ne interés el Departamento del Valle del Cauca".

Más adelante agrega: "Advierto señor Magistrado que la insinuación que le hago no mira al aspecto económico yo tengo en ese sentido el más alto concepto pero estoy convencido asimismo que esta versión dada así tan sistemáticamnte y después de tan recientes sucesos hacen forzadamente que como representante de una parte la traiga a los estrados judiciales y con todo valor civil se la manifieste a usted para que de su parte tome las medidas encaminadas a aclarar esa situación que de no aclararse nos colocaría a los que litigamos contra las entidades de derecho público en una situación más marcada de escepticismo y que nos haría desesperar en cuanto a la culminación justa de los anhelos de las partes a quienes representamos".

"El rumor de que le vengo hablando ha tomado más consistencia debido a que usted figuró en dos listas, una por el Departamento del Cauca de donde usted es oriundo y de donde fue descartado y otra por el Departamento del Valle".

En presencia de estos cargos, el Presidente del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, ofició al señor Ministro de Justicia el 27 de marzo del año próximo pasado (fl. 3) para que se designara un investigador especial con el objeto de que se esclarecieran los hechos, no sin que antes hubiera invitado al señor Gobernador Sardi Garcés a proceder en concordancia, si lo juzgaba procedente. El Ministerio de Justicia, comisionó al Juez 37 de Instrucción para que llenara el cometido.

Agotada la investigación, la Corte ordenó pasar el expediente al señor Procurador Delegado en lo Penal para que conceptuara sobre la posibilidad de ordenar la cesación del procedimiento. Este funcionario considera que debe ordenarse aquella medida procesal por no existir prueba alguna que establezca la comisión de delito con relación al Gobernador acusado.

Ha llegado, pues, el momento de decidir lo que la Corte estime legal, para lo cual se considera en primer término la situación jurídica del funcionario que le dá competencia a la Corte para conocer.

Acusación contra el Gobernador doctor Carlos Sardi Garcés

La acusación concreta contra este funcionario se hace consistir en el hecho de que interpuso su influencia ante el Tribunal Supremo del Trabajo para que fueran designados como Magistrados del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali determinados abogados, con el fin de obtener fallos favorables para los intereses fiscales del Departamento del Valle, influencias que se dicen especialmente ejecutadas en favor del doctor Germán H. Maya. También se ha hecho la imputación de que el sentido de los fallos proferidos por dicho Tribunal probablemente eran inspirados por el mandatario incriminado.

Ninguno de los cargos resulta establecido. Por el contrario, los doctores Jaime Velasco Villamil, exJuez Primero del Trabajo de Cali; Ernesto Garcés O'Byrne, exJuez Segundo del Trabajo de la misma ciudad, y los exMagistrados del mismo Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, doctores Francisco Luis Arango Lalinde, Camilo Ulloa Caycedo y Jesús Elías Quijano, citados por el acusador, los desmienten o rechazan al sostener que mientras ellos estuvieron al frente de sus respectivos despachos nunca recibieron sugerencias encaminadas a trazar el sentido o finalidad de sus decisiones, menos de parte del Gobernador Sardi Garcés.

Es presumible que si hubiera sido exacta la intervención o sugerencia del Gobernador para interferir los fallos, éstos hubieran sido favorables para los intereses del Departamento del Valle. Pero resulta comprobado en virtud del testimonio de los mencionados funcionarios y por el propio dicho del denunciante, que estas decisiones fueron proferidas contra el Departamento en la mayoría de las veces.

Aparece también establecido que en los indicados juicios el funcionario o funcionarios competentes para el caso, presentaron sus alegaciones e hicieron las diligencias indispensables para que, dentro de la ley y de los dictados de la justicia, los fallos no llegaran a lesionar los intereses departamentales. Estas actuaciones, lejos de ser delictuosas, son plausibles y quedan comprendidas dentro de la órbita legal y constitucional en la que debe moverse todo funcionario público en guarda de los intereses que le son confiados por el Estado.

Basta citar el pasaje correspondiente a la declaración del doctor Velasco Villamil (fl. 31 vto.) y del doctor Francisco Luis Arango Lalinde (fl. 32 vto.) para llegar a la conclusión de que los cargos de la denuncia o acusación no están comprobados.

Dice el primero: "Es evidente que el Departamento del Valle del Cauca por conducto del Jefe de la oficina de Prestaciones Sociales que lo era

en ese tiempo el doctor Humberto Benítez Ramírez, en uso del legítimo derecho de defensa, presentaba las argumentaciones que creía tener en favor de sus tesis y en representación de la entidad demandada. Pero nunca jamás recibí yo ni del gobierno del Departamento ni mucho menos del Jefe de la oficina de Prestaciones Sociales sugerencia alguna para que fallara los negocios de acuerdo con sus conveniencias, sugerencia que de haber existido la hubiera rechazado airadamente...".

Dice el segundo: "...No me consta en ninguna forma que las autoridades departamentales, por ningún medio, me hicieran a mí o a mis colegas del Tribunal doctores Camilo Ulloa Caycedo y Manuel Zarama Delgado en la primera época y posteriormente con los doctores Jesús Elías Quijano y Germán H. Maya, repito, ninguna insinuación, ninguna presión para que falláramos en determinada forma los negocios que en contra de esa entidad de derecho público se ventilaban ante esa jurisdicción, negocios que por cierto fueron muchísimos que en su totalidad, con muy pocas excepciones (sic) fueron perdidos por el Departamento del Valle del Cauca, ya que esa entidad de derecho público solamente en el último período se vino a preocupar por atender mejor sus negocios y fue así cuando una vez salió el doctor Ulloa Caycedo de la judicatura y como abogado ya consultor del Departamento del Valle del Cauca, se hicieron argumentaciones de carácter jurídico en favor del Departamento.... argumentaciones que valieron para que el nuevo Tribunal entrara no a modificar su jurisprudencia sino a adicionarla, a ordenarla, a tener en consideración determinados factores legales, que no habían sido tenidos en cuenta y por tanto, repito, se ordenó la jurisprudencia en el sentido de adicionarla con nuevos requisitos legales que no habían sido valorados".

Parecidas afirmaciones hicieron otros declarantes, como los doctores Garcés O'Byrne, Ulloa Caycedo y Quijano, quienes en forma concreta aseveran que el señor Gobernador Sardi Garcés jamás influyó indebidamente en la determinación de las providencias relacionadas con los juicios en que era demandado el Departamento del Valle.

No resulta tampoco plenamente establecido que el doctor Carlos Sardi Garcés hubiera influído en la designación de Magistrados del cuestionado Tribunal, ora cuando era Presidente de "Fenalco", o bien cuando desempeñó el cargo de Gobernador. Y es de anotar que, aun cuando este hecho estuviera establecido, no hay inhibición legal para un funcionario sobre este punto, y por consiguiente, tal acto o proceder no está calificado como delictivo en nuestro estatuto penal.

De todo lo cual se concluye que no hay hecho punible demostrado, y que los que aparecen escasamente establecidos, no están erigidos como delito, conclusión que hace que la Corte declare que es el caso de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Actuación contra el Presidente del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, Dr. Germán H. Maya

La Corte se declara incompetente para calificar la situación procesal de este acusado por no existir ninguna disposición legal que se la atribuya. La ley que creó la jurisdicción especial del Trabajo guardó silencio sobre la competencia para conocer y decidir sobre responsabilidades de los Magistrados y de los Jueces de esa rama de la administración de justicia y de los delitos que estos funcionarios puedan cometer con ocasión del desempeño de su cargo.

Las disposiciones legales concernientes a la competencia son de orden público, no pueden aplicarse por analogía ni por vía de interpretación o hermenéutica y es preciso que la misma ley la asigne o señale inequívoca, clara y categóricamente. (Auto de 3 de noviembre de 1947. GACETA JUDICIAL números 2060-2061, tomo LXIV, pág. 153).

Por esta razón no puede entenderse que el silencio de las leyes laborales sobre esta materia de la competencia, equivale o significa que de los ilícitos en que puedan incurrir los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo deba conocer la Corte, aplicando por analogía lo dispuesto para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito en el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, deben compulsarse las copias indispensables referentes a la investigación seguida contra el Presidente del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali y pasarla, para lo de su competencia, al Juez Penal de aquel Circuito, a fin de que se defina la situación procesal del indicado funcionario (numeral 1º del artículo 47 del C. de P. P.).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justi-

cia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y acorde con él,

RESUELVE:

1º Declárase la inexistencia de las infracciones que se le imputaron al Gobernador del Departamento del Valle, doctor Carlos Sardi Garcés, y en consecuencia se ordena la cesación de todo procedimiento contra el mismo por los cargos formulados y de que trata esta investigación.

2º Ordénase que para definir la situación procesal relacionada con el Presidente del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, doctor Germán H. Maya, por la Secretaría de la Sala, se compulsen las copias conducentes y se remitan al Juez Penal del Circuito de Cali para los fines a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez.

Julio E. Argüello, Secretario.

EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO, LO RELACIONADO CON EL ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR, PUEDE SER DEBATIDO EN CASACION SOLO CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL TERCERA

1.—Resulta inadmisible en el recurso extraordinario de casación que el demandante ataque el fallo recurrido fundándose en las tesis alegadas en las instancias y en las demás piezas que conocieron los juzgadores en el curso del juicio, pues lo alegado allí, sólo tiene su vigencia para el Juez y el Tribunal respectivos, y caducan cuando son replicados por ellos en el fallo definitivo. Por manera que el demandante en casación, si no encuentra otros argumentos que los ya expuestos en las instancias, debe reproducirlos en su libelo, y consignar las réplicas que estime necesarias para combatir las razones dadas por el Tribunal al no aceptar los puntos de vista sustentados por las personas que intervinieron en el proceso. Pues bien sabido es que el recurso de casación implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Justicia. Por lo tanto, en dicho recurso extraordinario, no basta plantear tesis jurídicas, sino que es necesario sustentarlas adecuadamente para que la Corte pueda entrar en un estudio de fondo sobre el particular.

2. — Cuando se trate del reconocimiento del estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, en juicios en que ha intervenido el jurado, es tema que en casación debe suscitarse con fundamento en la causal 3ª del artículo 567 del C. de P. P., que trata del desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

3.—En la instancia del juicio no existe la prohibición de la REFORMATIO IN PEJUS.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de ocho de febrero del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, condenó a Sixto Amado Arizala a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Manuel Santiago Quiñones Segura.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación. Se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y como se hallan cumplidos los requisitos legales, se procede al estudio de la demanda.

Demanda

El recurrente invoca en el fondo las causales 1ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y al final de su escrito, cita también los numerales 2º y 5º de la misma disposición, pero sin sustentar en lo más mínimo los motivos allí prescritos.

Dice el demandante:

"...Acuso la sentencia de segunda instancia como violatoria de la ley sustantiva y adjetiva en lo penal, por violación tanto directa como indirecta y con desconocimiento de probanzas esenciales, en cuanto no reconoció la circunstancia plenamente demostrada de haber obrado el procesado en estado de ira por causa de grave e injusta provocación por parte del occiso; por cuanto no condicionó esa circunstancia con la declarada por el Jurado, para complementarla, desde luego que ésta no excluye aquélla sino que está como sobrentendida si se busca racionalidad con el veredicto, por cuanto tampoco, si no se consideraba debido ese procedimiento, se declaró injusto el veredicto por el desconocimiento de la atenuativa del delito plenamente demostrada y para dar lugar a la convocatoria de un nuevo jurado; por cuanto la pena impuesta, en tales circunstancias, es injusta y violatoria del artículo 28 del C. P., que contempla para el delito imputable a Sixto Amado Arizala una pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la mi-

tad del mínimo en relación con el precepto del artículo 362 del C. P.

"También acuso la sentencia, en subsidio, por haber negado la declaratoria de nulidad del trámite de la causa desde el momento que se pretermitió el trámite de la alzada interpuesta por el señor Fiscal del Juzgado 2º Superior y así se confirmó el auto de proceder, porque ese hecho, a mi juicio, no es despreciable, sin que valga argüir que eso sólo incumbía al M. P., porque las contingencias de tal apelación tenían que ver con la suerte de las partes y porque hay un vicio fundamental consistente en que el H. Tribunal no podía haber confirmado válidamente el auto de proceder, por no haber adquirido jurisdicción, ni el Juzgado seguir tramitando la causa desde que su jurisdicción estaba en suspenso en tanto que la apelación y su trámite estuviesen pendientes. La apelación nunca fue renunciada, sino que simplemente se la echó al olvido...".

El denunciante no sustenta en su libelo las causales que invoca, sino que se limita a decir:

"...Para el sostenimiento de estos cargos me remito a todo lo expuesto tanto por la defensa, como por la vocería de la audiencia pública, a lo expuesto, también, en mi alegato para fallo de segunda instancia. Doy por reproducidas las argumentaciones y me remito a las pruebas analizadas y citadas. Mi estado de enfermedad y el hecho de habérseme extraviado los datos que tenía sobre el asunto, me impiden extenderme en consideraciones que bien merece el problema judicial que está sometido a vuestra decisión. Lo alegado en la causa es suficiente para justificar los hechos causales invocados para la casación".

Se considera:

Como lo anota el Procurador y como lo ha estimado la Corte en casos análogos, resulta inadmisible en el recurso extraordinario de casación que el demandante ataque el fallo recurrido fundándose en las tesis alegadas en las instancias y en las demás piezas que conocieron los juzgadores en el curso del juicio, pues, lo alegado allí sólo tiene su vigencia para el Juez y el Tribunal respectivos, y caducan cuando son replicadas por ellos en el fallo definitivo. Por manera que el demandante en casación, si no encuentra otros argumentos que los ya expuestos en las instancias, debe reproducirlos en su libelo, y consignar las réplicas que estime necesarias para combatir las razones dadas por el Tribunal al no aceptar los puntos de vista sustentados por las personas que intervinieron en el proceso. Pues, bien sabido es que el recurso de casación implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Justicia. Por lo tanto, en dicho recurso extraordinario no basta plantear tesis jurídicas, sino que es necesario sustentarlas adecuadamente para que la Corte pueda entrar en un estudio de fondo sobre el particular.

Por otra parte, cuando se trate del reconocimiento del estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, en juicios en que ha intervenido el Jurado, es tema que en casación debe suscitarse con fundamento en la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que trata del desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado. El demandante, en el presente caso, no adujo ni implícita ni expresamente la causal tercera, por lo cual ésta no podrá tenerse en cuenta. (Artículo 568 del C. de P. P.).

En lo relacionado con la nulidad del juicio —causal 4ª— por no haberse concedido la apelación que interpuso el señor Fiscal contra el auto de proceder de primera instancia, tampoco es admisible el cargo, por las siguientes claras razones que expone el colaborador:

"Sencillamente, se trata de una irregularidad sin trascendencia alguna para los intereses del acusado, ya que dicha providencia fue recurrida por éste y su defensor, y el Tribunal desató el recurso, dejando en firme el enjuiciamiento.

"De suerte que fuera por virtud de apelación intentada por el Ministerio Público, o por la defensa, los poderes jurisdiccionales del Superior para examinar el auto recurrido eran los mismos, bien para favorecer al procesado, o bien para empeorar su situación jurídica de acuerdo con lo probado en autos. Pues en las instancias del juicio no existe la prohibición de la **reformatio in pejus.**

"En resumen, la apelación se surtió debidamente, y eso era lo fundamental como garantía del derecho de defensa".

En cuanto a las causales 2ª y 5ª, el demandante se limita a citar los numerales correspondientes del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, sin hacer el menor esfuerzo para sustentarlas, razón por la cual la Corte no tiene base para un estudio de fondo, siendo de advertir que la causal 2ª de casación es inoperante en los jui-

cios que, como el presente, han sido adelantados con intervención del jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE PELIGRO. — DELITO DE SABOTAJE. — EN LOS PROCESOS POR CONSEJOS DE GUERRA VERBALES, ES PROCEDENTE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—La doctrina de la Corte sobre inadmisibilidad de la segunda causal en los procesos por jurado, no afecta los procesos militares instruídos y fallados por los Consejos de Guerra Verbales.

2.—El delito de sabotaje — de reciente creación en la ley penal militar — perteneciente a la categoría de los llamados formales o de peligro, tiene analogías en sus características esenciales con otros delitos comunes, cuyo análisis comparativo coadyuva a precisar la figura jurídica del primero.

Ellos son: el del artículo 127, consistente en la invitación formal —durante guerra con el Extranjero— a las tropas u oficiales del Ejército Nacional a desertar o a servir al enemigo; el del artículo 149 (casi idéntico al del artículo 133 de la ley militar), en la invitación —formal y directa— a la rebelión o sedición, o en la instrucción o indicación de medios para consumarlas, y el del art. 209, en la invitación o incitación, pública o directa, a cometer un delito determinado, aunque no señalado en la norma. Es la invitación o incitación, por lo tanto, el elemento común a estas infracciones, como es el bien o interés que protege la norma, previa y expresamente determinado, así como la época o circunstancias en que se realizan, lo que las distingue.

3.—El delito de peligro —ya se trate de los de derecho común o de los de derecho especial— "se consuman, según la tesis de Manzini, expuesta en relación con el delito del artículo 266 de la ley penal italiana, análogo al sabotaje, con el hecho de la instigación a uno o varios militares, esto es, apenas la instigación ha sido percibida por el militar o militares", y "para la imputabilidad del delito es necesario EL DOLO, es decir, la voluntad consciente y libre y la intención de instigar a los militares a desobedecer a las leyes".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Los doctores Julió Ortiz Márquez y Alvaro García Herrera y los señores Nicolás García Rojas, Isaías Rodríguez y Luis Guillermo Clavijo, impugnaron —mediante apoderado especial— la sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares, del veintiocho de noviembre del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 2° y 198— fueron condenados, los cuatro primeros en la categoría de autores y en la de cómplice necesario el último, por los delitos de uso de estación radiodifusora sin licencia y sabotaje, cometidos en la finca llamada "Filadelfia", situada en la vereda de "Aguadita", Municipio de Fusagasugá (o Pasca), en la última mitad de mil novecientos cincuenta y primera del siguiente.

Cumplidos que ya fueron los requisitos que fijan los artículos 563 a 566 de la ley procesal penal común, por mandato de los artículos 27 y 233 de la especial militar, sin que —por inasistencia de las partes— se hubiera celebrado la audiencia pública, la Corte examina en seguida los fundamentos de la demanda, previa referencia a la controversia procesal que culminó en el fallo impugnado.

I. — Los delitos y el proceso

Dio origen a este proceso el informe recibido por el Alcalde de Fusagasugá, el día 28 de junio del año antepasado, de que una radiodifusora funcionaba sin la licencia oficial en la casa de la mencionada hacienda "Filadelfia', de propiedad de Ismael García Escamilla. Encomendada al Subcomisario de Policía señor Eduardo Salazar la verificación del informe, se dirigió al sitio

mencionado, en compañía de un grupo de Agentes de Policía. Llegados allí en las horas de la tarde y rodeada estratégicamente la casa, el nombrado Subcomisario comunicó a sus habitantes la misión que traía, y como no se tuviera objeción alguna, procedió a su cumplimiento.

Dentro de la casa, fueron hallados el doctor Alvaro García Herrera y los señores Nicolás García Rojas, Isaías Rodríguez y su esposa Alicia de Rodríguez, el sirviente Campo Elías Gómez, y Luis Guillermo Clavijo, el que —no obstante que huyó en aquellos momentos— fue capturado posteriormente. En una de las piezas encontraron un transmisor de radio, un grabador de cinta con su micrófono, un receptor profesional, un parlante de radio, dos transformadores, uno de poder y otro pequeño, y cerca de la casa, una planta eléctrica en funcionamiento, y sobre aquélla dos antenas, una de veintitrés metros de longitud aproximadamente y otra pequeña en el zarzo. En un maletín, que el doctor García reconoció como de su propiedad, se encontraron también "varios boletines de propaganda subversiva, unos como en mimeógrafo, otros escritos a máquina y continuados en manuscrito con la letra del mencionado doctor García", según propia confesión.

El Jefe del Departamento Nacional de Investigación de la Policía Nacional, asumió —con base en el informe del Subcomisario señor Losada— las funciones de Juez Instructor, en cuyo carácter, previa práctica de todo lo conducente a la demostración de la verdad sobre la existencia de las infracciones y la identificación de los ejecutores, puso fin al primer período de este proceso, en el cual se dictaron las providencias y se realizaron los actos que en seguida se enumeran:

a) Auto del once de julio del año antepasado, mediante el cual el nombrado Jefe del Departamento Nacional de Investigación, en consideración a "que se hallaban plenamente conformados los delitos militares de rebelión y sabotaje previstos en el Código Penal Militar, y los delitos comunes de uso de radiodifusora sin licencia, instigación al delito y apología del mismo", y también a que "de acuerdo con el artículo 7º (ordinales 6º y 7º) del Código Penal Militar el conocimiento de los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado" y también "contra los intereses de las fuerzas militares corresponde a la jurisdicción militar", el nombrado funcionario —se repite— decretó: la detención preventiva de los doctores Germán Zea Hernández, Julio Ortiz Márquez y Alvaro García Herrera y de los señores Nicolás García Rojas, Guillermo Clavijo, Isaías Rodríguez Ortega, Hernando Zapata Gómez, Ismael García Escamilla, Alvaro Pardo y Carlos Eduardo Rojas, como responsables de los delitos referidos, el embargo y secuestro preventivos de todos sus bienes muebles e inmuebles, y, finalmente, el envío del expediente y de los detenidos al Comando de la Brigada de Institutos Militares;

b) Auto del mismo funcionario, del día siguiente, mediante el cual se abstuvo —por haber perdido la jurisdicción— de considerar la apelación contra el auto de detención y ordenó "se remitiera a la consideración de la justicia castrense para que allí determinaran si dentro del procedimiento de Consejos Verbales de Guerra existía el recurso interpuesto";

c) Resolución número 71 del Coronel Pedro A. Muñoz, Comandante Encargado de la Brigada de Institutos Militares, del 13 del mismo mes, por la cual —con base en el concepto del Auditor 1º de Guerra de la Brigada (Decreto 2782 de 1950)— ordenó convocar en la Guarnición de Bogotá (Escuela de Aplicación de Caballería) un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los nombrados procesados, y designar como Vocales del Consejo a los señores Coronel José R. Astorquiza (Presidente), Teniente Coronel Jorge Villamizar y Capitán Luis González Aristizábal, al Teniente Coronel Ernesto Carrasco (Fiscal) y al doctor Manuel Méndez Rodríguez (Auditor de Guerra);

c) Veredicto del Consejo de Guerra Verbal según el cual son responsables: los doctores Julio Ortiz Márquez y Germán Zea Hernández, de haber intervenido directa y personalmente en la elaboración de artículos y programas destinados a ser radiodifundidos a través de una estación sin licencia oficial, como efectivamente lo fueron desde Pasca o Fusagasugá, con pleno conocimiento y convencimiento de quienes los elaboraban, de haber desempeñado por varios meses la dirección de la radiodifusora, de haber sufragado los gastos que la empresa demandaba, y el doctor Ortiz de haber invitado a las fuerzas militares por medio de artículos propios o ajenos que ellos grabaron, ayudaron a grabar o permitieron u ordenaron que otros grabaran, que se transmitían por la radiodifusora clandestina que una vez dirigieron, a desertar o abandonar el servicio en tiempo de turbación del orden público, todo lo cual ocurrió en 1950 y 1951, en Fusagasugá o Pas-

ca donde estaba instalada; los señores doctor Alvaro García Herrera y Nicolás García Rojas, de los mismos hechos, excepto los de haber sido directores de la radiodifusora y sufragado los gastos de la empresa; Isaías Rodríguez, de haber intervenido en la grabación y transmisión de programas elaborados por otros, difundidos por una radiodifusora sin licencia, de haber grabado y transmitido por la misma artículos y programas ajenos y en los cuales se invitaba a las Fuerzas Militares a desertar o abandonar el servicio en época de turbación del orden público, a sabiendas de que a través de la emisora se hacía esa invitación, con ánimo de colaborar a que se hiciera y en circunstancias tales que sin su colaboración no hubieran podido buscar su objetivo los que operaban la radiodifusora; y Luis Guillermo Clavijo, de haber reparado y puesto en condiciones de servicio varias veces un motor y otros aparatos que en su conjunto constituían una radiodifusora, a sabiendas de que ésta efectuaba transmisiones sin licencia del Gobierno y en circunstancias tales que si no hubiera prestado esa cooperación no habría sido posible que se verificaran tales transmisiones, y de haberlas hecho posibles al reparar varias veces las instalaciones, la transmisión de programas por medio de los cuales se invitaba a las Fuerzas Militares a desertar o abandonar el servicio en época de turbación del orden público, a sabiendas de que a través de la emisora se hiciera esa invitación, con ánimo de colaborar a que se hiciera y en circunstancias tales que sin su colaboración no hubieran podido buscar su objetivo los que operaban la radiodifusora;

e) Sentencia del mismo Consejo de Guerra Verbal, del diez y nueve de julio del año antepasado, mediante la cual decidió: condenar por el uso de radiodifusora sin licencia y sabotaje militar a las siguientes penas de presidio: doctor Julio Ortiz Márquez (seis años), doctor Alvaro García Herrera (cuatro años y cuatro meses); Nicolás García Rojas (tres años, dos meses y doce días), Isaías Rodríguez (dos años y medio) y Luis Guillermo Clavijo (tres años, once meses y quince días); absolver a las mismas personas por el delito de rebelión y al doctor Germán Zea Hernández por sabotaje militar y enviar el proceso al Juez del Circuito Penal para que juzgue al mismo doctor Zea por el delito de uso de radiodifusora sin licencia, y

f) Sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares, del veintiocho de noviembre del año antepasado, por la cual confirmó la del Consejo de Guerra Verbal (de primer grado).

III. — Fundamentos del recurso

En el orden de importáncia que para el demandante tienen los puntos objetados del fallo, invocó las causales segunda, cuarta, séptima y primera de casación, cuyos fundamentos se resumen en seguida, con sujeción al orden en que dichas causales fueron invocadas.

Afirmada, como deducción de su estudio a fondo de la ley y la doctrina, la viabilidad de la segunda causal en los procesos instruídos y fallados por los Consejos de Guerra Verbales, considera que "erró la sentencia en la apreciación de los hechos constitutivos del sabotaje militar, error que condujo a atribuir a esos hechos un valor probatorio que no tienen" y, en consecuencia, a condenar por un delito inexistente. Concreta su razonamiento a demostrar que la proclama de un jefe de guerrillas de Los Llanos, transmitida por la radiodifusora "Colombia Libre", en la cual se fundó la imputación del sabotaje, no contiene los elementos de la infracción, esto es, la invitación al personal de las Fuerzas Militares, a cometer los delitos militares de deserción, abandono del puesto y abandono del servicio, por cuanto tal proclama —por las expresiones en ella usadas— carece de la eficacia indispensable a conseguir el fin previsto de ataque a los intereses de aquellas Fuerzas. Los procesados, pues, con apoyo en la causal segunda, deben ser absueltos.

La causal cuarta la refiere el demandante, primero a la defectuosa formulación de los cuestionarios, por cuanto en ellos se preguntó al Consejo de Guerra simultánea y conjuntamente, sobre las condiciones de autores materiales, autores intelectuales, cómplices y encubridores, siendo una sola la realidad (grabación y transmisión de la proclama) y sobre todos los propósitos específicos de la infracción (deserción, abandono del puesto y del servicio), contraviniendo así los artículos 426 de la ley penal militar y 26 de la Constitución Nacional, y segundo, la refiere también al error no sólo en cuanto a la época y lugar en que se cometió el delito, ya que las sentencias y los cuestionarios fijan los años de 1950 y 1951 como época, y los Municipios de Fusagasugá o Pasca como sitio.

La causal séptima la funda en que el Consejo absolvió afirmativamente los cuestionarios, no obstante los defectos ya anotados de haberse inquirido conjuntamente sobre las calidades de au-

tores (materiales e intelectuales), cómplices y encubridores, ya que en una sola y misma persona no pueden coexistir cualidades tan diversas e incompatibles como aquéllas, por cuanto esa contradicción —conforme a la doctrina— "equivale a la nada, o más propiamente al absurdo, y sobre la nada o el absurdo no se puede edificar una sentencia y mucho menos la imposición de una pena".

La causal primera es fundada —según la demanda— por las siguientes razones: primera, porque siendo la ley militar la única aplicable, se sancionó el delito conforme a ella, tomando indebidamente en cuenta las circunstancias de peligrosidad de la ley común; segunda, porque no se determinó el propósito del concierto, ni entre quiénes se pactó, ni cuál de las modalidades de la posición distinguida (riqueza, ilustración, dignidad u oficio) primó en la consideración de tal circunstancia, y, finalmente, porque ninguna de las mencionadas circunstancias que —como lo exige la doctrina— plenamente comprobada.

III.—Concepto del Procurador Delegado

El Procurador Delegado limita su excelente estudio a los dos temas que él considera los fundamentales en este recurso: la aplicabilidad de la segunda causal de casación en los procesos fallados en primer grado por los Consejos de Guerra Verbales, y el delito de sabotaje militar por el cual los recurrentes fueron condenados. Sendas síntesis, para mejor claridad de los problemas, serán hechas en seguida.

a) Aplicabilidad de la segunda causal

Tres aspectos de la cuestión examina la Procuraduría en relación con este primer tema: la imposibilidad jurídica de adoptar en los procesos militares fallados por los Consejos de Guerra Verbales la tesis de exclusión de aquella causal en los procesos comunes en que hubo intervención del jurado, la extensión del principio "in dubio pro reo" a esta controversia y, finalmente, la sujeción —mediante el argumento **a simili**— a la doctrina acogida en los fallos dictados por la Corte en cumplimiento del Decreto 1197 de 1951 en los procesos contra los militares que dirigieron o participaron en la rebelión de 1944.

De la inexistencia de similitud en las decisiones y funciones de los Consejos de Guerra y de los jurados ordinarios, deriva determinadas consecuencias en favor de la viabilidad de la segunda causal. Ello implica la determinación de las primeras, para así precisar las segundas, mediante un análisis comparativo entre las de unos y las de otros, del cual resultan los siguientes motivos de disparidad:

a) El Consejo de Guerra Verbal es funcionario del conocimiento y Juez de derecho en toda la primera instancia, excepto el momento en que dicta el veredicto en que actúa como Juez de conciencia, y el Jurado Civil sólo es Juez del hecho y ejerce la justicia en el acto del veredicto;

b) La jurisdicción del Consejo termina con la ejecutoria del fallo de primer grado, y la del Jurado se agota al emitir el veredicto;

c) El jurado civil, cuenta —como elementos de decisión— con los siguientes: el auto de proceder o cargos sobre que el debate ha de versar, traslado del expediente por cinco días, cuestionarios formulados al comenzar el debate con sujeción a aquel auto, e intervención de las partes por dos veces; al Consejo, contrariamente, se le confiere el traslado sólo por cuatro horas y durante la audiencia, el cuestionario se le presenta después del debate, el Fiscal y el defensor no son juristas y la defensa sólo puede hablar por una vez;

d) El veredicto del jurado civil no sólo califica los hechos expuestos en el auto de proceder, sino que puede añadir circunstancias diversas a las expuestas en el cuestionario, y el veredicto del Consejo sólo puede declarar si el acusado es o no responsable "de los hechos que motivaron la convocatoria del Consejo";

e) El Jurado Civil, una vez emitido el veredicto, no puede modificarlo ni tocarlo, facultad que es atributiva del Juez, y el Consejo tiene que dictar fallo en armonía con su propio veredicto, fallo que funda en derecho, y

f) En la segunda instancia de los procesos comunes sólo se pueden pedir pruebas relativas a la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados por el delito, y en la de los procesos militares "el Fiscal, los sindicados o sus defensores pueden presentar todas las pruebas y alegatos que crean conducentes".

De la precedente confrontación de potestades, el Procurador Delegado deriva las siguientes consecuencias respecto a los procesos formados y fallados por los Consejos de Guerra Verbales: primera, las objeciones al veredicto deben dirigirse contra la sentencia, ya que aquél y ésta son un todo indivisible y armónico, en el veredicto el

Consejo califica los hechos y en el fallo funda en derecho tal calificación, y es en este supremo acto jurisdiccional en el que el Consejo manifiesta su criterio y su propósito sobre los temas del debate; segunda, la Corte puede corregir la mala interpretación o apreciación de los hechos realizados en la primera instancia, ya que —si ello no fuera así— la facultad de presentar pruebas y alegatos en la segunda instancia sería nugatoria, y ello constituiría la preeminencia de la verdad convencional o formal sobre la real e histórica que rige el proceso penal; y tercera, la confusión de calidades (jueces de hecho y de derecho) en unas mismas personas, la obligación de hacer en el fallo idéntica apreciación a la hecha en el veredicto sin facultad para modificarlo, implica la pretermisión de una instancia, grave anomalía que sólo puede subsanarse mediante nuevo examen de los hechos con aplicación de la causal conducente.

El segundo aspecto examinado por el Procurador Delegado, como fundamento de la admisión de la causal segunda en los procesos de la justicia militar, se refiere al principio de interpretación según el cual toda duda se resuelve en favor del procesado, y del cual la norma del Artículo 45 de la Ley 153 de 1887, si bien se concreta al tránsito de leyes, es apenas una de las aplicaciones concretas del principio, pero no la única, como también lo son las de los Artículos 204 de la ley procesal penal común, y 270 de la penal militar, relativas a la apreciación y estimación de las pruebas; el cual principio es tan universal, que las leyes civiles (material y formal) lo consagran (Artículos 1624 C. C., y 601 C. P. C.). La potestad de aplicar el principio **"in dubio pro reo"**, en la apreciación de las pruebas, lleva consigo la adopción del medio o sistema que, en casación, no puede ser otro que la causal segunda.

El tercer aspecto concierne a la aplicación que de la causal segunda hizo la Corte en el recurso de casación (creado por el Decreto 1197 de 1951) en procesos también instruídos y fallados en 1944 por Consejos de Guerra Verbales. La doctrina expuesta en los respectivos fallos la sintetiza así el Procurador Delegado:

"El Decreto Nº 1197 de 1951 dispuso que los recursos otorgados (casación y revisión) se tramitaran y decidieran en la forma y términos señalados para los mismos por el Código de Justicia Militar vigente; este Código —que es el Decreto número 1125 de 1950 (el mismo aplicado en este negocio) previó que los procesos pendientes continuaran siguiéndose por el procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado; ese procedimiento anterior para los negocios del 10 de julio, es la ley 3ª de 1945; esta Ley, en su Artículo 97, establece como causales del recurso de casación, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal Militar; y entre esas causales, se encuentra la segunda. Luego —concluyó la Corte— "hay lugar al recurso extraordinario de casación..., con la admisión para esos procesos de la causal segunda".

Sobre la aplicación de esta doctrina al caso **subjúdice** y frente a la ley militar vigente, razona así el Procurador: "El Artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar manda que el recurso de casación se sujete "al mismo procedimiento y por las mismas causales que en asuntos ordinarios"; el Código de Procedimiento Penal, en su Artículo 567, señala esas causales y entre ellas figura la segunda; y esta segunda causal es exactamente igual a la contemplada por el numeral 2º del Artículo 97 de la Ley 3ª de 1945, que invocó la Corte en el fallo antes aludido" (el de casación del Teniente Coronel Juan A. Sarmiento). "Luégo es incontrovertible —deduce el Procurador Delegado— que lo sostenido por la Corte, en los procesos por los hechos del 10 de julio, es exactamente aplicable a los negocios que regula el actual Código Militar, en lo concerniente a la casación. Y aquí sí cabe deducir el argumento **a simili**, según el cual donde hay la misma razón, debe aplicarse la misma norma"; deducción ésta que —según el mismo funcionario— encuentra su mayor justificación en los fines objetivos que inspiraron no sólo el Decreto Nº 1197 (sintetizados en los considerandos) sino la ley militar vigente ("Garantizar el mejor acierto y la mayor equidad en los fallos que se dicten por la justicia militar" y evitar "situaciones de excepción dentro de las garantías procesales reconocidas como norma general por la legislación vigenet"). "Lo cual—concluye el Procurador— no es sino el reconocimiento expreso del sabio principio, de que debe adoptarse la interpretación extensiva de la ley de procedimiento, cuando se trata de reconocer derechos y facultades procesales".

b). Delito de sabotaje

Analizada y admitida —por razones precedentemente expuestas— la causal segunda, el Procurador consagra el capítulo siguiente a demostrar que "el fallo atacado en casación interpretó erró-

neamente los hechos y les dió un valor probatorio que no tienen, en cuanto a los elementos constitutivos del delito de sabotaje militar, que no se extructura en este caso, o sea, que la causal segunda está plenamente justificada".

Para llegar a esta conclusión, analiza —parte por parte— el escrito o proclama del señor Franco Isaza, uno de los Jefes de las guerrillas que actúan en los Llanos Orientales, y cuya lectura por la Radiodifusora "Colombia Libre" fundó la condena por el delito mencionado.

Los elementos esenciales del sabotaje militar, determinados en el Artículo 198 (Numeral 2°) del Código actualmente en vigencia, o sea "la invitación (en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público) al personal de las Fuerzas Militares a desertar, a abandonar el puesto, o el servicio, o el poner en práctica cualquier otro medio para realizar tal fin", no existen aquí, menos el relativo a la época en que tal infracción pudo haberse realizado.

La proclama de Franco Isaza —de cuya trasmisión no hay dato preciso, ni en cuanto a la época, ni en cuanto al número de veces, más que una invitación a desertar o a abandonar el puesto o el servicio contiene, en tres partes sucesivas, una tremenda diatriba, cargada del más crudo odio, contra todos los militares; algunas reflexiones sobre la situación presente y futura del personal militar en relación con sus superiores, sobre el estado de sus familias bajo el actual régimen, la invitación a ser parte y barro de su mismo barro, y, al final "una nueva carga de improperios al ejército", al que se acusa de fechorías, de barbarie y de crueldad, y se le advierte que se continuará la obra de arrebatarles las armas para combatirlo con estas mismas, como hasta entonces lo han hecho.

Del análisis de la proclama acabada de resumir, deriva el Procurador la inexistencia de la invitación, ya porque el sentimiento que aquélla pudo haber creado en el espíritu de las Fuerzas Militares no era —por las frases empleadas— el apto para obtener el propósito querido, ya porque la invitación a ser "parte y barro de nuestro barro no significa la invitación al abandono del puesto o del servicio, ya porque —si la invitación fuera cierta— no se comprobó que las Fuerzas Militares la hubieran oído o podido oirla, no sin desconocer que este delito —por su contenido— se consuma por el solo hecho de la invitación.

Errónea como fue, en el fallo recurrido, por lo dicho, la apreciación de los hechos, por cuanto se les dió valor probatorio de que carecen, en cuanto a los elementos constitutivos del sabotaje militar, el Procurador prescinde de estudiar las otras causales, y pide, en consecuencia, se absuelva a los procesados, de toda responsabilidad por tal delito.

IV.—Estudio del recurso

El estudio de este recurso implica el de dos cuestiones previas: la aplicabilidad de la causal segunda y la consiguiente exclusión de las demás invocadas. La Corte sigue, pues, el método de la Procuraduría, por cuanto si las conclusiones a que se llegue son afirmativas, ellas pueden afectar no sólo el fin general inmediato sino también el mediato del proceso.

a) La aplicabilidad de la causal segunda

Además de las razones de la Procuraduría—entre ellas la de que la facultad de pedir pruebas en la segunda instancia, por imperio de los Artículos 435 y 364 del Código de Justicia Penal Militar priva de intocabilidad el veredicto del Consejo —existen otras de no menor contenido convincente.

La doctrina de Derecho Procesal Penal Común según la cual no es admisible la causal en procesos por jurado, no tiene eficacia en los procesos regidos por el Derecho Procesal Penal Militar. Aquella doctrina, efectivamente, surgió de la oposición virtual de dos leyes procesales comunes —la 118 de 1931 y la 94 de 1938— la segunda de las cuales deliberadamente omitió la causal relativa a la notoria injusticia del veredicto, dando así a éste un privilegio que lo hace invulnerable en casación.

Pero en el Derecho Procesal Penal Militar el proceso fue distinto. La Ley 84 de 1931 no adoptó el recurso de casación. Lo sustituyó por el especial de nulidad ante la Corte con causales determinadas (Artículo 112), en tanto que la Ley 3ª de 1945 (excepto en los procesos de los Consejos Verbales) y el Decreto-Ley Nº 1125 de 1950, expresamente lo crearon, como expresamente crearon la causal relativa a la errada apreciación de los hechos, y como igualmente el Decreto 1197 de 1951 lo creó, con carácter retroactivo, para quienes habían sido sentenciados bajo el imperio de leyes que no la habían consagrado. Hoy, pues, la ley militar —en materia de casación— no tiene

excepción alguna, ni en cuanto a procesos, ni en cuanto a causales, y como ley especial que es, tiene preferente y exclusiva aplicación en los procesos militares, ya que la ley común sólo la tiene en casos dudosos no previstos en aquélla, a condición de que no afecte la esencia de la militar.

Reafirman la tesis de la aplicabilidad de la segunda causal, las razones que fundaron el Decreto Nº 2007 del 18 de agosto del presente año mediante el cual fue sustituído, en su totalidad, el Capítulo I, Título V, Libro III del Código Penal Militar, sobre "Procedimiento en los Consejos de Guerra Verbales". Sobre la constitución de los Consejos —que lo serán en adelante por un Presidente y tres Vocales, con funciones de Jueces del hecho éstos y Jueces de Derecho aquél— la Exposición de Motivos del mencionado Decreto, la aplicó en los términos siguientes:

"Los vocales de los Consejos de Guerra, según el Código, son a la vez Jueces de hecho y de derecho. Por infinidad de razones este sistema no es aconsejable. El que va a fallar en conciencia termina su misión cuando pronuncia ese fallo. La Corte y todos los Tribunales han sostenido unánimemente que el Jurado no tiene por qué explicar las razones de su veredicto. Ese veredicto es el reflejo de una convicción íntima, y muchas veces ni el mismo que llegó a ella podría explicar qué la produjo. Cómo entonces va a exigírsele que inmediatamente después de dar su respuesta a un cuestionario entre a actuar en la elaboración de una sentencia, en la cual, por razones técnicas, hay que convertir en caso de "derecho" lo que para el jurado no tiene por qué ser sino un caso de "conciencia"? Esto equivale a obligar a los Vocales a explicar, con sujeción a las rígidas normas de una Ley que casi siempre desconocen, los fundamentos de su veredicto. En otras palabras: la institución "Juez de conciencia" se desvirtúa completamente, y se hacen imposibles ciertas decisiones trascendentales como la de desestimar en primera instancia un veredicto, por considerársele "contra-evidente". Claro está que eso puede resolverlo quien conozca del caso en segunda instancia, pero entonces una medida de esa magnitud quedaría en firme sin poder hacer valer contra ella ningún recurso, lo que resulta a todas luces inconveniente".

"El proyecto pone fin a esta anomalía, al establecer que habrá tres Jueces de hecho (los Vocales) y un Juez de derecho (el Oficial que preside el Consejo). Los primeros ni intervienen en la dirección de la Audiencia ni redactan el fallo. Es el Presidente quien asume esas funciones, asesorado por un Auditor. A no dudarlo, es ésta una mejor manera de hacer justicia".

La doctrina de la Corte sobre inadmisibilidad de la segunda causal en los procesos por jurado no afecta, los procesos militares instruídos y fallados por los Consejos de Guerra Verbales.

b). El Sabotaje militar

En atención a que, mediante el recurso, la sentencia sólo fue impugnada respecto al delito de sabotaje militar, con exclusión del uso de radiodifusora sin licencia por el que los recurrentes fueron también condenados, la Corte circunscribe su estudio al primero de tales delitos y con apoyo en la segunda causal, puesto que, si se considerare fundada en relación con el cuerpo del delito, como el Procurador conceptúa, no tendría objeto alguno —ni aún especulativamente— la consideración de la primera, ya que de la cuarta y séptima desistió el recurrente.

El sabotaje, incluído por el Artículo 196 del Código de Justicia Penal Militar en la categoría de los delitos contra los intereses de las Fuerzas Militares, e imputado a los recurrentes, está definido en el Artículo 198 (Numeral 2º) de aquel Código, mediante las siguientes expresiones:

"El que en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, invitare al personal de las Fuerzas Militares a desertar, a abandonar el puesto, o el servicio, o pusiere en práctica cualquier otro medio para realizar este fin, incurrirá en presidio de dos a ocho años. Si a consecuencia de las excitaciones o maniobras llevadas a cabo sobreviniere efectivamente la deserción, el abandono del puesto o del servicio, la pena será de diez a quince años de presidio".

Este delito —de reciente creación en la ley penal militar— perteneciente a la categoría de los llamados formales o de peligro, tiene analogías en sus características esenciales con otros delitos comunes, cuyo análisis comparativo coadyuva a precisar la figura jurídica del primero, así como su existencia en este proceso.

Ellos son: el del Artículo 127, consistente en la invitación formal —durante guerra con el Extranjero— a las tropas u oficiales del Ejército Nacional a desertar o a servir al enemigo; el del Artículo 149, (casi idéntico al del Artículo 133 de la ley militar), en la invitación —formal y directa— a la rebelión o sedición, o en la instrucción o in-

dicación de medios para consumarlas, y el del Artículo 209, en la invitación, pública o directa, a cometer un delito determinado, aunque no señalado en la norma. Es la invitación o incitación, por lo tanto, el elemento común a estas infracciones, como es el bien o interés que protege la norma, previa y expresamente determinado, así como la época o circunstancias en que se realizan, lo que las distingue.

Tratándose —como realmente se trata— de un delito de peligro, porque el hecho del infractor no produce la destrucción o disminución del bien o interés protegido (aquí el de las Fuerzas Militares), sino el riesgo o peligro de aquellas destrucción o disminución, es indispensable —como punto de partida del estudio— establecer, de acuerdo con la norma mediante la cual se creó el delito, si éste se configura, y si, configurado legalmente, puede ser a los recurrentes imputado; o, con referencia a sus componentes esenciales, si de parte de los procesados hubo una invitación o incitación expresamente dirigida a las fuerzas militares (acción física), con el propósito en ella revelado de inducirlos a la deserción o abandono del puesto o del servicio (acción psíquica), si fue hecha (la invitación) en época de turbación del orden público, y si se puso en peligro la institución militar.

La invitación —como acción física, subsiguiente a la psíquica (dolo)— debe haber sido realizada mediante acto o instrumento idóneos, es decir, capaces de crear un peligro para la existencia del bien tutelado por la norma penal, entendiendo por peligro, en su noción material u objetiva, la potencialidad actual de daño, contenida en la acción física.

Lo que compete a la Corte, en el examen del recurso, es —pues—, si la lectura de la proclama o manifiesto de Franco Isaza, por medio de la radiodifusora —que constituye, según el fallo, la prueba del delito— fue hecha con el propósito de llevar a los soldados y oficiales a los delitos de deserción o abandono del puesto o del servicio el instrumento idóneo y, si siéndolo, estableció el contacto entre el invitante e invitados, que pusiera en peligro los intereses de las Fuerzas Militares. Ello hace indispensable reproducir, en su totalidad, el mencionado manifiesto o proclama, transmitida por la Radiodifusora "Colombia Libre", según la transcripción tomada de un disco grabado por los técnicos del Ministerio de Correos. Textualmente dice:

"Esta es Colombia Libre continuando su programa habitual. Colombianos: Queréis ser libres? resistid a la tiranía. Queréis recobrar la paz? Luchad por ella. Queréis gozar de la democracia? Organizad vuestras fuerzas para quebrantar la dictadura. Dios y la patria os lo demanda. "Vamos a dar lectura a continuación a una proclama de los comandos guerrilleros de los Llanos Orientales que ha llegado a nuestras manos. Queremos aprovechar esta ocasión para dar una voz de aliento a estos valientes soldados de la democracia. Oficiales, sub-Oficiales y soldados del Ejército Nacional: Os manifestamos que la revolución de los Llanos cumple varios meses de quietud y apaciguamiento y de no tomar iniciativa alguna en defensa del pueblo que todos los días sufre vuestras persecuciones y humillaciones con la angustiosa esperanza de que se pudiera alcanzar paz y respeto en esta tierra de trabajadores hoy mil veces calumniados. Esperanza fallida. Camináis tranquilos y seguros cometiendo vuestras fechorías y cargándolas a nuestra cuenta, fechorías que recorren toda la gama de la delincuencia desde el asalto cobarde, el estupro, el incendio, etc., etc., hasta el asesinato en masa. Reclutais gentes y como esclavas las sometéis a trabajos y a torturas físicas y mentales; sois crueles, sois malos y os habéis hecho temer y odiar. Vosotros amados y respetados de la que fue república porta-estandarte de la democracia continental os habéis convertido en bandidos uniformados, sois la fuerza del pueblo en contra del mismo pueblo. Cualquier día cumpliréis vuestro servicio y seréis tratados como civiles, os perseguirán y matarán como a todos porque vuestros pensamientos puedan diferir del de vuestros amos. Soldados: "Vuestros Jefes y Oficiales os tratan como perros y en el momento supremo del peligro, y del combate os abandonan. Vosotros no ganáis, sois esclavos de cartón de una tiranía, no os habéis dado cuenta a qué extremo de miseria esa maquinaria tenebrosa de la dictadura ha sumido a todo el pueblo de Colombia que es vuestro pueblo, que es vuestro patrimonio y que es vuestro hogar; y vuestras mentalidades están interferidas y dirigidas en contra nuestra y vuestra. Acaso sabeis si vuestros propios padres, hermanos, hermanas, amigos y bienes a esta hora no han sido violados y ultrajados por el régimen al cual servís? Os hacemos un llamamiento como hermanos y como hijos del gran pueblo de Colombia que día a día se apresta a defender con honor y dignidad sus más caros derechos de libertad e igualdad conquistados aquel día 7 de agosto de 1819 cuando un pueblo de

América se quitó la ruana y a bayonetazo limpio en el puente de Boyacá ganó y estableció la grandeza de una raza; se dió una Constitución y se gobernó como pueblo soberano mediante la voluntad de la mayoría al través de elecciones libres y populares. Por ello es que luchamos, vivimos y morimos y por eso es que os invitamos porque seais parte y barro de nuestro mismo barro.

"Aquí Colombia Libre continuando su programa habitual. Damos lectura a unos apartes de una carta del General Eduardo Franco Isaza a algunas personas cuya copia llegó también a nuestras manos:

"Ya no se puede pensar como lo intentamos en meses pasados en una pacificación por parte nuestra en forma de regresar como antaño al trabajo y a las viejas costumbres llaneras. El Ejército no perdona; no rebaja; ha cometido infinidad de fechorías y las continúa cometiendo. El Llano se arruina, los hombres, mujeres y niños se mueren de hambre, de desnudez y de mal tratamiento. El único refugio es el monte, viviendo como animales bajo el imperio del miedo y la amenaza. La barbarie y la crueldad de estos esbirros de la dictadura sólo se contiene con las armas; lo hemos experimentado en más de una ocasión, estamos en el más completo abandono y en nuestra desesperación nos vemos precisados a hacer uso de todas nuestras fuerzas y a intentar todas las empresas antes que morir como una raza vencida; pero nosotros continuaremos la obra de quitar las armas al enemigo para con esas mismas armas combatirlo como hasta ahora lo hemos hecho, hasta lograr que en nuestra patria vuelva a surgir el imperio de la libertad y del orden".

"Matar en nuestro país es algo tan natural como comer codornices; y es que en realidad en esta República del Sagrado Corazón de Jesús y de Ley moral, vivir ha venido a ser un verdadero milagro porque matar, asesinar despiadadamente, es toda una institución; **a eso se dedican las fuerzas armadas por todos los ámbitos del país** y ya sabemos que la nueva hegemonía se asienta sobre una pila de 50.000 cadáveres de liberales".

Las tesis en que el Comando fundó su sentencia, son las siguientes:

a). Que el sabotaje militar es una especie de género "instigación para delinquir", y que, por lo tanto, para su configuración no se requiere el contacto entre el instigador y el instigado, ya que lo que la ley sanciona es la sola posibilidad peligrosa de que alguien acoja la instigación, esto es, el daño potencial;

b). Que siendo el sabotaje militar la misma infracción del Artículo 127 de la ley penal común, estos delitos se consideran consumados antes de que se obtengan los resultados perseguidos, y sus actos preparatorios son punibles, y

c). Que los actos preparatorios, representados por la trasmisión radiofónica, fueron idóneos.

La analogía de las infracciones, por pertenecer doctrinariamente a la especie de delitos de peligro, esto es, por configurarse en actos que —al tener la consecuencia perseguida (deserción, abandono del puesto o del servicio) podrían tenerse como preparatorios, no están excluídos de las condiciones generales requeridas para su existencia, ni constituyen —por lo tanto— una excepción a las normas sobre la responsabilidad. En ellos, pues, hay que considerar, la estructura de la infracción y también las acciones psíquica y física que concurrieron a la consumación.

Las afirmaciones del fallo no están de acuerdo con la doctrina. El delito de peligro —ya se trate de los de derecho común o de los de dereho especial— "se consuman, según la tesis de Manzini, expuesta en relación con el delito del Artículo 266 de la ley penal italiana, análogo al sabotaje, con el hecho de la instigación a uno o varios militares, esto es, apenas la instigación ha sido percibida por el militar o militares", y "para la imputabilidad del delito es necesario el dolo, es decir, la voluntad consciente y libre y la intención de instigar a los militares a desobedecer a las leyes". Es indispensable, por lo hasta aquí dicho, analizar y deducir si de la proclama o manifiesto aparecen plenamente comprobados —como lo exige la ley— el dolo, la instigación, la potencialidad de ésta, la idoneidad del acto y el vínculo entre instigadores e instigados, esto es, si se configuró el peligro.

La proclama o manifiesto en que, trasmitida por la radiodifusora "Colombia Libre", se fundó la condena, no contiene en forma clara, expresa, inequívoca, frase o expresión que pudieran constituír invitación, incitación o instigación a desertar o abandonar el puesto o el servicio. Es, más que todo, un memorial de agravios contra las Fuerzas Militares que actúan en Los Llanos, en función de orden público, y a las cuales, en la mencionada proclama, se imputan los más atroces delitos, se les amenaza despojarlas de las armas, a tiempo que se ensalza a los guerrilleros, creando así —si ella hubiera sido escuchada por aquéllos a quienes iba dirigida— el clima espiritual menos propicio a la eficacia de toda incita-

ción, dada —especialmente— la noción que los miembros de la Armada, por su orientación y disciplina especiales, tienen de su honor militar, que aman y defienden como un patrimonio sagrado. Si, pues, determinadas frases, tomadas sin consideración a la unidad del propósito, como aquella según la cual se les instó, a ser "parte y barro de nuestro barro", pudieran —y es mera hipótesis— contener una categórica incitación al delito, su valor habría sido ineficaz entre las tremendas inculpaciones dirigidas a las Fuerzas Militares. El manifiesto o proclama —se deduce— no contiene invitación a delinquir alguna; falta —pues— el elemento material de la infracción.

"Es la misma tesis de Florian, en su obra **"Delitos contra la seguridad del Estado"**, expuesta así: "Con relación al objeto que le es propio, la excitación (a cometer delitos contra la seguridad del Estado) debe ser directa en el sentido de que debe estar enderezada a hacer cometer un delito específico y determinado. La invitación a un delito determinado debe aparecer directa en sí misma, de las palabras dichas o estampadas o de los otros medios de comunicación empleados; debe referirse al acto material constitutivo del delito. Así, pues, una exposición genérica de los males sociales, una crítica al Jefe del Estado y a la forma de gobierno existente, la excitación a la desobediencia de las leyes. la expresión genérica de sentimientos de aversión a la forma política dominante, etc., no podrían jamás tornar concreta la excitación prevista en el artículo 135. Finalmente, y el objeto de la excitación debe necesariamente, presentarse un cierto vínculo de posibilidad y eficacia. En otras palabras, puesto que la excitación se castiga en contemplación de la perturbación pública, que de ella deriva y del peligro de que el delito se cometa, se deduce que el hecho de la excitación debe ser serio y grave, esto es, contener la idoneidad obetiva y la eficacia específica de despertar en los otros hombres el deseo y el propósito de cometer uno de los delitos previstos".

La idoneidad objetiva del acto, así como su potencialidad, como condiciones de producción del peligro, son —pues— de tánta entidad, que su comprobación no puede limitarse a la interpretación restrictiva que en la sentencia se les dió. Toda invitación, toda instigación, toda incitación —según elementales postulados de lógica— para que sea eficaz, debe llegar a quienes es dirigida y expresar, inequívocamente, a qué se les invita, instiga o excita. Contrariamente, habría de concluírse que los actos preparatorios del delito de peligro, aquellos que aún no han salido de la esfera personal del sujeto activo, serían sancionados como ejecutivos, esto es, sin haber aún invadido la esfera personal del agente pasivo, lo que es absurdo.

La tesis de Manzini sobre el delito de instigación a los militares al incumplimiento de sus deberes —de estricta analogía con el sabotaje militar— y la de Florián sobre los delitos contra la personalidad del Estado, quitan —por lo tanto— todo valor doctrinario al fallo recurrido, en cuanto afirma que el acto es punible aún sin haberse establecido nexo alguno con el instigado o invitado.

Si el elemento material del delito, es decir, la invitación clara y su conocimiento por parte de quienes debe ser conocida, como el fallo reconoce, no existe, idéntica afirmación puede aplicarse al elemento psíquico. El propósito, si lo hubo, convergería más bien hacia una invitación a delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, deducible de las indagatorias, del cual los recurrentes fueron absueltos con base en la duda que sobre su existencia surgía del proceso, duda bastante más firme en cuanto a la del sabotaje por que fueron condenados.

Si el acto ejecutivo (la proclama), no contiene en sí manifestación de propósito criminoso, si faltan, además, las condiciones de punibilidad de ese acto (idoneidad del medio, esto es, la invitación expresa a la deserción y al abandono del puesto o del servicio, e idoneidad del fin, esto es, el nexo del incitante y del incitado, es lógico concluír que no existen los elementos integrantes del delito (psíquico y físico) y que, por tal razón, el fallador apreció erradamente los hechos, en cuanto dió a la proclama y a su trasmisión un valor probatorio de que carecen.

V.—Fallo de la Corte

Probada como ha sido la causal segunda de casación, en relación con los elementos esenciales de la infracción, y afectado así el proceso, el examen de la otra causal —la primera— constituiría ataque al principio de la economía procesal. Es el caso, pues, de dictar el fallo que deba reemplazar al recurrido.

Mas como los recurrentes fueron condenados por los delitos de uso de radiodifusora sin licencia, cuya pena es de uno a dos años de prisión, y

sabotaje militar cuya pena es de dos a ocho años de presidio, mediante el sistema de la acumulación jurídica (Artículo 33 C. P.), y, de acuerdo con el resultado del recurso ha de absolvérseles por el último, es necesario fijar la pena que les corresponde por el primero, teniendo en cuenta lo prescrito por los Artículos 103 a 105 del Código de Justicia Penal Militar, aquí aplicables de preferencia sobre los artículos 36 a 39 del Código Penal Común, por cuanto es un delito típicamente militar el imputado y juzgado mediante la ley procesal penal.

Habiendo sido condenados, por uso de radiodifusora sin licencia los señores doctor Julio Ortiz Márquez, doctor Alvaro García Herrera y señor Nicolás García Rojas como autores intelectuales y materiales, el señor Isaías Rodríguez como autor material solamente y el señor Luis Guillermo Clavijo como cómplice necesario, y concurriendo en los primeros las circunstancias 1ª y 4ª, 8ª (en parte) del Artículo 104, y 6ª y 9ª del Artículo 105, y la 10ª de aquél para Rodríguez, la pena que les corresponde es la de un año y tres meses para los primeros y año y dos meses para Rodríguez.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador Delegado,

Resuelve:

a). Invalidar —como en efecto invalida— la sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares en cuanto condenó a los nombrados recurrentes por el delito de sabotaje militar;

b). Condenar —como en efecto condena— por el uso de estación radiodifusora sin licencia, a los señores doctor Julio Ortiz Márquez, Alvaro García Herrera, Nicolás García Rojas y Luis Guillermo Clavijo, a la pena de un año y tres meses de prisión, y al señor Isaías Rodríguez a la de un año y dos meses de la misma pena, y

c). Condenar —como en efecto condena— a los mismos individuos, a la pérdida de derechos políticos durante el tiempo de la pena, y a la de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Con salvamento de voto, Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. Con salvamento de voto, Luis Gutiérrez Jiménez.—Jorge E. Gutiérrez Anzola, (Conjuez).

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ

He firmado el anterior fallo con salvamento de voto, por estar en desacuerdo con el resto de la Sala, en cuanto a la admisión en esta clase de procesos de la causal segunda de casación.

En el fallo de la mayoría de la Sala, se invocaron como razones de la admisión de la causal en referencia, las que consigna el señor Procurador Delegado en lo Penal en su concepto de fondo y que pueden sintetizarse así:

1ª—La inexistencia de similitud en las decisiones y funciones de los Consejos de Guerra Verbales y de los jurados ordinarios, da lugar a que se deriven determinadas consecuencias a favor de la admisión de la causal segunda de casación.

2ª—Que el artículo 45 de la ley 153 de 1887 consagra el principio de que toda duda debe resolverse en favor del procesado, norma que si bien se refiere al tránsito de las leyes, esto es apenas una de las aplicaciones concretas de ese principio, pero no la única, pues éste es tan universal que aún las leyes civiles lo consagran y por ello, la potestad de aplicar tal principio en la apreciación de las pruebas, lleva consigo la adopción del medio o sistema que en casación no puede ser otro que la causal segunda, y

3ª—Que la Corte en el recurso de casación interpuesto contra los procesos instruídos y fallados en 1944 por Consejos de Guerra Verbales, admitió la causal segunda, y lo sostenido por la Sala en esa ocasión, es exactamente aplicable a los negocios que regula el actual Código Militar, en lo concerniente a la casación, pues aquí "cabe aducir el argumento **a simili**, según el cual donde hay la misma razón, debe aplicarse la misma norma".

No niega el suscrito que hay disimilitud en las decisiones y funciones de los Consejos de Guerra Verbales y de los Jurados ordinarios, en los procesos seguidos para deducir responsabilidades a quienes se hallen acusados ante ellas por hechos constitutivos de delito, según las normas del Código Penal Militar y del Código Penal Común. Esa discrepancia en las decisiones y funciones de los Consejos de Guerra Verbales y de los Jurados en el procedimiento ordinario, tiene su explicación en la índole especial del procedimiento en tratándose de asuntos de que conoce la justicia penal militar con intervención de Consejos de Guerra Verbales. Ambos procedimientos están regulados por leyes distintas, independientes unas de otras, sin que pueda admitirse que porque el procedimiento y la decisión en los asuntos militares en presencia del procedimiento ordinario o común, consagre determinadas restricciones en cuanto al derecho de defensa y una reglamentación distinta en cuanto a las funciones de quienes actúan como jueces de conciencia y como jueces de derecho en su calidad de miembros de tales consejos, deban sacarse consecuencias favorables a la admisión en casación de la causal segunda. Semejante criterio llevaría a sostener, sin que exista norma alguna que así lo disponga, que en esos caso se trata de llenar vacíos en la legislación penal militar, aplicando disposiciones de la legislación ordinaria, olvidando que el procedimiento establecido por el Código Penal Militar es un procedimiento excepcional, absolutamente distinto e independiente del común u ordinario.

Se dice que de acuerdo con el artículo 45 de la ley 153 de 1887, toda duda debe resolverse en favor del procesado y la aplicación de este principio a la apreciación de las pruebas, lleva consigo la adopción del medio o sistema para lograrlo que en casación no puede ser otro que la admisión de la causal segunda.

La norma citada por el señor Procurador Delegado en lo Penal, consagra en sus varios incisos, una serie de normas relativas a la aplicación de la ley cuando se presenta el tránsito de una legislación a otra. Tales normas se refieren a los siguientes casos. Cuando la ley nueva quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía; cuando la ley nueva minora de un modo fijo la pena que antes era también fija; cuando la ley nueva reduce el máximun de la pena y aumenta el mínimun; y cuando la ley nueva disminuye la pena corporal y aumente la pecuniaria; y en su inciso final, establece que los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna.

La simple enumeración del contenido del ar-

tículo 45 de la ley 53 de 1887, está diciendo que las situaciones contempladas en dicho precepto, nada tienen qué ver con el caso de autos, donde no se presenta el problema del tránsito de una legislación a otra, sino el de saber si legal y jurídicamente, de acuerdo con los preceptos legales existentes, tiene cabida en los procesos seguidos en conformidad con la legislación penal militar, la causal segunda de casación. Por lo tanto, el argumento que se pretende sacar de dicho precepto a favor de la admisibilidad de esa causal, carece de asidero en las reglamentaciones consagradas en aquella norma.

En cuanto a que el problema de la admisibilidad de la causal segunda de casación, sea el mismo que se contempló en relación con los procesos instruídos y fallados en 1944 por Consejos de Guerra Verbales, y que por eso, lo sostenido por la Sala en esos casos, es aplicable al caso presente, el suscrito está en completo desacuerdo con el anterior fallo, pues no tiene cabida el argumento **a simili**, consistente en que donde hay la misma razón, debe aplicarse la misma norma.

En efecto: en la sentencia de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, dictada en el proceso seguido contra el Teniente Coronel Juan A. Sarmiento y otros, por los sucesos ocurridos el día diez de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro en la ciudad de Pasto, se dijo en relación con la admisión de la causal segunda de casación:

"El Decreto Ejecutivo número 1197 de 29 de mayo de 1951, en su artículo 1º, hizo extensivos los recursos extraordinarios de casación y de revisión consagrados por el Código de Justicia Penal Militar, a las sentencias de segunda instancia dictadas en los procesos de que hubieran conocido en primera Consejos de Guerra Verbales y contra las cuales, cuando se profirieron, la legislación vigente no consagraba tales recursos, ni éstos habían sido objeto de nulidad.

"El artículo 2º del mismo Decreto, dispuso que los recursos de que antes se habla, se "tramitarán y decidirán en la forma y términos señalados para los mismos en el Código de Justicia Penal Militar vigente", es decir, que para los efectos de la tramitación de aquellos recursos y en cuanto a la forma de decisión de los mismos, remite la disposición aludida, a lo establecido para tales casos en el Código de Justicia Penal Militar vigente cuando se dictó dicho decreto.

"El Código Penal Militar vigente cuando se dictó el Decreto que consagró los recursos de que se viene hablando, para los procesos que no los tenían cuando se profirieron en ellos las sentencias de segunda instancia, ni habían sido objeto de nulidad, es el Decreto Ejecutivo número 1125 de 31 de marzo de 1950, el cual dispone que entrará a regir el 20 de abril del mismo año y que en sus disposiciones transitorias, preceptúa:

"Artículo 458.—**Las disposiciones de este Código se aplicarán solamente a los procesos que se iniciaren después de su vigencia.**

"Los sumarios y juicios que estuvieren pendientes, cuando entre en vigencia, continuarán rigiéndose po rel procedimiento anterior, si fuere más favorable al procesado". (Subraya la Corte).

"Por consiguiente, de acuerdo con la norma antes transcrita, el Código Penal Militar vigente para los procesos iniciados antes del veinte de abril de 1950 y que en calidad de sumarios o juicios estuvieren pendientes en esta fecha, entre los cuales se hallaban los que surgieron como consecuencia de los sucesos ocurridos el 10 de julio de 1944, es la Ley de Justicia Penal Militar anterior al mencionado Decreto número 1125 de 1950, o sea, la ley 3ª de 1945.

"Esta ley en su artículo 97 establece como causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Militares, las mismas que consagra el Código de Procedimiento Penal ordinario, es decir, que entre las causas que puedan dar lugar a casar una de tales sentencias, se encuentran todas las enumeradas en la causal segunda del Código antes nombrado.

"En otros términos: es por virtud de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 1197 de 29 de mayo de 1951, que en los procesos surgidos como consecuencia de los hechos ocurridos el día 10 de julio de 1944 en la ciudad de Pasto, hay lugar al recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segunda instancia dctadas por los Tribunales Militares, con admisión para esos procesos de la causal segunda, en forma análoga a lo que estatuyó la ley 82 de 1948 para las sententencias pronunciadas por la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares respecto de los delitos cometidos en los días 9 de abril y siguientes del mismo año.

"Es, pues, el caso de entrar en el estudio de los cargos que con base en dicha causal formula el demandante en su libelo, **no porque jurisprudem-**

cialmente se haga una excepción en lo tocante a la admisión de esta causal, por tratarse de una sentencia dictada con base en un veredicto emitido por los Consejos de Guerra Verbales ni porque se aplique a estos casos el principio de interpretación benigna, sino porque como se ha dejado establecido, hay disposiciones legales que ordenan expresamente que tales procesos se rijan por el procedimiento anterior, que es el más favorable para ellos, y este procedimiento es el que consagra la Ley 3ª de 1945, el cual con la modificación introducida por aquel Decreto, establece no sólo el recurso en mención, sino también la admisibilidad de la causal segunda"

En el caso presente, para efectos de la admisión en el recurso de casación de las causales establecidas por la ley, no rige la misma norma consagrada por el inciso segundo del artículo 548 del Decreto ejecutivo número 1.125 de 31 de marzo de 1950, sino otra completamente distinta, pues no se trata de un proceso que estuviera pendiente al entrar en vigencia el mencionado Decreto, que es el actual Código de Justicia Penal Militar, sino de un negocio iniciado con posterioridad al 20 de abril del nombrado año de 1950, fecha en que entró a regir ese estatuto.

La disposición que debe tenerse en cuenta, para determinar las causales de casación que son admisibles en los procesos por delitos de que conoce la justicia penal militar, con intervención de los Consejos de Guerra Verbales, es el artículo 233 de aquel Decreto, en el cual se lee:

"El recurso de casación se interpone ante la Corte Suprema de Justicia por el Fiscal o por el procesado, personalmente o por medio de defensor, contra las sentencias condenatorias de segunda instancia en los procesos militares, por delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años y con el mismo procedimiento y POR LAS MISMAS CAUSALES QUE EN ASUNTOS ORDINARIOS".

De acuerdo con este precepto, en los negocios tramitados con intervención de los Consejos a que él se refiere, son admisibles en casación "las mismas causales que en asuntos ordinarios", y en los asuntos ordinarios, es decir, en aquellos de que conoce la justicia penal ordinaria, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia repetida y constante de la Sala, son admisibles en casación todas las siete causales consagradas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, cuando el recurso se interpone contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores en causas de que hayan conocido los Jueces de Circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, pero no sucede lo mismo, cuando el recurso se dirige contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales de Distrito Judicial, en causas cuyo conocimiento haya correspondido en primera instancia a los Juzgados Superiores. En este caso, son admisibles en casación las mismas causales contempladas en el citado artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, a excepción de la segunda. Las razones que ha tenido la Corte para rechazar la admisibilidad de esa causal en tales procesos, están consignadas en numerosos y reiterados fallos, cuyos puntos de vista se precisan y concretan en la siguiente doctrina:

"Es doctrina constante de esta Sala, que en los juicios por jurado no es pertinente la causal segunda de casación, porque de serlo desvirtuaría la esencia misma del juicio en conciencia, toda vez que siendo, de conformidad con la ley, este juicio fundado en el principio de la verdad sabida y la buena fe guardada, la apreciación en derecho de las pruebas existentes en el proceso se desnaturalizaría en el caso de que una vez apreciadas, con aquel criterio, por el tribunal de hecho, pudieran ser nuevamente objeto de valorización en derecho. De no ser ello así, en el fondo, esta causal conduciría a aceptar una tercera instancia en los juicios penales, porque ella conduciría a la declaración de una injusticia notoria en el veredicto, misión que es exclusivamente privativa de los falladores de instancia, que son los únicos que de conformidad con los artículos 537, 554 y 567 del Código de Procedimiento Penal, tienen la atribución de hacer aquella declaratoria de contraevidencia, que en el sistema de la casación penal vigente, no está autorizado por la ley.

"La prueba en los juicios en que interviene el jurado es apreciada por éste con entera libertad y se le arrebatarían sus fueros al tribunal popular si en casación pudiesen ser esos mismos hechos objeto de discriminación para armonizar con ellos el veredicto rendido en conciencia. Se desvirtuaría el juicio del jurado y se convertiría la Corte en un nuevo tribunal de instancia, cosa contraria al principio que informa la casación". (Casación de Rubén Rincón, de 27 de mayo de 1949)".

Son, pues, distintas las reglamentaciones legales que rigen la admisibilidad de las causales de casación en los procesos militares ventilados con intervención de los Consejos de Guerra Verbales, para los sumarios y juicios que hubieran estado pendientes el día 20 de abril de 1950, en que entró a regir el Código de Justicia Penal Militar y otras, las que regulan los procesos iniciados después de la vigencia del Decreto 1125 de 1950. Para los primeros, se tuvo en cuenta el artículo 458 de este Decreto, inciso segundo, relacionándolo con el artículo 97 de la ley 3ª de 1945; para los segundos hay que atender, como ya se dijo, a lo prescrito por el artículo 233 del precitado Decreto, en concordancia con el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El Artículo 97 de la ley 3ª de 1945, consagra para sumarios y juicios pendientes el día 20 de abril de 1950, las siete causales de casación, sin excluír ninguna, porque tratándose de procesos que se regían respecto de la admisibilidad de las causales de casación, por las disposiciones de la legislación penal militar con absoluta prescindencia de las normas del procedimiento común u ordinario, sobre el mismo punto, no cabía aducir las razones que dentro de éste último procedimiento rechazan la admisión de la causal segunda de casación. Un principio de respeto y acatamiento a las normas legales, no obstante lo anticientífico de ellas, en cuanto a la consagración de la causal segunda de casación para tales negocios, llevó a la Sala a aceptar esa causal. Pero ese principio de legalidad no concurre para los procesos regidos por el procedimiento penal militar iniciados con posterioridad al 20 de abril de 1950, porque el nombrado artículo 233 de este Decreto, como ya se ha visto, en cuanto a la admisibilidad de las causales de casación, remite al procedimiento ordinario y en éste, cuando se trata de procesos en que intervienen jueces de conciencia, como ocurre también en los procesos militares con la intervención de Consejos de Guerra Verbales, cuyos vocales son jueces de conciencia, no es admisible la mencionada causal de casación.

De todo lo anterior, se deduce con claridad meridiana, que el argumento a **simili**, de que habla el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, no tiene operancia en este negocio, porque lo sostenido por la Corte en los procesos fallados por Consejos de Guerra Verbales en 1944, respecto de la admisión de la causal segunda de casación, no es aplicable como se ha demostrado, a los procesos iniciados con posterioridad al 20 de abril de 1950, como sucede con el presente negocio.

La Sala al aceptar y aplicar la tesis contraria, se pone en abierta oposición con sus reiteradas doctrinas y abre el camino para que en adelante los fallos dictados con base en un veredicto emitido en conciencia por jueces de hecho, puedan ser atacados en casación, aduciendo los motivos que informan la causal segunda, es decir, mediante el examen de las pruebas sobre la responsabilidad y sobre la exención de la misma, apreciando tales pruebas como si se tratara de hacer una declaración de contraevidencia del veredicto, tema éste que es absolutamente extraño al recurso de casación.

Habiendo estado el suscrito en desacuerdo con sus colegas, sobre la admisión en este proceso de la causal segunda de casación, no le corresponde hacer ninguna consideración sobre el fallo recaído como consecuencia de la aceptación de dicha causal.

En estos términos, dejo puntualizadas las razones de mi disentimiento a la anterior sentencia.

— Luis Gutiérrez Jiménez

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ANGEL MARTIN VASQUEZ

Sabotaje militar

Artículo 198 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto Nº 1125 de 1950).

"También comete delito de sabotaje e incurre en las sanciones que en seguida se expresan:....

2º El que en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, invitare al personal de las Fuerzas Militares a desertar, a abandonar el puesto, o el servicio, o pusiere en práctica cualquier otro medio para realizar este fin, incurrirá en presidio de dos (2) a ocho (8) años. Si a consecuencia de las excitaciones o maniobras llevadas a cabo sobreviniere efectivamente la deserción, el abandono del puesto o del servicio, la pena será de diez (10) a quince (15) años de presidio".

Sobre dos aspectos trataré de sustentar las razones en virtud de las cuales acepto y discrepo del fallo de mayoría en este proceso:

Primera.—Estoy de acuerdo en que es admisible la causal segunda de casación prevista en el artículo 567 del Código Procesal Penal, —alegada en la demanda— por tratarse de sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares en juicio fallado por el Consejo de Guerra Verbal, fundado en las mismas razones acogidas por la mayoría de la Sala y de conformidad con el Código de Justicia Penal Militar que rige, o sea el Decreto Nº 1125 de 1950.

Segunda.—Discrepo en cuanto sostengo que en el caso de autos no prospera la causal segunda, porque dentro de mi criterio resultan establecidos plenamente en el proceso todos los elementos constitutivos del delito de sabotaje previstos en el numeral 2º del artículo 198 del Código de Justicia Penal Militar, cargo por el que también respondieron los procesados, plenitud probatoria que surge de los términos en que está concebida y redactada la llamada proclama —que no es el caso de trascribir por estar íntegramente reproducida en el fallo de que disiento— que fue dada a la publicidad por medio de la radiodifusora clandestina "Colombia Libre", hecho éste que motivó condenación, que el fallo de mayoría confirma.

Sobre el primer punto es bastante agregar que al decir que acojo la tesis del fallo, es porque me encuentro de acuerdo con los fundamentos en que se apoya para demostrar que la dicha causal segunda es viable en el caso de que se trata. Otra cosa es que con base en ella se llegue a conclusiones inadmisibles, desde mi punto de vista, las cuales motivan este salvamento. Me concretaré, pues, al aspecto en que hice consistir mi discrepancia del fallo de mayoría.

El planteamiento está suficientemente sintetizado en la cuestión segunda ya formulada.

El fundamento sobre el cual la mayoría de la Sala hace recaer la absolución de los procesados se basa de modo principal en que la proclama o manifestación transmitida por la radiodifusora clandestina "Colombia Libre", en que se basó la condena, no contiene en forma clara, expresa o inequívoca, frase alguna o expresión que constituya invitación, incitación, o instigación a desertar, o abandonar el puesto o servicio.

A través de todo el proceso, uno de los aspectos contenidos en él, y que fue más controvertido, consistió precisamente en establecer si los términos de la proclama podían servir de base para la comprobación del cuerpo material del delito de sabotaje militar. Tanto las sentencias de primero y segundo grado, interpretando los términos del veredicto pronunciado por el Consejo Verbal de Guerra, que juzgó a los procesados, con sólidos razonamientos se pronunció en el sentido de que aquel delito estaba configurado en todos sus elementos constitutivos, es decir, que los hechos por los cuales se convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar por sabotaje reunían el tipo de ese ilícito, desde luego que la proclama contiene, ya se la tome en su conjunto o se discrimine su redacción en sus apartes más fundamentales, una clara, inequívoca e idónea invitación para que las fuerzas armadas, y en especial los soldados, abandonando sus deberes y el servicio militar, engrosaran las filas de la resistencia subversiva al régimen del Gobierno constitucional que tenía la República en la época en que esas actividades se cumplieron.

Es claro que si en el examen del hecho se parte del criterio de que el delito de sabotaje que

establece el Código Penal Militar en su artículo 198, cuya figura guarda muy lejanas semejanzas con otras que dicen relación más expresamente con la instigación para delinquir, el elemento configurativo consiste en la incitación, es imposible desconocer que la estructura de la infracción resulta íntimamente ligada a un concepto subjetivo del fallador, en virtud del cual se le permite que usando de amplio arbitrio interpretativo, juzgue en cada caso particular que no existe delito, porque los términos en que está formulada la incitación no tienen poder suficiente para mover, excitar o dominar la psíquis ajena.

Desde este punto de vista resulta cierto que la ley penal dejaría de tener exacto cumplimiento, porque el criterio del fallador prevalecería sobre los elementos que configuran un tipo especial de delito, desde luego que en lugar de apreciarse los hechos constitutivos del mismo en relación con los elementos de su materialización, basta que dentro del criterio del Juez le parezca que una cosa no es idónea para producir determinado efecto y fundado en ello descarte la existencia de una infracción prevista en la ley y conminada con una pena.

Si se repara en los términos en que está constituído como delito el sabotaje militar, precisa convenir que su estructura jurídica, tal como la contiene el numeral 2º del artículo 198, configura una típica infracción de las denominadas de peligro. La afortunada redacción del texto permite determinar las dos modalidades que asume el delito, porque en su primera parte la actividad delictuosa sólo se concreta a invitar al personal de las fuerzas militares a desertar, a abandonar el puesto, o el servicio, o a poner en práctica cualquier otro medio para realizar este fin. De manera que basta esta simple acción de invitar para que la actividad psico-física que engendra la infracción tenga cumplimiento, ya que la naturaleza del riesgo que implica hace completa la violación de la ley, sin que sea necesario que se realice la finalidad buscada por el agente. Al producirse ésta, la segunda parte del texto bien claro dispone que si a consecuencia de las excitaciones o maniobras llevadas a cabo sobreviene efectivamente la deserción, el abandono del puesto, o del servicio, la pena será agravada en la proporción de diez a quince años de presidio.

En cuanto al elemento material que configura el sabotaje, tanto el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, que acogió la sentencia, como la misma motivación del fallo, no discrepan pues reconocen que se trata de un delito de mera actividad, de simple acción y que fue precisamente éste el que se adujo como cargo a los procesados.

"Según la tipificación de la figura —dice el Procurador— el sabotaje militar se caracteriza por ser un delito formal o de peligro, que se agota tan pronto como se pone en práctica el hecho que lo constituye, sin consideración al daño efectivo del bien jurídico que la norma tutela. Basta a este respecto, la posibilidad de causar ese daño. Si éste se produce, la infracción se agrava con un aumento específico de la pena, como lo estatuye la parte final del artículo 198 comentado. Por consiguiente en esta clase de delitos, la tentativa equivale a la consumación. Particularidad importantísima para apreciar debidamente la existencia del ilícito".

Es manifiesto que si a la doctrina en tal forma expuesta con tanta sujeción a los principios, se le hubiere dado a través del concepto del Procurador y del fallo de la mayoría todo el desarrollo que ella implica, las conclusiones hubieran sido sin duda diferentes y la absolución de los procesados, con base en la inexistencia del delito de sabotaje, no se habría podido efectuar.

En efecto, a este típico delito "Contra los intereses de las Fuerzas Militares", como se denomina en el Código Penal Militar el Título noveno, bajo ese epígrafe, no puede buscársele semejanzas o parecidos, próximos o remotos, con figuras afines, porque traducen una actividad instigadora, pero que tienen diferencias fundamentales, que las hacen inconfundibles, y, que por lo mismo, los principios sobre que se forma el contenido jurídico de las normas que regulan esas actividades, son también diferentes. Precisamente, el fallo que motiva este salvamento, hace referencia a exégetas de la legislación italiana en lo tocante con los textos en que ésta incrimina la instigación para delinquir, y con base en sus conceptos, interpreta la norma colombiana.

La razón de lo dicho es fácil establecerla comparando la legislación colombiana, dentro de la cual, según el fallo, existen ciertas figuras afines, como son las de los artículos 127, 149 y el 209 del Código Penal común. Mas, cotejándolas, se comprende perfectamente que si bien tienen como elemento común la incitación al delito, los demás elementos constitutivos son diferentes, desde luego que la instigación general que estructura el artículo 209 del estatuto penal, exige que ella se haga para cometer un delito determinado y los textos de los artículos 127 y 149 determinan como

presupuesto de los hechos que comportan los ilícitos que incriminan, que la invitación se haga **"formalmente"**.

En realidad, a esta expresión adverbial es preciso darle el significado gramatical que implica, es a saber, que la invitación a ejecutar actos de instigación tenga el sello de que se realice en forma expresa o determinada. Por cierto que este elemento no lo contiene el texto del artículo 198 del Código Penal Militar. De consiguiente, su omisión debe traducirse en una interpretación que en realidad confluya a establecer que si dicho estatuto debía preceptuar una norma que tutelara de manera efectiva los interses de las fuerzas armadas, la estructura de ella no podía ser idéntica, ni siquiera semejante, con otras normas que gobiernan o tutelan intereses distintos porque de ser ello así sobraría la particular, en virtud de la cual se quiso proteger penalmente no el mero hecho de instigar, sino algo todavía más importante: la moral del ejército, su disciplina interna, su lealtad de servicio y el cumplimiento del deber en los ciudadanos que componen la tropa.

Dicho de otra manera, si en los códigos penal común y penal militar existen normas que conminan como infracción el hecho de instigar a la comisión de delitos, como este carácter tienen los de deserción, abandono del puesto, o del servicio, por lo menos en el último estatuto, y como también en éste se dispone que los particulares puedan ser sujetos activos del delito de sabotaje, por disposición expresa del numeral 6º del artículo 8º, que extiende la competencia de la justicia militar para juzgar "a todo particular que realice un hecho clasificado en este código, como "Delito contra los intereses de las Fuerzas armadas", a no ser que en la disposición que establece la pena se diga que el conocimiento del hecho corresponde a las autoridades comunes", como reza textualmente dicho numeral 6º, resulta de todo ello evidente no era necesario incluír en la ley penal otra norma distinta configurativa de una infracción que de consumarse habría podido ser castigada con las disposiciones generales del Código Penal común.

Error del fallo es, en mi concepto, aplicar tanto la exégesis de la doctrina como los presupuestos jurídicos sobre que se fundamenta la instigación en general, a un delito tipo, con elementos específicos, dentro de los cuales precisamente no se encuentra lo que la Procuraduría exige para que exista sabotaje militar: "que se invite con términos adecuados".

En parte alguna el texto señala esta circunstancia. Ya se ha dicho que la simple invitación es lo que caracteriza el delito, por tener éste la naturaleza de infracción de peligro. La supresión de la expresión "formalmente" que exige el Código Penal común, bien claro significa que la actividad del agente esté dirigida de modo expreso a conseguir la finalidad que se propone para atentar contra los intereses de las fuerzas militares.

Además, no ha fijado suficientemente la atención sobre la forma misma como está redactado el texto legal. Ni el colaborador ni la mayoría de la Sala, han dirigido su atención a que basta poner en práctica "cualquier medio para realizar este fin" para que exista delito de sabotaje destinado a promover el abandono del servicio por parte del personal de las fuerzas militares. Y se dice que es únicamente para este hecho, porque el texto contiene después de las palabras "abandonar el puesto", una coma y una o disyuntiva y hace expresa referencia a que esos medios sean puestos "para realizar este fin".

Si hiciera referencia también a la deserción y al mismo abandono del puesto, es manifiesto que la redacción habría sido plural, para comprender esas dos modalidades, y así habría dicho, "o pusiere en práctica cualquier otro medio para realizar estos fines", es decir, la deserción, el abandono del puesto y el abandono del servicio. No empleó ese plural sino que hizo uso del singular, luego es fuerza interpretar la norma en el sentido de que la práctica de cualesquiera medios dice relación únicamente al abandono del servicio.

Vista de esta suerte la cuestión, es preciso concluír que la proclama o manifiesto leído por la radiodifusora clandestina, destinada, precisamente a difundir todas aquellas noticias que tuvieran relación con el espíritu de rebeldía y subversión para que se había creado ese tremendo instrumento de publicidad, queda perfectamente bien comprendido dentro de aquellos medios de cualquier carácter que sean, que procuraron realizar la finalidad de incitar al personal de las fuerzas armadas al abandono del servicio, para ser parte de las guerrillas revolucionarias.

La lectura de esa proclama, dentro de la clandestinidad con que operaba la radiodifusora por la que fue difundida o dada a la publicidad, no podía tener distinta finalidad que la de llevar a los espíritus de cuantos la oyeran o propagaran con cualquier otro medio su contenido, el descrédito de las fuerzas militares, a quienes se moteja con los peores epítetos. La Procuraduría, sirvién-

dose de ese instrumento subjetivo que le dá el más peligroso arbitrio al Juez para dar al contenido de un texto considerado como elemento material del sabotaje, el alcance que debe tener para configurar el ilícito, hace una discriminación de las partes en que arbitrariamente divide la proclama, para concluír que si bien ella constituye una tremenda diatriba y una injusta carga de improperios al ejército de la República, a pesar de ello no es esa "insidiosa y artera excitación a los hombres de la tropa", encaminada entre otros fines, a que ellos corran "a engrosar las cuadrillas que con las armas en la mano se encuentran enfrentadas al ejército de la República", bastante a configurar el delito de sabotaje.

El vicio de este razonamiento, de todo punto inaceptable, no tiene distinto origen que el que proviene de confundir el delito típico de sabotaje militar, previsto en la materia, con figuras que se dicen afines, porque así resulta más sencillo encontrar el parecido, sin que en parte alguna se hayan tomado el trabajo de establecer una similitud, que como en otro lugar se dijo, no existe porque entonces sobraría el texto del estatuto militar que quiso reprimir el delito sobre elementos diferentes de los que el Código Penal común lo había configurado.

No es por ello de extrañar que se afirme que la invitación a las fuerzas militares para engrosar las huestes de los guerrilleros, que es lo que en buen romance traduce la proclama, si se juzga sin ánimo preconcebido, "presupone, naturalmente, crear en aquéllas un sentimiento de simpatía y adhesión a los ideales y propósitos de los revolucionarios. Sin suscitar ese estado afectivo análogo, ese unísono psicológico, en que las almas de unos y otros reflejan disposiciones comunes e idénticas, es moralmente imposible que el instigador atraiga o seduzca al instigado para crear en él la resolución de obrar. Para el caso tiene que haber entre ambos una concordancia sentimental e ideológica".

Un razonamiento como este para juzgar el sabotaje como delito conduce a descartar totalmente esta figura de la ley penal militar, desde luego que se parte de la base de que tal hecho no puede realizarse sino cuando entre el instigado y el instigador haya desde el punto de vista sentimental o ideológico concordancia para que la acción dirigida a impulsarlo a obrar tenga su cumplido efecto. Mas ello no es así porque la actividad del agente en esta clase de hechos no se castiga en consideración a que busque un determinado camino para lograr ciertos fines. El procedimiento puede ser contraproducente, puede no conseguir la finalidad que se propone, sin que ello nada signifique frente a la ley, que sólo tiene en cuenta el riesgo o el peligro inherente a ciertos actos que conllevan en sí mismos un fuerte poder explosivo tan tremendo que su solo empleo lo considera la ley como bastante para poner en peligro derechos tutelados por ella en orden a su importancia en la vida social o individual, como ocurre con todos los ilícitos en que la tutela penal se ejerce en virtud de que constituyen un peligro común.

Con esta tesis, se llegaría al extremo de que el sabotaje sólo sería punible cuando se pudiese establecer que existe concordancia ideológica o sentimental entre el instigador o invitante y el instigado. No existiendo ella, el ilícito no existiría tampoco, lo cual es erróneo, porque para la ley son indiferentes los medios que se empleen. Si por ejemplo en el caso de autos, la diatriba contra las fuerzas armadas, como lo supóne la Procuraduría, por ser tan tremenda, le quitaba todo valor para mover a las tropas a desertar, a abandonar el puesto o el servicio, no es posible desconocer que de otro lado la proclama o manifiesto no buscaba precisamente operar sobre un vínculo sentimental e ideológico entre los que la publicaban clandestinamente y los que la escuchaban, sino precisamente lo contrario: suscitar en ellos, principalmente en las fuerzas armadas, a quien iba dirigida, un sentimiento de repulsión y asco, de odio y rencor contra sus superiores, que los impulsara a no continuar bajo las órdenes de verdugos y asesinos.

No era, pues, un sentimiento de adhesión ideológica lo que perseguía, sino producir un tremendo descrédito de la oficialidad, altos jefes y comandantes de las fuerzas armadas para procurar una desmoralización en la tropa que propiciara el que ésta sintiera odio y rencor contra sus superiores y realizara alguno de los hechos que señala la norma legal como constitutivos de la finalidad perseguida por los saboteadores.

Visto de esta manera el problema, no cabe duda que se cumple con el presupuesto subjetivo que el propio Procurador encuentra como indispensable para que exista el delito de sabotaje, ello es por su doble aspecto: la intención de excitar o mover el sentimiento de las gentes militares, y la de provocar en ellas el hecho determinado de desertar, abandonar el puesto, o servicio.

La realidad es que si no se olvida la naturale-

za del ilícito y se piensa que es sólo el peligro inherente a él lo que hace que la ley lo erija en infracción penal, no puede desconocerse que la repercusión que en el ánimo del soldado encuentra la invitación a que ejecute cualquiera de los hechos a que se refiere la norma legal, nada tiene que ver con la estructura jurídica del delito. Es explicable que esa repercusión se considere necesaria en el delito de instigación para delinquir, porque presuponiendo éste para su existencia que se haga para cometer un delito determinado, es claro que debe existir concordancia entre el instigador y el instigado, sentimental, afectiva o de cualquier otro orden, para que repercuta en su ánimo la idea sugerida y ésta se lleve a cabo en virtud del efecto producido por el que de manera pública o privada produce tal sugestión y tal impulso en el espíritu del instigado. Aquí sí cabe lo que sostiene la Procuraduría en el sentido de que la figura de la instigación exige que el delito sugerido debe ser preciso y determinado.

Con todo, la confusión entre una y otra figura es la que lleva a aplicar en la exégesis legal procedimientos que no se compaginan entre sí y llevan hasta el extremo de conducir a serias contradicciones, como la que resulta bueno anotar con referencia a las tesis de la Procuraduría, que tan en cuenta tuvo el fallo de que discrepo. Porque contradicción es y de las más visibles, afirmar que el sabotaje es delito de peligro, hacer la diferenciación doctrinal entre estas figuras y las infracciones de naturaleza material y después afirmar que el cuerpo del delito no está establecido o demostrado porque "el investigador dejó de allegar una prueba fundamental al respecto: la de que las fuerzas armadas hubieran oído, o estado en posibilidad de oír los llamamientos que le hicieron los instigadores". Tan rotunda afirmación trátase de mitigar a renglón seguido diciendo que no puede arguirse a ese razonamiento que dicha prueba "no era necesaria para establecer el cuerpo del delito, porque éste se configura aquí por el solo hecho de la invitación pública', pues ya se dijo "que esta clase de instigación, aunque no sea oída, sí requiere al menos la posibilidad de ser escuchada, para que en esa forma nazca el riesgo o peligro potencial que implica el ilícito. Se repite que una invitación sin sujetos militares que la perciban o puedan percibirla, no constituye delito de sabotaje".

Para contestar a lo anterior. sólo basta observar dos cosas: en primer término, que la prueba que se echa de menos es imposible por lo indefinida. Nunca será posible establecer, judicialmente hablando por lo menos, que ninguna de las personas a que va dirigida una excitación para hacer algo, no la escucharon. Tanto lo indefinido negativo, así planteado, como lo indefinido positivo, que sí lo hicieron, son cosas que la ciencia probatoria siempre ha tenido como de imposible demostración judicial.

En segundo término, se olvida el tremendo y eficaz poder que la radiodifusión, y, en el caso particular, un hecho de repercusión psicológica de mucha importancia: que por tratarse de una radio clandestina, esta misma circunstancia confluía a hacerla más idónea para los objetivos que buscaba. Puede afirmarse, sin peligro de errar que por ello mismo atraía más la atención de los oyentes y despertaba con mejor interés la expectativa de las gentes, especialmente entre las de tendencias ideológicas afines, quienes es natural suponerlo, mantenían constante expectativa por escuchar las informaciones y proclamas subversivas que por aquel medio de publicidad se les daba a conocer, y que por otras fuentes orales o escritas no tenían acceso a ellas, pues precisamente una de las medidas que implica el estado de sitio por conmoción interior, es la censura de la prensa escrita o hablada.

"La radio —escribe un destacado periodista— es uno de los más poderosos y peligrosos instrumentos de propaganda moderna y su acción educadora o desmoralizadora influye hoy día en forma decisiva sobre la conciencia popular, la más sensible, moldeable y también maleable por la invisible fuerza transmisora, milagro de los tiempos nuevos. En nuestro país hay experiencias dolorosísimas del funesto uso y perverso abuso de la radiodifusión política y nunca como en los días actuales es urgente reglamentar su ejercicio para evitar irreparables consecuencias futuras. En un admirable estudio sobre la radiodifusión elaborado por Mauricio Gorham y publicado por "Unesco", se afirma lo siguiente: "La radiodifusora es una recién nacida al mundo si la comparamos con el derecho, la medicina, el teatro o la música. Pero en el curso de su corta vida ha adquirido un tremendo poder. De día y de noche, en todos los países del mundo civilizado, innumerables personas viven sometidas a la influencia de las palabras y sonidos que llegan a sus oídos por el aire. Por la radio reciben las noticias y su interpretación, las informaciones políticas, una serie de conocimientos científicos y una serie de

datos sobre los progresos del saber y de la cultura....".

De modo que la idoneidad de los medios es cuestión inobjetable y por este aspecto el peligro manifiesto, si se examina la cuestión a la luz de su objetividad y ningún otro elemento de juicio se tiene en cuenta.

Por lo demás, resta añadir para terminar, que el peligro potencial a que se refiere el Procurador precisa predicarlo en orden a que si la pérdida del bien atacado no ha ocurrido del todo "hay en el resultado del acto externo la **potencia** de acarrearla, y de ello ha dimanado por eso, completa, la violación de un derecho", como lo dice Carrara, quien agrega esta otra noción: "Aquellos delitos en los cuales el daño potencial basta para su consumación, son todos delitos **formales,** precisamente porque en la simple acción del delincuente, aunque no vaya seguida por el **efecto** que aquél quería obtener, se configura una **violación** ya ocurrida del derecho, y así, la perfecta infracción de la ley. Cuando hay mero **peligro,** el derecho no está ya **violado,** sino solamente **amenazado** y agredido". (Las subrayas son del texto.—"Programa". Vol. I Parte General pg. 89).

Por otro lado, conviene con el mismo Carrara distinguir entre el derecho abstracto que se viola en el delito formal y el hecho concreto que hace relación al bien material que se quiere arrebatar con el delito. Esta distinción es en extremo interesante, porque precisamente en el ejemplo que pone aquel autor y que va a leerse en seguida, se cita un tipo de delitos que tiene de común con el sabotaje, esa **permanencia.** en que funda el maestro la diferencia entre el daño **potencial,** propiapiamente dicho, y el **peligro corrido.**

"En el delito **formal** hay **daño efectivo,** en cuanto se ofende el derecho **abstracto,** y daño meramente **potencial,** en cuanto al derecho concreto, esto es, el goce del bien **material** que se quería arrebatar. La acción es incompleta con relación a la correspondiente **objetividad material** e **ideológica,** porque el agente puede no haber alcanzado el bien que pretendía; pero el delito es completo en relación con la correspondiente **objetividad jurídica,** esto es, el derecho abstracto violado. Esta distinción debe, pues, ser entendida siempre refiriendo la **potencialidad** al bien material amenazado, porque, en relación al derecho abstracto, también el daño potencial tiene siempre en sí la efectividad de la lesión. Así el que injuria, puede no haber destruído el honor del ultrajado, porque nadie haya creído en la injuria, y por esto, el daño, con relación al bien material haya permanecido solamente en potencia; sin embargo, el delito es completo, porque, con la expresión injuriosa, dotada de la potencialidad de quitar el honor, se ha manifestado la **efectiva** violación del derecho".

No es indiferente que Carrara cite la injuria como uno de aquellos delitos en que el daño potencial tiene permanencia tal que ello mismo traduce su peligro, porque en este orden de ideas cabe también la calumnia, la difamación, la amenaza y los delitos contra la seguridad del Estado, todos los cuales tienen de común con el sabotaje militar que la exteriorización de la voluntad que los caracteriza implica una modificación del mundo exterior que disminuye o destruye un bien, sacrifica o restringe un interés, inmediata y directamente tutelado por el derecho penal (Rocco).

Interesa también en estos particulares tener presente la diferencia que formula el mismo Carrara, que para el caso tiene cumplida aplicación, porque ayuda a señalar jurídicamente la importancia de la distinción entre la diversa naturaleza de los delitos, desde el punto de vista de las formas que puede asumir la ofensa a los bienes o intereses penalmente protegidos.

"El criterio —enseña el maestro— que distingue el daño **potencial** del **peligro corrido** es la **permanencia.** Cuando se ha disparado contra el enemigo un arma que no ha herido hay peligro corrido, pero no hay ulterior potencialidad de daño, porque aquel proyectil no tiene más capacidad ofensiva. Cuando se ha difamado de alguien, puede haber daño **efectivo,** si el que oyó las palabras calumniosas le dió crédito, de modo que **efectivamente** fue disminuído el patrimonio del honor del difamado; pero cuando nadie las creyó, no existe solamente un peligro corrido, hay un daño potencial, pues aquella imputación, que perdura en la memoria de quienes la oyeron, puede siempre, por circunstancias posteriores, convertirse en creencia en el ánimo de los mismos" (obra citada páginas 89 y 90).

Aplicados estos principios al caso, es fácil ver que la circunstancia de constituír el delito de sabotaje la llamada proclama bélica que el proceso tiene como tal, se informa en el inconmovible fundamento de que el peligro que surge de sus términos puede no sobrevenir inmediatamente al intento de conseguir lo deseado por el agente al consumar el hecho. Basta su perduración en la memoria de quienes tuvieron conocimiento de sus términos subversivos e incitadores y que circunstancias fortuitas los conviertan en la creencia de

que sus afirmaciones, pasadas por el criterio ingenuo del soldado, añorante siempre de su hogar y de los afectos en él contenidos, se traduzcan en actos que entrañen actividades ilícitas contra los intereses de las fuerzas militares. Que ello pueda ocurrir, es lo que constituye la infracción. Que ocurra es cosa que aquí no importa, porque se juzgó por lo primero y no por lo segundo.

Pudiera replicarse que las doctrinas carracianas en este punto encuentran contradictores. Ello es cierto, tratándose de algunas modalidades delictuosas, en las que su aplicación pudiera resultar en choque con la naturaleza propia de la infracción, que no permite acomodar en ellas los principios que la sustentan. Mas no puede afirmarse lo mismo de un ilícito como el que se estudia y de los que se han citado como afines en su estructura jurídica, porque siempre será operante en ellos la permanencia del peligro, de donde surge su potencialidad, próxima o remota, para el daño, razón por la cual, tanto se diferencian de la instigación general, pues en ésta el daño surge inmediatamente a la **instigación** o **incitación,** mientras que en aquéllos puede surgir muy posteriormente a la **invitación,** sobre todo cuando ésta se realiza por medio de injurias, calumnias, insultos y dicterios, que produciendo impacto moral en la conciencia de quienes los escuchan o leen, en cualquier momento pueden propiciar la actividad que provocan los saboteadores o la finalidad que con ello se propusieron.

No debo concluír este salvamento sin protestar vivamente por un procedimiento que considero totalmente inaceptable y que desdice de la seriedad que debe acompañar siempre todo acto de la Corte. Me refiero concretamente, al suministro anticipado de los fallos a la prensa cuando todavía éstos no han sido firmados por los Magistrados de la Sala decisoria. Ya son bastantes las ocasiones en que la prensa ha publicado noticias sobre el fondo de la decisión y la manera de su votación.

Es obvio que tal proceder es inaceptable. Y aunque soy bastante escéptico en cuanto a que hecho de tal naturaleza no vuelva a repetirse cuando existan circunstancias iguales y se trate de informar a órganos de publicidad afines ideológicamente a quien suministra las noticias anticipadas, un imperativo de conciencia me obliga a dejar nítidamente mi desacuerdo y mi reiterada oposición a tal proceder.

Agosto 10 de 1953.

Angel Martín Vásquez

RECURSO DE REVISION

El recurso de revisión no es una tercera instancia y para que éste prospere, es necesario demostrar la existencia de alguna de las causales que taxativamente se hallan enumeradas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

En este recurso sólo se discute si la persona que está sufriendo la pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. La apreciación de elementos probatorios referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y a las circunstancias da mayor o menor peligrosidad que influyan en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión.

Corte Snprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre).

Vistos:

El doctor Augusto Samper Diago, en representación del procesado Marco A. Gaitán, ha propuesto el recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas de fechas cuatro de junio y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, dictadas por el señor Juez Penal del Circuito de Fusagasugá y por el Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente, en las cuales se le condenó por el delito de lesiones personales inferidas a Carlos Julio Cala, a la pena principal de ocho meses de prisión.

El recurso ha sido tramitado de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal y el señor Procurador Delegado en lo Penal, emitió el concepto respectivo.

El señor apoderado del sentenciado Gaitán, sustenta el recurso fundándose principalmente en el hecho de que al reo se le "negó la condena condicional y el perdón judicial con el fútil pretexto de ser peligroso para la sociedad, a pesar de que no es reincidente, y de que su conducta, en lo general, es buena, por decir lo menos".

Sobre el particular, dice el demandante:

"En las circunstancias anotadas, y teniendo Gaitán ya más de cuatro meses de prisión, sin ANTECEDENTES que lo puedan tachar de peligroso, se impone la REVISION por esa H. Sala de esa alta Corte Suprema de Justicia, y en tal virtud y para que se le conceda ese PERDON JUDICIAL o la CONDENA CONDICIONAL, y teniendo en cuenta que Gaitán es agricultor que vive de su trabajo diario; que está recién operado de hernia en Fusagasugá; que es padre de familia y que no tiene de qué vivir fuera de su trabajo, y así como no fue oído en juicio, estimo que debe concedérsele la gracia de ponérsele en libertad bajo fianza por el término que le falta para cumplir su condena".

Se considera:

El recurso extraordinario de revisión está establecido por la ley para garantizar la inocencia de las personas injustamente sentenciadas, acreditando que éstas no cometieron el hecho imputado y sancionado por el estatuto represivo. En el caso a estudio, el demandante no fundamenta el recurso en la circunstancia de que nuevos hechos, no conocidos al tiempo de los debates, establecieran la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyeran siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad. Sus argumentaciones sólo tienden a demostrar que el sentenciado Gaitán no es sujeto peligroso y que, por lo tanto, tiene derecho a la condena condicional o al perdón judicial.

Pero, como lo observa el colaborador, el recurso de revisión no es una tercera instancia y para que éste prospere es necesario demostrar la existencia de alguna de las causales que taxativamente se hallan enumeradas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

"En el recurso de revisión —ha dicho la Corte— sólo se discute si la persona que está sufriendo la pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son

o fueron falsas. La apreciación de elementos probatorios referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyan en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión porque esta medida no es una tercera instancia y el legislador sólo ha querido que este recurso extraordinario se aplique para los casos expresamente determinados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal".

En el presente caso aparece demostrado que en los fallos de las instancias, se le negó al acusado la condena condicional por no concurrir las circunstancias requeridas por el artículo 80 del Código Penal. Igualmente se descartó en esos fallos la posibilidad de otorgar el perdón judicial, por no estar previsto en la parte especial del Código Penal para el ilícito porque se le condenó. No obstante, si en aquellas apreciaciones de los juzgadores hubo error, sólo sería subsanable mediante el recurso extraordinario de casación, que no fue interpuesto. Bien parece que el demandante equivocó el recurso que ante la Corte podía tener mayores probabilidades de éxito para el logro de sus pretensiones.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Marco Aurelio Gaitán contra las sentencias de cuatro de junio y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, proferidas, en su orden, por el Juez Penal del Circuito de Fusagasugá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Angel Martín Vásquez. — Francisco Bruno.— Alejandro Camacho Latorre. —Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

PUEDEN PRESENTARSE A UN MISMO TIEMPO LA INCAPACIDAD PARA TRABAJAR, LA DEFORMIDAD Y LA PERTURBACION FUNCIONAL.—LA LEY PENAL EMPLEA LOS VOCABLOS ORGANO Y MIEMBRO EN SENTIDO FUNCIONAL, Y NO EN SENTIDO ANATOMICO

1—En diversas ocasiones, la Corte ha sostenido que cuando se causa una lesión o herida en el organismo humano, la primera consecuencia que se observa en el ofendido es la incapacidad para trabajar como antes, que se traduce en el tiempo que éste necesite para recuperar su salud y volver a ocuparse de sus labores ordinarias. De ahí que la incapacidad se defina en Medicina Legal como el tiempo necesario que se requiere para hacer entrar la parte enferma en las condiciones que constituyen la salud.

Pero aparte de la incapacidad para trabajar, pueden producir las lesiones otros trastornos mediatos o inmediatos que causan alteraciones en la anatomía y estética del cuerpo, y en este caso, la ciencia y el estatuto represivo los llaman deformidad física o bien perturbación funcional, cuando afectan un órgano o miembro. En estos casos, pueden presentarse a un mismo tiempo la incapacidad, la deformidad y la perturbación funcional, como en la amputación de un miembro, en la pérdida de los ojos, en la anquilósis de los dedos de la mano, etc.

Por eso la ley penal, a fin de evitar un exceso en la determinación de la pena, cuando se presentan varias secuelas como resultado del mismo acto lesivo de la integridad personal, tiene en cuenta únicamente el daño mayor que produzcan las heridas. (v. art. 377 del C. P.).

2 — La ley penal emplea los vocablos "órgano" y "miembro" en sentido funcional para los efectos penales, y no en sentido anatómico, y por eso dice el artículo 374: "si la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro...", "si la perturbación funcional o psíquica fuere permanente....."; de suerte que está refiriéndose a las perturbaciones en las funciones producidas por el hecho de las lesiones, y no a los casos en que la lesión causa solamente trastornos en los elementos anatómicos que integran el órgano o miembro, sin que tengan capacidad para alterar la función de éstos, situaciones en las cuales sería inaplicable el artículo 374 del Código Penal. Esto tendría lugar en los siguientes ejemplos: en la simple pérdida de la yema de un dedo, en un ligero desgarramiento del pabellón de la oreja, en la pérdida de un diente, etc., en los que no se debilitan ni restringen las operaciones de la aprehensión, la audición y la masticación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.— Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luís Gutiérrez Jiménez).

Vistos:

Por sentencia de fecha doce de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, el Tribunal Superior de Manizales condenó a Luis Alfonso Molta G., a las penas principales de dos años de presidio y multa por valor de doscientos pesos, comó responsable del delito de lesiones personales ocasionadas a Julio César Rincón.

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, el cual le fue concedido. El demandante presentó ante la Corte la respectiva demanda y en ella invoca, las causales cuarta y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala procederá al estudio de las causales invocadas por el actor, en el orden en que aparecen sustentadas en su escrito de demanda.

Causal Cuarta. Nulidad del Juicio

Esa causal se fundamenta en la forma siguiente:

"En el caso de autos la incapacidad del ofendido Julio César Rincón fue de ocho días, no le quedó defecto físico, ni lesión de carácter permanente apreciable en derecho y en justicia. La H. Corte Suprema dijo en casación de 31 de mayo de 1943. LV. 365: "Perturbación funcional de un órgano o miembro es la limitación o supresión de una función". En el caso que nos ocupa no ha habido limitación funcional del miembro superior derecho, o es tan pequeña la limitación de la función, que no debe tenerse en cuenta al aplicar la ley, pues el legislador partió de la base de que los administradores de la justicia eran probos, inteligentes y justos".

Con esta base, el demandante considera que el competente para conocer de este negocio era el Juez Municipal y no el Juez de Circuito, al tenor de lo establecido por el artículo 48, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal, pues en casos como el presente, sólo debe tenerse en cuenta para efectos de la jurisdicción y competencia, la sola incapacidad sufrida por la víctima y no las consecuencias que a ésta le hubieran dejado las lesiones.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, fundado en los reconocimientos que la Oficina Médico Legal de Manizales practicó a la víctima del ilícito y en que de acuerdo con ellos, ésta sufrió además de la incapacidad para trabajar de ocho días, una perturbación funcional del miembro derecho, de carácter permanente, sostiene que no era de aplicación el inciso 1º del artículo 48 del Código de Procedimiento Penal, señalado por el actor, para determinar la competencia en este proceso y por consiguiente, la causal cuarta de casación no tiene operancia en el caso presente.

Se considera:

Aparece de las constancias procesales que el ofendido Julio César Rincón, en los hechos que han sido materia del proceso sufrió dos heridas: una de arma cortante sobre la ceja izquierda, que le interesó la piel, y otra de arma de fuego cuyo proyectil penetró por la cara anterior o palmar de la primera falange del dedo índice derecho, sin orificio de salida.

En el segundo reconocimiento que la Oficina Médico-Legal de Manizales le practicó a Rincón, se lee:

"JULIO CESAR RINCON está curado de las heridas a que alude el primer dictamen.—Después de observar tratamiento médico adecuado, la incapacidad definitiva fue de **ocho días** (8). Dentro de sesenta días diremos si le quedan consecuencias". (Folio 7º).

Veintidós días después dijeron los mismos peritos:

"Le quedó (a Rincón) una disminución de la capacidad funcional de la 1ª articulación interfalangena de dicho dedo, de un 2%, de carácter permanente". (Flio. 13).

Estos conceptos establecen en una forma clara y precisa, que el ofendido Rincón a consecuencia de las lesiones recibidas tuvo dos secuelas: una incapacidad definitiva para trabajar de ocho (8) días, y una perturbación funcional de carácter permanente, del miembro derecho.

Como lo sostiene la Procuraduría, estos dos resultados de las lesiones no pueden confundirse en una sola consecuencia —la incapacidad—, como lo pretende el demandante, porque la naturaleza de los hechos y la prueba pericial, están en oposición con ese punto de vista.

En diversas ocasiones, la Sala de acuerdo con la Procuraduría, ha sostenido que cuando se causa una lesión o herida en el organismo humano, la primera consecuencia que se observa en el ofendido es la incapacidad para trabajar como antes, que se traduce en el tiempo que éste necesite para recuperar su salud y volver a ocuparse de sus labores ordinarias. De ahí, que la incapacidad se defina en Medicina Legal como "el tiempo necesario que se requiere para hacer entrar la parte enferma en las condiciones que constituyen la salud".

Pero aparte de la incapacidad para trabajar, pueden producir las lesiones otros trastornos mediatos o inmediatos que causan alteraciones en la anatomía y estética del cuerpo, y en este caso, la ciencia y el estatuto represivo los llaman deformidad física o bien perturbación funcional, cuando afectan un órgano o miembro. En estos casos, pueden presentarse a un mismo tiempo la incapacidad, la deformidad y la perturbación funcional, como en la amputación de un miembro, en la pérdida de los ojos, en la anquilosis de los dedos de la mano, etc.

Por eso la ley penal a fin de evitar un exceso en la determinación de la pena, cuando se presentan varias secuelas como resultado del mismo acto lesivo de la integridad personal, tiene en cuenta únicamente el daño mayor que produzcan las heridas y establece en el artículo 377:

"Cuando además de la enfermedad o incapaci-

dad las lesiones produzcan alguno o algunos de los resultados a que se refieren los artículos anteriores, sólo se impondrá la pena más grave".

De acuerdo con este texto legal, la tesis del demandante sobre la absorción de la perturbación funcional leve en la incapacidad para trabajar, carece de asidero en las normas penales y por lo mismo debe rechazarse.

Acerca del mismo tema, la Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

"La tesis de que la incapacidad para trabajar se confunde con la perturbación, cuando ésta es transitoria o de corta duración, no puede aceptarse en la exégesis de la legislación penal que rige, porque de ser de otra manera las demás secuelas de la lesión perderían su existencia autónoma, que la ley consagra, para reducirlas arbitrariamente a un común denominador, que sería la simple incapacidad de trabajo que todas ellas comportan, en mayor o menor grado, y que no impide tenerlas en cuenta para graduar la penalidad, según se manifiesten en cada caso particular.

"De no ser ello así, habría que formar un cuadro de incapacidades, clasificándolas por categorías, señalando cuáles pueden admitir dicha confusión, porque no sobrepasaron en mucho la duración de la simple incapacidad para trabajar, y cuando sucede lo contrario porque el tiempo que duró la perturbación o cualquiera otra de las consecuencias de la lesión, resulta igual o más largo que la incapacidad, dosimetría de las lesiones que no autoriza el Código Penal.

".....el fenómeno de la incapacidad funcional debe considerarse independientemente de cualquiera otra consecuencia proveniente de la lesión. Como se ha visto, los dos términos son diferentes desde el punto de vista científico y también jurídico, y, por lo mismo, no es posible confundirlas por la simultaneidad de resultados frente a cada caso penal". (Casación de Alejandro Vásquez Trujillo.—Sentencia de 18 de julio de 1952.—G. J., 2116 y 2117, página 698).

En relación con el argumento de que en el presente caso, no hubo limitación funcional del miembro superior derecho, por ser tan pequeño el defecto que le quedó al lesionado en el dedo índice, esta manera de apreciar las consecuencias del hecho, también es inadmisible.

La ley penal emplea los vocablos "órgano" y "miembro" en sentido funcional, para los efectos penales y no en sentido anatómico y por eso, dice en el artículo 374, "si la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro....", "si la perturbación funcional o psíquica fuere permanente....", de suerte que, está refiriéndose a las perturbaciones en las funciones producidas por el hecho de las lesiones y no a los casos en que la lesión causa solamente trastornos en los elementos anatómicos que integran el órgano o miembro, sin que tengan capacidad para alterar la función de éstos, situaciones en las cuales sería inaplicable el artículo 374 del Código Penal. Esto tendría lugar en los ejemplos que presenta el señor Procurador Delegado en lo Penal, en la simple pérdida de la yema de un dedo, en un ligero desgarramiento del pabellón de la oreja, en la pérdida de un diente, etc., en los que no se debilitan ni restringen las operaciones de la aprehensión, la audición y la masticación.

"A **contrario sensu,** —dice la Procuraduría—, si la lesión ataca, limitándolo el ejercicio propio de la actividad fisiológica del órgano o miembro vulnerados —como en el caso de autos—, el hecho cae bajo las sanciones del artículo 374, aunque los tejidos de que se componen aquéllos no fueran interesados en su totalidad, sino parcialmente".

Por lo tanto, con base en las ideas expuestas y de acuerdo con los dictámenes periciales, como la víctima del delito sufrió ocho días de incapacidad para trabajar, y le quedó además, una perturbación funcional del miembro derecho, de carácter permanente, para efectos de la jurisdicción y competencia no tiene cabida en el caso de autos la aplicación del mencionado artículo 48, inciso 1º, del Código de Procedimiento Penal y por lo mismo, la causal de nulidad alegada, por incompetencia de jurisdicción, no puede prosperar.

Causal Primera.—Violación de la ley penal

El actor sustenta la causal primera de casación, así:

"La sentencia del Tribunal es violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, pues a Molta se le aplicó el artículo 374 del Código Penal, en lugar del 373 de la misma obra, pues la disminución de la capacidad funcional de la primera articulación interfalangena del dedo índice que sufrió Rincón, no puede considerarse en ningún caso como una perturbación funcional de un miembro y cuando más, podrá ser una deformidad física".

Lo transcrito, indica que el demandante plantea el problema relacionado con la violación de

la ley penal en la sentencia de segunda instancia, pero no demuestra esa violación, lo que ha debido hacer, por no tratarse de una tercera instancia.

De otro lado, ya se demostró que para la aplicación del artículo 374 del estatuto represivo, sólo se necesita que se altere la función propia del órgano o miembro, por causa de las heridas recibidas.

La hipótesis de la deformidad física a que alude el demandante, es inadmisible en el caso de autos, porque la pericia Médico-Legista no afirmó esa consecuencia, sino la relativa a la perturbación funcional del miembro superior derecho. Aún más, en la hipótesis de que como resultado de las lesiones le hubiera quedado también a la víctima aquella deformidad, prevalecería para efectos de la determinación de la sanción la perturbación funcional, de acuerdo con el artículo 377 del Código Penal.

Por consiguiente, la causal primera de casación invocada por el demandante, tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha doce de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, por la cual condena a Luis Alfonso Molta G., a la pena principal de dos años de presidio y multa por valor de doscientos pesos, como responsable del delito de lesiones personales porque se le ha procesado en este negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.— Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.— Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE REQUIERE DE APODERADO QUE SEA ABOGADO INSCRITO, PARA FORMULAR LA SOLICITUD DE REHABILITACION

La solicitud de rehabilitación puede comprenderse dentro del principio general de petición que consagra el artículo 45 de la Carta y, por tanto, el propio interesado puede formularla, sin necesidad de requerir los servicios de abogado inscrito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.— Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

A José Joaquín Urrea Salazar se le impuso por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en sentencias del 6 de octubre de 1935 y 11 de julio de 1939, respectivamente, la pena principal de seis meses de prisión y las accesorias consiguientes, entre ellas, "la interdicción del ejercicio de funciones públicas por un período igual al de la pena principal", como responsable del ilícito denominado "De los abusos deshonestos".

En la misma providencia se suspendió la ejecución de la sentencia "en lo que se refiere a la pena corporal por un período de prueba de dos años".

Ante el Tribunal Superior de Manizales y con fecha 12 de febrero de 1951, el sentenciado Urrea Salazar solicitó la rehabilitación de los derechos políticos, petición que le fue negada en auto de 20 de junio del mismo año y contra el cual interpuso éste el recurso de apelación que le fue concedido, en virtud de lo cual revisa la Corte el auto aludido.

Tuvo fundamento esta negativa en el hecho de que no se acompañaron a la petición los certificados de registro penal que debían expedir los Jueces Superiores y Penales del Circuito, requisito que es de rigor conforme lo preceptúa el artículo 683, inc., 5º del Código de Procedimiento Penal, y no obstante habérsele hecho saber oportunamente la carencia en los autos de tal requisito.

Al tramitar en la Corte el incidente de alzada, se observó la carencia en los autos de las pruebas o requisitos indispensables en estos casos a que aluden los incisos 2º, 4º y 5º del artículo 683 del Código de Procedimiento Penal citado y en atención a que esas pruebas incumben exclusivamente al interesado, se le fijó el término de diez días para que las presentara, sin que así lo efectuara, no obstante la notificación personal que se le hizo de la providencia que tal cosa ordenó, como consta a folio 5 vto., del cuaderno de la Corte.

Se considera:

Para que la solicitud de rehabilitación de derechos y funciones públicas pueda prosperar, es necesario que se acompañen los documentos o comprobaciones a que se refieren los incisos 1º y 6º del artículo 683 del Código de Procedimiento Penal.

Varias de estas exigencias se cumplieron en el caso de autos, pero se echaron de menos otras y es lo cierto que ni al Tribunal de la instancia, ni luego a la Corte, se allegaron esos elementos de prueba. Y como precisamente por no haberse cumplido con la formalidad de presentar la totalidad de los documentos o pruebas que el caso requiere, fue por lo que el Tribunal negó lo pedido por Urrea Salazar, la providencia apelada es procedente y debe, en consecuencia, mantenerse en firme.

El señor Procurador Delegado al descorrer el traslado legal, manifiesta que la Corte debe inhibirse de conocer del negocio por no aparecer constancia alguna de que el actor sea abogado inscrito; que conforme al mandato constitucional y legal, nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no se cumple esa formalidad.

Anota la Procuraduría las excepciones en que el procesado puede intervenir en negocios de esta naturaleza sin necesidad de apoderado, sin que dentro de ellas se encuentre la concerniente a la

rehabilitación de los derechos y funciones públicas.

Al respecto se considera:

Sería extremar demasiado, con mengua de la justicia que sacrificaría su existencia a simples formalidades, el considerar que la solicitud de rehabilitación fuera hecha por medio de abogado inscrito o de no ser así no poder acceder a ella.

Cree la Corte que esa petición puede comprenderse dentro del principio general de petición que consagra el artículo 45 de la Carta y que por tanto, el propio interesado puede formularla, sin necesidad de requerir los servicios de abogado inscrito.

El artículo 1° de la Ley 63 de 1945 que sustituyó al 681 del Código Procesal Penal, dice claramente que la concesión de rehabilitación de derechos y funciones públicas la otorga el Tribunal Superior (Sala Penal) del Distrito Judicial en donde se hubiere dictado la sentencia de primera instancia **previa solicitud del condenado.**

A esta expresión legal debe dársele el alcance obvio que tiene, en el sentido de que la solicitud no exige más requisitos que los que el artículo 683 del Código de Procedimiento Penal señala y que su petición puede hacerla al interesado en la rehabilitación.

Es verdad que la ley reglamentaria de la profesión de abogado (69 de 1945), que desarrolló el precepto contenido en el artículo 40 de la codificación constitucional vigente, correspondiente al artículo 71 del Acto Legislativo N° 1° de 1945, contiene una serie de excepciones a aquel mandato, entre las cuales de modo expreso, como lo observa la Procuraduría, no está la de solicitar la rehabilitación de derechos y funciones públicas.

Pero también es cierto que entre aquellas excepciones allí consagradas, se encuentra la contenida en el parágrafo letra f), en el cual se consigna expresamente la facultad de ejercitar el simple derecho de petición del artículo 45 de la Constitución Nacional. De donde cabe deducir que como se le ha dado tal carácter al hecho de pedir la rehabilitación el condenado, esa facultad puede quedar comprendida entre las excepciones en la Ley 69 de 1945.

De otra parte, no puede dársele el carácter de demanda en el sentido jurídico de la expresión, a la sencilla y simple solicitud para la rehabilitación. Los requisitos que la ley exige es que se establezcan ciertas pruebas que enumera de modo taxativo. Cumplida esta formalidad, la petición debe ser escuchada por la entidad a quien corresponde por ley resolverla, porque sería hacer nugatorio en la generalidad de los casos un derecho tan sagrado como el de la capacidad civil o categoría de ciudadano si para conseguirlo cuando se ha perdido por sentencia condenatoria penal se exigiera un requisito que por incidir sobre las posibilidades económicas de quien solicita el beneficio de rehabilitación no pudiere ejercer tal facultad por carencia de medios para constituír un apoderado. Salta a la vista que el ejercicio de esa prerrogativa se haría írrito, constituyendo de esta suerte una desigualdad ante la ley que se opone a los principios constitucionales y a todas las normas de equidad.

En atención a lo expuesto, no es pues, el caso de atender la petición del Ministerio Público, en el aspecto que se estudia.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto de fecha veinte de junio de mil novecientos cincuenta y uno por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales negó a José Joaquín Urrea Salazar la rehabilitación de los derechos políticos, que es materia del recurso de alzada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.—Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez.—Julio E. Argüello, Secretario

RARA VEZ LA CORTE PODRA DESCONOCER EN CASACION LO DECIDIDO EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA ACERCA DE LA CONDENA CONDICIONAL. — CUANDO EL TRIBUNAL APOYA SU DECISION EN UN CONJUNTO DE PRUEBAS, EL RECURRENTE, PARA QUE PUEDA PROSPERAR LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION, DEBE ATACAR TODO EL HAZ PROBATORIO

1-Cuando la existencia del delito la deduce el Tribunal de pluralidad de elementos de convicción, que se concatenan y refuerzan entre sí, es un deber del demandante atacar todo ese haz probatorio, para que sea viable la causal segunda de casación en juicios en que no ha intervenido el jurado, mayormente tratándose de una tesis tan radical y decisiva como la referente a no haber existido la infracción.

2-La Corte ha sentado que fuera de las nulidades a que se refieren los artículos 198 y 199 del C. de P. P., existen otras de carácter sustancial, llamadas constitucionales, porque violan el artículo 26 de la Carta. Empero estas últimas son aceptables sólo en situaciones excepcionales, cuando la irregularidad cometida es tan grave que quebranta las bases de defensa, o perjudica notablemente a otra de las personas que intervienen en el proceso. Es decir, cuando la anomalía influye decisivamente en el desenlace de la acción penal y causa un daño evidente a quien alega la nulidad.

3-La condena condicional, por medio de la cual se confiere al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, está sujeta a los requisitos enumerados en el artículo 80 del estatuto represivo, pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término, somete a la convicción de éste la solución del problema, es decir, a algo muy íntimo y subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte, en el recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la sentencia fechada el día veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, condenó a Jorge Marín Pinzón a las penas de un año de prisión y multa de diez pesos a favor del Estado, como responsable del delito de estafa en el patrimonio económico de Manuel Vicente Benavides Duque.

El doctor Ismael Rincón Zamudio, en su carácter de defensor del acusado interpuso el recurso de casación contra el fallo, el cual le fue concedido. El recurso fue tramitado de acuerdo con las normas procesales, y habiéndose presentado la demanda oportunamente, ha llegado el momento de resolver lo que fuere legal.

Corrido el traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, solicita que no se case la sentencia, porque las causales invocadas en la demanda no tienen adecuada justificación.

Hechos:

Refieren los autos que en el mes de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, el empleado de la casa comercial "J. Glottman", Marco Aurelio Huertas Ramírez, refirió a su compañero de trabajo, el denunciante Manuel Vicente Benavides Duque, que se había encontrado con un amigo, de apellido Fernández, que ofrecía para la venta una mercancía, consistente en billetes de banco. Intrigado Benavides con el negocio que consideró tan brillante, pues se recibía el doble del precio que se pagaba por la susodicha mercancía, examinó en dos ocasiones las muestras presentadas por Huertas, y finalmente aceptó una entrevista con el agente vendedor de los billetes. Efectivamente, en las horas de la tarde del día siete de agosto de aquel año, los tres personajes tuvieron una entre-

vista, y en ella, Benavides aceptó entrar en el negocio de compraventa de billetes. En posterior conferencia, se convino que aquél entregaría a Fernández la suma de seis mil pesos a cambio de doce mil. Días después resolvieron los contratantes perfeccionar el negocio pactado, y con tal objeto, emprendieron viaje a la población de Tocaima el viernes, veinticuatro de agosto, hospedándose en el "Hotel Charry" En esa población dieron algunas vueltas por el poblado, libaron algunas cervezas, hablaron otra vez sobre las excelencias del negocio y finalmente, convinieron que en forma discreta el comprador entraría al sitio del mismo "Hotel Charry", en donde el vendedor conservaba la mercancía. Avisado por señas Benavides, penetró a una habitación oscura, en donde Fernández abrió una maleta de viaje, extrajo tres paquetes envueltos en papel verde, y rompiendo uno de éstos, le puso de presente la "mercancía", consistente en billetes negros. Finalmente, se hizo el experimento encaminado a restaurar la calidad primitiva de la mercancía, escena que la víctima relata en los siguientes términos:

"...Cogió un plato, sacó un frasco, echó el contenido en el plato, yo lo estaba mirando; pero me dijo que le alcanzara un maletín que estaba atrás, puesto a su acomodo; en ese momento oí el crujir del papel e hizo el cambio de billetes, consistente en echar dentro del plato dos billetes buenos, pintados, a los cuales se les fue la pintura, luego los lavó y secó. Esa solución expedía un olor muy penetrante. Posteriromente me mostró los billetes negros y me manifestó que si me gustaba la calidad, a lo cual yo le contesté que estaban perfectos. Inmediatamente me dijo que esos paquetes contenían la cantidad de trece mil pesos en billetes de veinte pesos cada uno, y me dijo, con respecto a la solución que a ellos no les mandaban sino esa cantidad, para hacer la demostración, que él tan pronto se desocupara en el arreglo de la otra mercancía entregada en Agua de Dios, Girardot y Armero, estaría de regreso el martes a las siete de la noche para que yo lo llevara a la casa y arreglarme el resto de los billetes, pero que le tuviera listos bastantes periódicos y un platón de aluminio bien grande. Luego me pidió el dinero, yo se lo entregué en los tres sobres, me entregó los paquetes que él tenía y me dijo que me fuera en el primer bus que él no me quedaba mal. Yo salí de allí con el paquete que me había entregado, compré el tiquete y me regresé en el bus de las doce del día".

Actuación procesal:

Abierta la correspondiente investigación, se practicaron pruebas de distinta naturaleza, la testimonial, la documental, la inspección ocular y la prueba pericial. Con base en ellas, que individualmente consideradas no constituían por sí, sino un indicio sobre la existencia del delito y de la responsabilidad, se agruparon y relacionaron entre sí, hasta formar la plena prueba de los elementos básicos de la materialidad del hecho delictuoso, lo mismo que de la imputabilidad y responsabilidad. Culminó el proceso en la sentencia de primera instancia proferida por el señor Juez 5º Superior de Bogotá, que lleva fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, por la cual condenó, tanto a Jorge Marín Pinzón como a Marco Aurelio Huertas Ramírez, a la pena de dos años de prisión, multa de doscientos pesos y a las accesorías correspondientes, por el delito de estafa, reputando al segundo de aquéllos como cómplice necesario del mismo delito. Interpuesto el recurso de apelación contra esta sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo que lleva fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, reformó la condena contra el procesado Jorge Marín Pinzón, reduciendo la pena a un año de prisión y multa de diez pesos y revocó la condena contra Marco Aurelio Huertas Ramírez, absolviéndolo de los cargos que se le hicieron en el curso de la investigación.

La demanda:

El actor invoca como causales de casación la cuarta, primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se estudiarán en el mismo orden en que lo hace la Procuraduría.

Causal Segunda. Errónea apreciación o interpretación de los hechos

Sostiene el recurrente que en el curso de la investigación no llegó a producirse la prueba demostrativa del cuerpo del delito de estafa y que especialmente, se echa de menos la prueba de la entrega del dinero por la víctima de la infracción penal. Considera que el Tribunal en la sentencia recurrida, dió a los testimonios de Luis Alfredo Guevara Sánchez y Jorge Enrique Alvarez, un valor que no tienen, pues interpretó erróneamente las afirmaciones consignadas por tales declarantes.

Los motivos de acusación, por dicho aspecto, contra el fallo en referencia, los expone en la forma siguiente:

"Estas declaraciones tienen una importancia excepcional en el proceso y el valor que se les atribuya define un punto esencial, como quiera que con ellas se pretende establecer el elemento ENTREGA sin el cual no puede hablarse del delito de estafa. En efecto, el tercer elemento del delito de estafa consiste en la relación de causalidal entre el empleo de las maniobras y la entrega de la cosa.

"Dice la sentencia objeto del recurso al folio 34 del cuaderno 3º lo siguiente: "Debidamente acreditado, según se vió en el resultando segundo de esta providencia, está el hecho de que MANUEL VICENTE BENAVIDES DUQUE retiró de dos instituciones bancarias de esta capital la suma de cinco mil trescientos pesos moneda corriente, lo que hizo en los días 21 y 23 de agosto del año próximo pasado, fuera de que los declarantes LUIS ALFREDO GUEVARA SANCHEZ y JORGE ENRIQUE ALVAREZ dan cuenta de la capacidad económica del mencionado Benavides Duque, permite aceptar sin escrúpulos que éste, seguramente, tuvo en su poder el dinero a que se refiere, o sea la cantidad de seis mil pesos.

"Que el denunciante retiró de dos instituciones bancarias unos dineros es un hecho no probado plenamente, sino puesto de presente con el extracto (sic) de dos cuentas bancarias, sin que ello signifique cuál fue la destinación que se le dió a ese dinero.

"Decir que con las declaraciones de los citados testigos se puede aceptar que seguramente tuvo en su poder el denunciante el dinero, es interpretar erradamente los hechos, porque los citados testigos no dicen eso que se les atribuye en la sentencia recurrida. Al efecto, lo que tales caballeros afirman es completamente distinto a lo que quiso (sic) entender el Tribunal.

"Al folio 12 del cuaderno primero Alfredo Guevara Sánchez dice sobre el particular:

"Preguntado: Sírvase decir si usted sabe qué cantidad de dinero tiene el señor Benavides? Contestó: NO SE QUE CANTIDAD DE DINERO TENGA....".

"En otro aparte de la misma declaración afirma lo siguiente: "Sí señor, siempre lo ha manejado como de su propiedad y de POSIBILIDADES siempre las ha tenido como muy buenas".

"Este declarante no declara como lo pretende el Tribunal en su sentencia, sino que muy al contrario afirma no saber el dinero que el señor Benavides tenía.

"En cuanto dice relación al testigo Jorge Enrique Alvarez, al folio 12 —vuelto— del cuaderno primero, simplemente se limita a decir que sabe que el denunciante tenía cuentas corrientes en dos bancos de la ciudad. De esta afirmación a lo que entendió o mejor a lo que le atribuyó el Tribunal en la sentencia media una gran diferencia. No se puede concluír que una persona fue estafada en la suma de seis mil pesos por el simple hecho de que tenga cuenta en los bancos.

"Que los hechos fueron apreciados erróneamente, lo demuestra el hecho de que no existiendo prueba que acredite la entrega real, sin embargo se afirma que hubo entrega".

Se contesta:

Aparece de autos que durante la investigación se practicaron diversas pruebas, en orden a establecer la existencia del delito y la responsabilidad de sus autores. Se buscó la prueba testifical, la confesión, la inspección ocular, la prueba documental y finalmente la prueba pericial. De suerte que, el conjunto probatorio fue muy variado y sobre éste se basó la afirmación de la existencia de los elementos fundamentales del ilícito investigado. Y no podía ser de otra suerte, porque en tratándose de delitos contra la propiedad y muy especialmente de la estafa, delito técnico e intelectual por excelencia, el delincuente procede con el máximo de seguridades que le garanticen la impunidad. Por eso, en la generalidad de los casos, aquellas pruebas tomadas aisladas e individualmente no tienen capacidad probatoria suficiente para acreditar el delito, pero tomadas en conjunto el resultado es absolutamente diverso. En esos casos, no es la prueba testifical, ni la confesión, ni la documental, ni la pericial, la que forma el criterio del juzgador, sino la prueba indiciaria en la cual en definitiva se comprenden todas las demás pruebas, como lo enseña la técnica moderna probatoria. De los hechos, a veces inocentes, revelados por cada tipo de pruebas, por enlazamiento lógico se llega al objetivo final, es decir, a la presencia del delito y de la responsabilidad con cargo a determinada persona.

En el caso de autos, se observa que el Tribunal no tuvo en cuenta solamente las declaraciones de Guevara Sánchez y Alvarez, para dar por establecida la entrega de los seis mil pesos, sino que arribó a esta conclusión fundado en una serie de

hechos establecidos por las demás pruebas. Sobre esto, dice textualmente la sentencia de segunda instancia:

"Por lo que hace a la entrega del dinero por parte de Benavides Duque a Marín Pinzón, es cuestión que se estudiará luego, toda vez que al decir de aquél, no hubo testigos presenciales de la ocurrencia, dependiendo entonces su apreciación de factores o elementos de índole diferente".

Los elementos de prueba en que basa sus conclusiones el Tribunal, fueron analizados minuciosamente por éste, según aparece a los folios 30 a 33 del cuaderno tercero del proceso, sin que el recurrente hubiera hecho la menor observación, con lo cual se apartó manifiestamente de la técnica del recurso, que en relación con la causal que se examina le impone una revisión total del acervo probatorio.

Sobre este punto, la Sala está de acuerdo con su colaborador, quien dice en su concepto:

"Además, las declaraciones cuestionadas las apreció el Tribunal, unidas al retiro de fondos de las cuentas bancarias de Manuel Vicente en los días inmediatamente anteriores a la estafa, de lo cual dedujo la propiedad y preexistencia del dinero en poder de Benavides Duque, y la entrega a Jorge Marín Pinzón.

"Cuando la existencia del delito la deduce el Tribunal de pluralidad de elementos de convicción, que se concatenan y refuerzan entre sí, es un deber del demandante atacar todo ese haz probatorio, para que sea viable la causal segunda de casación en juicios en que no ha intervenido el jurado, mayormente tratándose de una tesis tan radical y decisiva como la referente a no haber existido la infracción.

"Por lo demás la Corte, en sentencia de fecha 22 de abril de 1952, ha dicho lo siguiente: "Si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado" y en la sentencia de 16 de octubre de 1946, aquella misma entidad sostuvo lo siguiente: "La invocación de la causal segunda y su adecuada sustentación implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso".

Lo dicho basta para concluír, que la causal invocada y que se ha examinado, no tiene operancia contra la sentencia recurrida y no puede prosperar.

Causal Cuarta. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Sostiene el demandante que la sentencia de segundo grado se dictó sobre un juicio viciado de dos informalidades procedimentales, a saber: no haberse notificado a la parte civil el auto que decretó unas pruebas y haberse omitido la misma formalidad respecto de la sentencia de primer grado.

Se alega que los autos o sentencias que no se hayan notificado personalmente pasados dos días de la fecha del pronunciamiento, se notificarán, respectivamente, por estado o por edicto. Se agrega que, tales notificaciones deben hacerse en la forma ordenada por los artículos 310 y 309 del Código Judicial, a virtud del mandato contenido en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal; que al folio 210 del cuaderno principal, se halla el auto por medio del cual se ordenó la práctica de unas pruebas y ese auto no se halla legalmente notificado, porque no se notificó a la parte civil, ni personalmente ni por estado; que no hay constancia en el expediente de que la sentencia pronunciada por el señor Juez Quinto Superior, fechada el veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, se haya notificado personalmente ni por edicto, al representante de la parte civil y se concluye, que estas omisiones procedimentales engendran una nulidad clara y manifiesta, pues no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, como lo exige el artículo 26 de la Constitución Nacional, que prevé las nulidades de orden constitucional.

Se contesta:

En relación con la causal cuarta, lo primero que se observa es que las informalidades anotadas por el actor, dicen relación o se refieren a la parte civil, quien no es recurrente en casación y por lo demás, aquél carece de poder para representarla ante la Corte.

De otro lado, en materia de notificaciones, los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, enumeran taxativamente los casos en que la omisión de aquéllas produce nulidad en la actuación y el caso invocado por el demandante, no encaja dentro de ninguna de esas reglamentaciones.

La Sala ha sostenido que además de los casos enumerados en las normas mencionadas, existen

nulidades excepcionales conocidas con el nombre de nulidades constitucionales, que son aquellas que en algún sentido pueden afectar o mermar las garantías que la Carta consagra para los ciudadanos que comparecen ante la Justicia o bien porque puedan socavar las bases sobre que descansa la organización judicial, situaciones éstas que no se contemplan en el presente caso. Y está en lo cierto el señor Procurador Delegado en lo Penal, al decir en su concepto:

"Cierto es que la H. Corte ha sentado que, fuera de las nulidades a que se refieren los artículos 198 y 199 antes citados, existen otras de carácter sustancial, llamadas constitucionales, porque violan el artículo 26 de la Carta. Empero estas últimas son aceptables sólo en situaciones excepcionales, cuando la irregularidad cometida es tan grave que quebranta las bases de la organización judicial o lesiona el derecho de defensa, o perjudica notablemente a otra de las personas que intervienen en el proceso. Es decir, cuando la anomalía influye decisivamente en el desenlace de la acción penal y causa un daño evidente a quien alega la nulidad".

En consecuencia, como nada de lo dicho antes se ha demostrado y el actor carece de personería para alegar las irregularidades que hacen referencia a la parte civil, no hay base legal para que se reponga lo actuado y la causal aducida pueda prosperar.

Causal primera. Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma

El cargo lo concreta el recurrente en haberse negado al procesado Jorge Marín Pinzón el beneficio de la condena condicional, estando satisfechos los requisitos señalados por el artículo 80 del Código Penal.

En el libelo se dice:

"No se puede hablar de motivos determinantes, cuando ni siquiera se hallan probado los elementos que configuran el cuerpo del delito, cuando el objetivo no se halla plenamente acreditado es por lo menos ligero.

"A nadie se le ha ocurrido afirmar que por el hecho de que una persona sea solvente económicamente y además que no registre antecedentes por haberse dedicado al trabajo, ello significa que es hombre peligroso y que los motivos determinantes de un delito, no probado, se le pueden imputar para catalogarlo como peligroso y de que además llegará a delinquir".

Se considera:

El Tribunal en la sentencia de segunda instancia, reconoce que Marín Pinzón ha observado buena conducta, pues no registra antecedentes judiciales ni de policía. No obstante agrega:

"....por lo que respecta a la petición subsidiaria de la condena condicional, la Sala estima que ella no puede otorgarse por concurrir una circunstancia que contraría el espíritu del artículo 80 del Código Penal, cual es la relativa a los motivos determinantes de la infracción. En efecto, si se considera que Jorge Marín Pinzón, según su propio dicho, es persona de medianos recursos económicos y que carece de obligaciones distintas de las suyas propias, no puede entenderse que al estafar a Benavides Duque en la apreciable suma de que hablan los autos, lo guiaran motivos abominables o generadores de un principio de excusa. En estas condiciones, pues, no surge convicción que dicho sujeto no sea peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir".

La condena condicional, por medio de la cual se confiere al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, está sujeta a los requisitos enumerados en el artículo 80 del estatuto represivo, pero en el otorgamiento de esa gracia la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término somete a la convicción de éste la solución del problema, es decir, como lo dice el Procurador, "a algo muy íntimo y subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte en el recurso extraordinario de casación". Por eso, esta entidad ha dicho en otras ocasiones que "será difícil separarse de lo resuelto por el Juez de la causa, pues por más que están especificadas las condiciones de su otorgamiento (de la condena condicional), ellas están sujetas a su convicción", vale decir, a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha debido estar en contacto directo con el infractor". (Fallo de 9 de febrero de 1948. G. J., Nos. 2057, 2058, página 870).

Y el Tribunal encontró, que los motivos determinantes que impulsaron al delincuente a la comisión del ilícito, no tuvieron origen en una necesidad de orden económico o en motivos de cierta entidad y nobleza, sino en motivos antisociales inspirados en la codicia y el afán de lucro, en el deseo de enriquecerse a costa del patrimonio ajeno. No fueron, pues, arbitrarias las razones que aquél tuvo en cuenta para negar al senten-

ciado el subrogado penal de que habla la demanda.

Por lo tanto, no existen fundamentos aceptables, para que la causal examinada pueda ser aceptada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, por la cual condena a Jorge Marín Pinzón, a las penas principales de un año de prisión y multa de diez pesos a favor del Tesoro del Estado, y le niega la gracia de la condena condicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.—Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre. — Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO EL ABANDONO DEL CARGO O EMPLEO PUBLICO CONFIGURA DELITO

La ley penal sanciona en su artículo 178 el abandono del cargo o empleo que desempeña un funcionario o empleado público, cuando proceda en esta forma sin causa justificativa. Pero en el caso de que existan circunstancias graves que le impidan concurrir a su despacho en los días reglamentarios, su conducta se justifica, porque ha sido el resultado de factores extraños a su voluntad, que dan lugar a la inexistencia del dolo o de la culpa, desnaturalizándose la infracción que es objeto de la imputación.

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

(Magistrado Ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, con fecha tres de junio pasado, sobreseyó definitivamente en este proceso a favor del doctor Alfredo Alarcón Pimiento, ex-Juez Civil del Circuito de Zapatoca, por el delito de abuso de autoridad de que aparece sindicado y consulta esta determinación a la Corte.

Hechos:

Aparece de autos que el Personero Municipal de Zapatoca, con fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, presentó denuncia contra el doctor Alfonso Alarcón Pimiento, por entonces Juez del Circuito en lo Civil de aquella ciudad, por el hecho de haberse ausentado de la sede del juzgado, el día cinco de noviembre de dicho año y haber prolongado esa ausencia por más de diez días, sin haber solicitado u obtenido licencia de la autoridad correspondiente.

En orden a comprobar el hecho objeto de la denuncia, se trajeron al expediente las copias del Acuerdo de nombramiento del doctor Alarcón Pimiento para el cargo de Juez Civil del Circuito de Zapatoca; del acta de posesión respectiva y una certificación del Alcalde de esta ciudad, según la cual, aquel abogado ejercía tales funciones en el mes de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve y no había solicitado licencia para separarse del ejercicio de las funciones de su empleo en el tiempo a que se refiere el denuncio. (Flio. 4v., y 7v., y 5v. Cuad. 1º).

En relación con la imputabilidad del hecho investigado, el señor Teófilo Bermúdez, Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Zapatoca en el tiempo a que se refiere la denuncia, declara bajo juramento, que era Secretario del Juzgado desempeñado por el doctor Alfonso Alarcón Pimiento y éste en el año de mil novecientos cuarenta y nueve, después del cuatro de noviembre, sin que recuerde la fecha con precisión, se retiró para la ciudad de Bucaramanga en donde tenía residencia su familia y permaneció ausente hasta el primero o dos de diciembre del mismo año, y que le consta que esta ausencia la motivó, su seguridad personal, a causa de la situación política que se presentó, pues decía que se le profesaba odiosidad por algunas personas del lugar a causa de su filiación política y que en verdad el testigo oyó comentarios de algunas personas que no lo querían. Dice también, que el doctor Alarcón Pimiento le manifestó, que le había hecho saber al Gobernador del Departamento, que permanecería al frente de su despacho mientras hubiera en Zapatoca guarnición del ejército, pero cuando ésta se retirara, tendría que ausentarse en defensa de su persona y que precisamente cuando dicho funcionario se ausentó, la tropa que prestaba servicio fue trasladada a otro lugar.

Indagado el sindicado Dr. Alarcón Pimiento, manifestó que ejercía el cargo de Juez Civil del Circuito de Zapatoca en la fecha a que se refieren los autos, cargo que tuvo que renunciar a causa de las constantes amenazas de que fue objeto y de la violencia por parte de la policía; que el día cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve en virtud de una llamada urgente

de su familia viajó a Bucaramanga debido a la enfermedad de su señora y como sabía que algunos elementos de Zapatoca lo tenían en lista para asesinarlo y el juzgado estaba prácticamente paralizado, pues los abogados que tenían negocios no volvieron, estimó que podía demorarse mientras se normalizaba la situación; que no recuerda la fecha precisa de su regreso a asumir el cargo de Juez, pero que le parece que el regreso se operó el día diez y siete de noviembre.

Las pruebas antes relacionadas, son todas las que se recogieron en el proceso y por lo tanto, las que sirven de base para decidir sobre la legalidad de la providencia que se consulta.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario solicita que se confirme el auto consultado y funda esta solicitud, en el siguiente aparte de su concepto:

"Pero ese hecho no constituyó delito, porque obedeció a un motivo grave, como era el peligro personal que corría el funcionario, a consecuencia de la anómala situación política que entonces reinaba en Zapatoca y que obligó al doctor Alarcón Pimiento a refugiarse en Bucaramanga. Así lo declara el sindicado y lo corrobora su Secretario Tobías (sic) Bermúdez. Por otra parte, no se probó que la ausencia del Juez hubiera ocasionado perjuicio alguno a la administración de justicia".

Se considera:

El carácter oficial del doctor Alfredo Alarcón Pimiento, como Juez Civil del Circuito de Zapatoca, en la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho que originó la investigación, se encuentra debidamente acreditado con los documentos relacionados ya en esta providencia. De suerte que, la competencia del Tribunal Superior de San Gil para conocer de este negocio en primera instancia, y la de la Corte en la segunda, se halla establecida.

En lo que respecta a la imputabilidad del hecho, de las pruebas recogidas en el proceso y de las cuales se ha hecho mérito, se deduce que evidentemente el doctor Alarcón Pimiento, se ausentó de la sede del Juzgado Civil del Circuito de Zapatoca, en el tiempo comprendido entre el cinco y el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, sin que previamente hubiera solicitado licencia de la autoridad correspondiente.

El funcionario sindicado, da como explicación al cargo que se le hace por abandono de su empleo, la delicada situación de orden público en la ciudad de Zapatoca, creada por la exacerbación de las pasiones políticas, que ponía en peligro su seguridad personal, pues hasta él llegó la noticia de que se le tenía en lista para darle muerte.

Las circunstancias que anota el sindicado sobre la situación de orden público existente en la ciudad de Zapatoca por aquel entonces y sobre el peligro en que se encontraba de que pudieran realizarse atentados contra su integridad personal, no se comprobaron en el expediente en forma directa. Con todo, no hay pruebas en contrario que contradigan sus dichos y más bien, se hallan corroboradas estas afirmaciones hasta cierto punto, con la declaración del secretario del Juzgado, señor Bermúdez, de todo lo cual se concluye, que cierta o no la situación de anormalidad aducida por el funcionario sindicado para justificar la dejación del empleo que ejercía, en éste había la creencia de buena fe de que corría peligro su vida en la mencionada ciudad, sin que en esa conducta hubiera dolo o intención de causar perjuicios a la administración de justicia.

La ley penal sanciona en su artículo 178 el abandono del cargo o empleo que desempeñe un funcionario o empleado público, cuando proceda en esta forma sin causa justificativa. Pero en el caso de que existan circunstancias graves que le impidan concurrir a su despacho en los días reglamentarios, su conducta se justifica, porque ha sido el resultado de factores extraños a su voluntad, que dan lugar a la inexistencia del dolo o de la culpa, desnaturalizándose la infracción que es objeto de la imputación.

Habiendo obrado el sindicado en las circunstancias que se dejan expuestas, no se extructura el delito de abuso de autoridad que ha sido materia de la investigación y procede la confirmación del auto consultado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Angel Martín Vásquez.—Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre. — Luis Gutiérrez Jiménez.— Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EL ARTICULO 53 DE LA LEY 292 DE 1875 NO ES APLICABLE AL CASO DE OPOSICION A PROPUESTAS DE EXPLOTACION DE MINAS RESERVADAS POR EL ESTADO

Incorporado el artículo 53 de la Ley 292 de 1875 en el Capítulo XXII del Código de Minas que trata de los JUICIOS ORDINARIOS SOBRE MINAS, los cuales, según el artículo 382 ibídem, son "no sólo los que se promueven directamente con todas las formalidades de un juicio común ordinario, sino también aquellos en que se ventilan la posesión y la propiedad, y que son originados por las oposiciones que pueden hacerse al practicarse las diligencias conducentes a su adquisición", es obvio que la excepción del numeral 1° de dicho artículo 53, sólo rige para esa clase de oposiciones, mas no para las que se hagan a las concesiones de minas reservadas por el Estado.

Fue la Ley 85 de 1945 la que vino a regular estas últimas oposiciones, y el artículo 1° —inciso 3°— de la misma, dispone claramente que "formulada la oposición con base en la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación".

Como puede observarse, esta regla general no tiene excepciones en ninguno de los otros preceptos de la misma Ley 85.

Por consiguiente, no cabe duda que tratándose de oposiciones a propuestas para explorar y explotar minas pertenecientes a la reserva nacional, quien alega contra el Estado la propiedad privada de las minas, debe siempre asumir en el juicio a que dé origen tal oposición la calidad de actor.

Es que en este conflicto de derechos entre un particular y el Estado, la presunción de propiedad legal de las minas que constituyen la reserva nacional, obra en favor del último, y de ahí que la ley le asigne la calidad de demandado en el pleito en que habrá de controvertirse esa propiedad. El proponente del contrato de concesión apenas puede coadyuvar la defensa de la Nación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de enero de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Por Resolución número 276 de 3 de abril de 1950, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta formulada por el Dr. Alberto Arango S., como apoderado del Dr. Reinaldo Perdomo, para explorar y explotar unos yacimientos de galena, ubicados en jurisdicción de los municipios de Ubalá, Gachalá y Gama, del Departamento de Cundinamarca.

Dentro del término señalado por el artículo 27 del decreto 805 de 1947, el apoderado del señor Rafael Reyes Daza, se opuso a la celebración del contrato en referencia, alegando que su mandante es dueño de los minerales materia de la expresada propuesta, propiedad que funda en estos dos hechos:

"1°—Que los terrenos que relacionan los títulos que acompaño con este escrito son de propiedad particular que salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al año de 1873 y sobre los cuales los propietarios actuales entre los cuales se encuentra mi mandante Rafael Reyes Daza tienen el derecho de dominio sobre el suelo y el subsuelo con todos los elementos que componen el subsuelo.

"2º—Que mi mandante Rafael Reyes Daza es también titular de una adjudicación para la explotación de minas de oro, plata y otros metales, de conformidad con las adjudicaciones hechas por la Gobernación de Cundinamarca según los títulos 59 y 60 contenidos en las escrituras públicas relacionadas en los dos últimos parágrafos de esta solicitud de oposición".

Por Resolución Nº 192 de 19 de julio de 1951, el Ministerio de Fomento, dispuso enviar las diligencias respectivas al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que "de conformidad con lo establecido por la Ley 85 de 1945 y el decreto 805 de 1947, decida la oposición del señor Rafael Reyes Daza a la propuesta para contratar la exploración y explotación de minerales de plomo o galena formulada por el doctor Reinaldo Perdomo el día 24 de marzo de 1950 y la cual fue registrada en el Ministerio bajo el número 591".

Consta en el expediente que esta providencia fue notificada personalmente tanto al apoderado del doctor Perdomo como al del opositor, señor Reyes Daza, cumpliéndose en esta forma lo dispuesto en el parágrafo del artículo 28 del Decreto 805 citado.

Llegado el negocio al Tribunal, se dictó por el Magistrado sustanciador el auto de 3 de septiembre de 1951, que dice:

"De conformidad con lo dispuesto por la Ley 85 de 1945 y Decreto reglamentario, el Tribunal aprehende el conocimiento del presente negocio, el cual debe tramitarse por la vía de los juicios ordinarios de mayor cuantía.

"En consecuencia, de la demanda dése traslado al señor Agente del Ministerio Público, por el término legal. . . .".

No aparece de autos que esta última formalidad se cumpliera, de tal suerte que esa providencia no estaba ejecutoriada cuando a virtud de pedimento hecho por el apoderado del proponente, el Tribunal profirió el auto que es materia del presente recurso, por medio del cual se declara desierta la oposición del señor Reyes Daza y se le condena a pagar, en estampillas de timbre, una multa de $ 100.00 a favor del Tesoro Nacional.

Sobre el particular el señor Procurador Delegado dice lo que en seguida se transcribe:

"Como hecho determinante de la resolución recurrida, tuvo en cuenta el **a quo** la información secretarial de haber transcurrido dos meses, que vencieron en octubre de 1951, desde la llegada de las correspondientes diligencias al Tribunal—procedentes del Ministerio de Fomento— 'sin que hasta entonces se presentara demanda ante la Sala Civil de la corporación' con súplica de declaratoria de dominio privado de la mina.

"Este hecho fue enfocado por el Tribunal a la luz del artículo 3º de la Ley 85 de 1945, que prevé la manera de sancionar la anotada omisión, hallando que el sistema prescrito al efecto por dicha norma es el mismo que tradicionalmente ha seguido la legislación colombiana respecto de minas, no ya concesibles sino adjudicables. O en otros términos, expone el Tribunal que cuando se trata de oposiciones tanto a propuestas de concesión como a solicitudes de adjudicación minera, no basta el respectivo escrito de oposición, si en él se alega dominio, para que sea tenido en cuenta posteriormente ese escrito como 'demanda' judicial; sino que es preciso, además, 'formalizar' esta demanda ante el juez competente. Esta fue la motivación del auto apelado. . . .

"Por lo que al caso de autos toca, trátase de una oposición a una propuesta sobre minas concesibles en que el opositor alega dominio privado, figura jurídica ésta que hállase reglamentada especialmente por la citada Ley 85 de 1945, como pasa a verse en las disposiciones correspondientes:

'Formalizada la oposición (ante el Ministerio del ramo o ante la Gobernación, Intendencia o Comisaría competentes), cuando el fundamento de ella fuere la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación. Ante la Corte Suprema de Justicia se surtirán las apelaciones que se interpusieren en estos juicios.

'Si el terreno donde se ha propuesto la concesión estuviere en territorios sujetos a la jurisdicción de dos o más Tribunales, conocerá del negocio el Tribunal que lo reciba del Ministerio'. (Artículo 1º en sus dos incisos finales).

"Estas normas fueron reproducidas por el Art. 28 del Decreto reglamentario Nº 805 de 1947, precepto en el que también se inserta el Art. 2º de la misma Ley.

"El artículo 3º de ésta, básico para la dilucidación del caso **sub júdice**, está redactado en los siguientes términos de luminosa transparencia:

'**Las oposiciones deberán formalizarse con la presentación de la demanda correspondiente** (subraya el Procurador), a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que sean recibidas por el Tribunal las diligencias respectivas. Si así no se hiciere, el opositor perderá definitivamente cualquier derecho que pudiera tener sobre el subsuelo, y será condenado en la providencia que declare desierta la oposición al pago de una multa de cien a mil pesos ($ 100 a $ 1.000.00) a favor del Tesoro Nacional....'.

"Es obvio —continúa el Procurador Delegado— que las controversias sobre propiedad sólo puede desatarlas la rama jurisdiccional del poder público por medio de los organismos que determine el Legislador. Mas como las decisiones pertinentes asumen el carácter de sentencias y éstas no pueden recaer sino sobre 'demandas' dirigidas al juez competente, (Arts. 205, 737, 738 y 471, inciso final del C. J.), síguese que sin las demandas, o sin las 'formalizaciones' de las mismas en el caso del Artículo 3º de la Ley 85 de 1945, no puede haber juicio ni, menos, fallo definitivo que haga tránsito a cosa juzgada. Por consiguiente, vencido el término que para la formalización judicial concede la ley, sin que esto haya ocurrido, es natural que se declare perdido el supuesto derecho del opositor y desierta la oposición; y que, además, se sancione a aquél con multas por haber producido injustificablemente la suspensión de la propuesta del contrato minero.

"Fuera de la razón fundamental expuesta, hállase esta otra para requerir del opositor la demanda judicial a que se refiere el Art. 3º de la Ley 85: no siendo necesario para admitir administrativamente la oposición fundada en el dominio, que se acompañe la plena prueba de la propiedad (Art. 1º, inciso 2º, de la Ley 85 y Art. 27 del Decreto 805 de 1947), era imprescindible que por vía de reglamentación general se ordenara la formulación de la demanda ante el Tribunal para dar campo al opositor a que produzca la plena prueba en que funde su derecho, cuando ello sea necesario, pues con la prueba semiplena o incompleta producida ante la Administración jamás podría salir victorioso en el debate judicial".

Ante esta Sala el apoderado del doctor Reyes Daza sustenta la apelación en estas dos únicas razones:

"1—Porque la disposición aplicable en el caso en estudio no es el artículo 3º de la Ley 85 de 1945, sino el Artículo 53 de la Ley 292 de 1875, inserto en el Capítulo XII (sic) del Código de Minas, en el aparte que estatuye: "Por regla general el opositor debe ser el actor en el juicio a que dé lugar su oposición".

"Se exceptúan los casos siguientes:

"1º—Cuando tiene el opositor título expedido o documento de propiedad de la mina denunciada...." Y

"2ª—Porque, en el supuesto de que correspondiera a mi representado Rafael Reyes Daza formular la oposición, no queda la menor duda de que la demanda de oposición presentada por mi antecesor a nombre del doctor Reyes Daza ante el Ministerio, reúne todos los requisitos de forma y de fondo que la ley exige para que sea tenida como tal demanda por quien, en definitiva, haya de decidir sobre las peticiones de la misma. Y tanto es esto así, que en el primer auto dictado por el Tribunal en este negocio, de fecha 3 de septiembre de 1951, por el cual aprehende el conocimiento del mismo, ordena tramitarlo por la vía de los juicios ordinarios de mayor cuantía.... Por lo demás, el auto referido no fue reclamado y por ser legal y jurídico pasó a ser ley del proceso, de forzoso cumplimiento, por lo cual el Tribunal ha debido negar la petición del señor Perdomo tendiente a que se declare desierta la oposición, y ordenar, en cambio, a la Secretaría, dar cumplimiento al auto de 3 de septiembre de 1951".

Termina el apoderado proponiendo subsidiariamente un incidente de nulidad, fundado en el hecho de no haber ordenado el Tribunal poner en conocimiento de las partes la llegada del negocio procedente del Ministerio.

Se considera:

No expresa el apelante las razones que le llevan a sostener que el caso de autos encaja dentro de la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, y no dentro de lo preceptuado por los artículos 1º —inciso 3º— y 3º de la ley 85 de 1945. Mas contra lo que el señor apoderado del doctor Reyes Daza afirma, para esta Sala no cabe duda que la cuestión aquí planteada debe resolverse a la luz de las previsiones de esta última ley, y no precisamente al tenor de la excepción invocada por el autor del recurso.

En efecto, el artículo 53 de que se viene hablando, luego de establecer que "por regla general, el opositor debe ser el actor en el juicio a que dé lugar su oposición", introduce varias excepciones a esa regla, entre otras la invocada por

el apelante, esto es, la del numeral 1º, a saber: "Cuando el opositor tiene el título expedido o documento de propiedad de la mina denunciada". Es decir, que cuando un tercero se opone a la adjudicación de una mina, alegando en su favor un título de propiedad sobre la misma, aquél no asume en el juicio originado de su oposición la calidad de actor sino la de demandado. No tiene, por consiguiente, qué formular demanda alguna y su escrito de oposición apenas lo considera la ley "como una impugnación de la exactitud y justicia de la denuncia hecha". (Artículo 393 del Código de Minas).

Quiso así el legislador de 1875 amparar los derechos del presunto dueño, frente a posibles adjudicatarios que mediante el procedimiento administrativo reglamentado por el Código de la materia, persiguen crear a su favor un título de dominio sobre minas que el Estado puede ceder libremente a quienes las descubran y quieran explotarlas.

Mas incorporado tal artículo 53 en el Capítulo XXII del Código de Minas que trata de los JUICIOS ORDINARIOS SOBRE MINAS, los cuales según el artículo 382 ibídem son "no sólo los que se promueven directamente con todas las formalidades de un juicio común ordinario, sino también aquellos en que se ventila la posesión y la propiedad, y que son originados por las oposiciones que pueden hacerse al practicarse las diligencias conducentes a su adquisición", es obvio que la excepción del numeral 1º de dicho artículo 53, en que se basa principalmente el apelante, sólo rige para esa clase de oposiciones, mas no para las que se hagan a las concesiones de minas reservadas por el Estado.

Fue la Ley 85 de 1945 la que vino a regular estas últimas oposiciones, y, por tanto, es a esa norma especial a la cual está necesariamente vinculada la solución del punto planteado por el apelante, a saber: si el hecho de alegar el doctor Reyes Daza un título de propiedad sobre la mina materia de la propuesta de concesión hecha por el doctor Reynaldo Perdomo al Ministerio del ramo, releva al primero de la obligación de asumir en el respectivo juicio ordinario de oposición, el carácter de actor y de formalizar por consiguiente la demanda del caso, por ser la Nación quien debe comparecer a dicho juicio en aquel carácter.

Pues bien, el artículo 1º —inciso 3º— de la citada Ley 85 dispone claramente que "formulada la oposición con base en la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación....".

Como puede observarse, esta regla general no tiene excepciones en ninguno de los otros preceptos de la misma Ley 85. Por consiguiente, no cabe duda que tratándose de oposiciones a propuestas para explorar y explotar minas pertenecientes a la reserva nacional, quien alega contra el Estado la propiedad privada de las mismas, debe siempre asumir en el juicio a que dé origen tal oposición la calidad de actor.

En que en este conflicto entre un particular y y el Estado, la presunción de propiedad legal de las minas que constituyen la reserva nacional, obra en favor del último, y de ahí que la Ley le asigne la calidad de demandado en el pleito en que habrá de controvertirse esa propiedad. El proponente del contrato de concesión apenas puede coadyuvar la defensa de la Nación.

No tiene, pues, razón el apoderado del doctor Reyes Daza cuando afirma que no era a éste sino al doctor Perdomo a quien correspondía formular la respectiva demanda de oposición, "según las voces del numeral 1º del artículo 53, que se halla vigente y que no fue derogado ni modificado por la Ley 85, equivocadamente aplicada por el Tribunal. "Porque si es verdad que la primera de tales disposiciones continúa en vigor, su observancia está restringida a las oposiciones que surgen en los casos de adjudicaciones de minas, únicamente. Por lo demás, se trata de un precepto de excepción, que no puede aplicarse por analogía y menos contra normas expresas como las contenidas en la tantas veces citada Ley 85, que el Tribunal sí aplicó correctamente.

Tampoco está de acuerdo la Corte en que la oposición formulada ante el Ministerio reúne todos los requisitos legales y debe ser tenida como una verdadera demanda. Porque no sólo no existe disposición que así lo ordene o autorice, sino que el artículo 3º de la Ley 85 dá a entender lo contrario, esto es, que el escrito de oposición no es una demanda, desde luego que tal precepto dispone que "las oposiciones deberán formalizarse con la presentación de la demanda correspondiente".

De otro lado, tampoco le asiste razón al apelan-

te cuando sostiene que el auto por medio del cual el Tribunal dispuso dar curso a la oposición por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, sea hoy ley del proceso de imperativo cumplimiento. Porque como el mismo señor apoderado lo afirma, tal providencia no se ha cumplido en la parte que ordenó dar traslado de la demanda al Agente del Ministerio Público y, por tanto, no llegó a ejecutoriarse.

Por lo demás, la Sala acoge las razones expuestas por el Tribunal, sintetizadas en esta parte final de la providencia que se revisa:

"De conformidad con el Artículo 3º de la misma Ley (85 de 1945), 'las oposiciones deberán FORMALIZARSE con la presentación de la demanda correspondiente.... Si así no se hiciere, el opositor perderá definitivamente cualquier derecho que pudiera tener sobre el subsuelo, y será condenado en la providencia que declare desierta la oposición....

"Lo que es tanto como decir que también la ley, que se acaba de invocar, contempla dos etapas distintas en las oposiciones a la concesión de minas: 1ª) Presentar la oposición por escrito a la rama ejecutiva del poder, artículo 1º; 2ª) Formalizar la oposición, por medio de la "presentación de la demanda correspondiente a más tardar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de recibo en el Tribunal de las diligencias, artículo 3º ibídem. Si no se formalizan con la presentación de la demanda, se reputa que el opositor desistió de la oposición que sólo presentó o formuló, pero que se abstuvo de formalizar, y el Tribunal declara la deserción.

"La formalización de la oposición ante la rama ejecutiva del poder, hecha en cualquier tiempo, es como si no se hubiera hecho. Porque una demanda dirigida a funcionario incompetente no se puede reputar como tal".

La Sala encuentra jurídica la providencia apelada, porque ante la omisión en que incurrió el presunto opositor doctor Reyes Daza de formular dentro del término legal la demanda de que trata el artículo 3º de la precitada Ley 85 de 1945, el fallador de la primera instancia no podía hacer otra cosa distinta de imponer al mismo doctor la sanción que tal precepto señala.

Para terminar, y por lo que respecta a la nulidad alegada subsidiariamente por el apelante, la Sala se abstiene de dar curso al incidente respectivo por no hallarlo procedente (Art. 349 del C. Judicial), ya que tal causal no está prevista en el artículo 448 del mismo Código. Y sobra advertir, además, que a raíz de la llegada al Tribunal del expediente administrativo de que se ha venido hablando, el señor apoderado presentó dos solicitudes referentes a esas mismas diligencias, con lo cual claramente se demuestra que tuvo oportuno conocimiento del recibo de las diligencias expresadas por dicha corporación, ante la cual debió proceder a presentar la correspondiente demanda.

No podría en esas circunstancias el apelante alegar que por falta de la providencia que echa de menos, no le fue dado cumplir con el deber que le imponía la ley de formalizar la oposición dentro de la debida oportunidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA en todas sus partes el auto apelado.

Con costas a cargo del apelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.— Agustín Gómez Prada.— Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

1—Los actos procesales fallidos, esto es, que se dictan al margen de las reglas procesales propias de cada juicio, pero que no están previstos como causal de nulidad, aunque se hayan dejado ejecutoriar, no obligan al juez en el momento de desatar el litigio, pues de lo contrario se estaría sosteniendo que por efecto de la ejecutoria y obligatoriedad de una resolución errónea ejecutoriada, el fallador se vería compelido a incurrir en nuevo y ya irreparable yerro.

2-La simple invalidez de un acto procesal, no apareja el deber para el Juez de decretarla de oficio y anular los actos subsiguientes, y por consecuencia, la retroacción del procedimiento. Estos efectos son posibles sólo cuando se declara la nulidad de lo actuado, con base en las causales taxativamente enumeradas en el art. 448 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, tres de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

El doctor Alfonso Arias Bernal, apoderado del opositor Rafael Reyes Daza en este negocio, solicita en memorial introducido oportunamente que esta Sala reponga su auto de 23 de enero último, por el cual se confirmó la providencia de fecha 12 de agosto de 1952 del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, contra la cual la parte opositora había interpuesto recurso de alzada.

Las razones expuestas por el doctor Arias Bernal para sustentar su nuevo recurso son principalmente las que en seguida se transcriben:

"Decía, en primer término, que en mi escrito sustentatorio de la apelación no expreso las razones que me llevan a sostener que el caso de autos encaja dentro de la excepción prevista en el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, y no dentro de lo preceptuado por los artículos 1º —inciso 3º— y 3º de la Ley 85 de 1945.

"En mi referido memorial dije que mi poderdante se encuentra comprendido por la excepción primera del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, porque, 'ante el Ministerio de Fomento presentó mi poderdante, según consta de autos, toda la titulación que se remonta hasta el año de 1854, de la cual se desprende que él, Rafael Reyes Daza, opositor a la adjudicación, es el titular desde tiempo muy anterior a 1873, del suelo y del subsuelo de la mina denunciada, para que se le adjudique, por el señor Reinaldo Perdomo. También obra en autos el título de adjudicación que de la misma mina le hizo a mi mandante la Gobernación de Cundinamarca; y mi representado ha venido poseyendo quieta y pacíficamente dicha mina desde hace muchos años".

"De suerte —prosigue— señores Magistrados, que las razones que me asisten para sostener que al caso de mi mandante le es aplicable, no por extensión o por analogía, sino por constituír él el caso típico de la excepción, el numeral 1º del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, y no los preceptos de los artículos 1º —numeral 3º y 3º de la Ley 85 de 1945, son: a) que por tener mi representado Rafael Reyes Daza 'título expedido o documento de propiedad de la mina denunciada'. es al interesado en la exploración y explotación de la mina, señor Reinaldo Perdomo, a quien corresponde asumir el carácter de actor en el juicio; y b) que por haberle adjudicado a mi representado Reyes Daza la Gobernación de Cundinamarca la mina de que se trata, según los títulos o documentos allegados a los autos, y haber tenido siempre, la cual conserva, la posesión de dicha mina, no tiene por qué asumir el carácter de demandante pues nada le está controvertiendo al Estado, toda vez que éste por medio de una de sus dependencias, o sea la Gobernación de Cundinamarca, le hizo adjudicación de la mina denunciada por el señor Perdomo".

Sostiene, pues, el señor apoderado del doctor Reyes Daza que no resulta acertada en este caso la tesis del auto reclamado, conforme a la cual, siempre que se trate de oposiciones a las propuestas de concesión de una mina de la reserva nacional, quien alega contra el Estado la propiedad

de la mina "debe siempre asumir en el juicio a que dé origen tal oposición la calidad de actor", porque en este caso el doctor Reyes Daza no le está discutiendo al Estado esa propiedad particular, "sino que se opone a que se le adjudique al peticionario Perdomo una mina que ya le fue adjudicada al primero con todas las formalidades del Código de Minas".

Finaliza el doctor Arias Bernal esta parte de su escrito de reposición alegando que su poderdante, en el libelo de oposición pidió al Ministerio de Minas que previamente se resolviera por la vía administrativa acerca de la imposibilidad de aceptar la adjudicación pretendida por Reinaldo Perdomo, con fundamento en los títulos sobre la primitiva adjudicación de la misma mina a favor de Reyes Daza, otorgados por la Gobernación de Cundinamarca. El Ministerio se abstuvo de resolver esta cuestión fundamental y previa, y así, "como la primera oposición no ha sido resuelta por el Ministerio, éste no podía decidir el segundo pedimento en tanto no quede dirimida y en firme la primera cuestión planteada".

"Lo expuesto hace ver —añade el reclamante— que el caso **sub judice** debe enfocarse exacta y precisamente a la luz de la excepción primera del artículo 53 de la Ley 292 de 1875, y no de los preceptos de la Ley 85 de 1945".

En escrito posterior, presentado a modo de adición del anterior, el doctor Arias Bernal sintetiza así las razones que en su sentir hacen justificación plena a la solicitud de reposición:

"1º—Que por haberle sido adjudicada, de una parte, y concedida, de otro lado mediante los títulos 59 y 60 de la Gobernación de Cundinamarca y que constan en las escrituras públicas 1.640 de 15 de junio de 1950 y 1.552 de 6 de los mismos mes y año, ambas de la Notaría 8ª de Bogotá y visibles a los folios 35 y s.s., del Cuaderno 2º, a mi mandante Reyes Daza la mina cuya adjudicación o concesión pide el señor Reinaldo Perdomo, mi representado tiene derecho a que no se le discuta su carácter de adjudicatario o concesionario de tal mina, que posee desde hace muchos años, y ya que su título está revestido de todas las formalidades exigidas por el Código de Minas y que ha pagado cumplidamente el impuesto sobre la misma.

"2º—Que por haber sido formulada la oposición ante el Ministerio para que por este se declarara: "....2º Que mi mandante Rafael Reyes Daza es también titular de una adjudicación para la explotación de las minas de oro, plata y otros metales, de conformidad con las adjudicaciones hechas por la Gobernación de Cundinamarca según los títulos números 59 y 60 contenidos en las escrituras públicas relacionadas en los dos últimos parágrafos de esta solicitud de oposición", en virtud de no haber resuelto el Ministerio este aspecto administrativo o gubernamental, debéis absteneros de conocer del negocio, mientras la oposición administrativa no sea resuelta en definitiva.

"3º—Que por ser mi poderdante Reyes Daza concesionario, adjudicatario, titular y poseedor de la mina de que se trata, quien pretenda discutirlo o hacerle perder su derecho, debe, en cumplimiento del Art. 164 del Código de Minas, demandarlo, según lo preceptuado por el numeral 1º del Art. 53 de la Ley 292 de 1875, que es la norma aplicable al presente caso, en que mi poderdante no le discute al Estado la propiedad del subsuelo ni de nada, sino que se opone a que el tercero Perdomo trate de hacerse adjudicar o conceder para su exploración y explotación la mina que ya le adjudicó o concedió al doctor Reyes, para los mismos fines, la Gobernación de Cundinamarca".

Se considera:

1º Las alegaciones anteriores descansan en la consideración equivocada de que la propuesta formulada por el doctor Reinaldo Perdomo, origen de estos autos, tiende a que se le adjudiquen las mismas minas de "oro, plata y otros minerales" de que se considera dueño titular el opositor Reyes Daza. De acuerdo con lo que reza el expediente administrativo enviado por el Ministerio de Minas al Tribunal Superior de Bogotá, la solicitud del proponente Perdomo es "para la celebración de un contrato de concesión para explorar y explotar GALENA, mineral de plomo....".

Presentada en tiempo la oposición del doctor Reyes Daza con relación a dicha propuesta, el Ministerio de Minas realizó un detenido estudio de los fundamentos de tal oposición y de los títulos acompañados, y por medio de la Resolución Nº 192 de 19 de julio de 1951, dispuso enviar las diligencias al expresado Tribunal, en cumplimiento de lo ordenado en la Ley 85 de 1945 y en el Decreto 805 de 1947.

En dicha Resolución ministerial se llegó a la conclusión de que el metal objeto de la propuesta del doctor Reinaldo Perdomo pertenece a la reserva nacional, y que los títulos presentados por el opositor para acreditar la propiedad de la mina en referencia, ya por ser dueño titular del sub-

suelo, ya porque esa mina le fue adjudicada por la Gobernación de Cundinamarca, no comportaban la prueba necesaria para demostrar ese derecho".

Colocada la oposición en ese terreno, correspondía, pues, al doctor Reyes Daza, formalizar la demanda ordinaria respectiva ante el Tribunal Superior, tal como lo ordena el Art. 3º de la Ley 85 de 1945.

La reposición impetrada, por tanto, estriba en la confusión que ha hecho el señor apoderado Dr. Arias Bernal entre lo que es una propuesta de concesión, y un denuncio de minas adjudicables, que son cosas bien distintas, y para cada una de las cuales la ley ha fijado trámites también distintos.

2º—No puede alegarse razonablemente que el Ministerio de Minas dejó sin solución la oposición del Dr. Reyes Daza, fundada en que es "adjudicatario, concesionario y dueño titular" de la mina pretendida por el proponente Perdomo. El Ministerio dejó dilucidados ampliamente los principios que regulan la propiedad minera en nuestro país, remontándose hasta el célebre decreto del Libertador, fechado en Quito el 24 de octubre de 1829. De ese pormenorizado análisis dedujo que las minas o yacimientos de plomo o galena de que aquí se trata, caen bajo la presunción de pertenecer al dominio del Estado. Hé aquí cómo se expresó el Ministerio en las conclusiones finales de su comentada providencia:

"Así, pues, en el Estado Soberano de Cundinamarca los yacimientos del metal denominado **plomo** no fueron jamás, ni un solo día, del dueño de la respectiva extensión superficial. Y esos yacimientos, como todos los demás reservados por el Estado Soberano, pasaron a ser propiedad de la Nación en virtud de lo dispuesto en la Constitución expedida en el año de 1886.

"En consecuencia, el derecho de propiedad sobre los minerales de plomo que el opositor se atribuye como cuestión axiomática, no tiene más fundamento que un equivocado y erróneo concepto sobre la evolución legal del dominio minero en Colombia".

No cabe, pues, ahora, continuar insistiendo en la aplicación al caso de autos de lo previsto en el ordinal 1º del Art. 53 de la Ley 292 de 1875, porque el Gobierno planteó en forma terminante al opositor esta cuestión básica para la orientación de la acción judicial ulterior. No se trata de una mina adjudicable. Se trata de un mineral de la reserva estatal que sólo puede ser explorado y explotado mediante contratos de concesión. De consiguiente, y con esa base, envió el Ministerio las diligencias administrativas al Tribunal Superior —y no a un Juzgado del Circuito Civil—, para que la oposición siguiera el curso prescrito en la Ley 85 de 1945.

3º—Finalmente, tampoco es aceptable la afirmación de que el doctor Reyes Daza al proponer su oposición no ha pretendido promoverle controversia alguna a la Nación acerca de la propiedad del subsuelo ni de mina alguna, sino que lo que busca simplemente es que el Estado no le desconozca su calidad de adjudicatario de las minas que le tituló la Gobernación de Cundinamarca en 1950. Esta afirmación es contradictoria, porque desde el momento mismo en que el doctor Reyes Daza se opuso a la propuesta de concesión formulada por el doctor Perdomo, le está discutiendo al Estado el derecho de contratar sobre un bien del cual el nombrado opositor se siente dueño con mejor derecho.

En cuanto hace al segundo aspecto de la reposición, tocante a la declaratoria de invalidez de lo actuado desde el auto de 3 de septiembre de 1951 dictado por el Tribunal en este negocio, el apoderado reclamante principia por aclarar que no ha sido su intención promover una articulación sobre nulidad del proceso, aunque en su concepto ello sí sería viable con base en las causales 1ª y 3ª del Art. 448 del C. Judicial, sino que se decrete de plano la invalidez "por antiprocesal" de toda la actuación, a partir de la providencia mencionada. En concepto del doctor Arias Bernal, el primer auto que correspondía dictar al Tribunal al recibo del expediente administrativo, era uno por el cual se ordenase poner en conocimiento de las partes la llegada del mencionado expediente a dicha corporación. Dice al respecto el señor apoderado del opositor:

"Yo os pido tal declaratoria de invalidez, por inexistencia del procedimiento seguido en este negocio, porque si lo actuado no encuadra dentro de las causales de nulidad del Artículo 448 del C. J., y si se ha desarrollado, como ha acaecido, con base en un auto equivocado, contrario a las normas de orden público que señalan los trámites por seguir en cada clase de juicios, algún remedio debe existir contra esa errónea providencia, que no puede vincular ni al juzgador ni a las partes. y ese remedio no es otro que el practicado por la H. Corte y por todos los Tribunlaes y Juzgados del país, de retrotraer la actuación inválida hasta el límite en que deje de serlo".

En párrafo anterior, el reclamante citó en apoyo de sus pretensiones el fallo de 17 de diciembre de 1935, dictado por la Sala de Casación Civil, y publicado en el Nº 1909 de la **Gaceta Judicial**, página 632.

De acuerdo con lo expresado por el Dr. Arias Bernal en su segundo escrito de sustentación del recurso de que ahora se trata, lo que esta sentencia enseña es que "cuando una actuación procedimental, sea en juicio o fuera de él, ha dado origen a un trámite por vía distinta de la adecuada, al percibirse tal anomalía debe retrotraerse todo lo andado al punto primigenio....".

Mas esta deducción, como acertadamente lo anota el señor Procurador Delegado, contradice el auténtico sentido de la doctrina en mención, ya que allí se sienta este principio fundamental: "Que sólo tienen efecto retroactivo las resoluciones que decretan la nulidad de lo actuado". Por lo tanto, aquellos actos procesales fallidos, esto es, que se dictan al margen de las reglas procesales propias de cada juicio, pero que no están previstos como causal de nulidad, aunque se hayan dejado ejecutoriar, no obligan al juez en el momento de desatar el litigio, pues de lo contrario se estaría sosteniendo que por efecto de la ejecutoria y obligatoriedad de una resolución errónea ejecutoriada, el fallador se vería compelido a incurrir en nuevo y ya irreparable yerro.

Si esto reza con los autos ejecutoriados dictados fuera del marco procedimental, tanto más lo es con autos que, como el de fecha 3 de septiembre de 1951, no han alcanzado a ser notificados en la forma legal. Tal providencia resulta errada, no porque imprimiera una vía distinta a la que correspondía a las oposiciones regladas por la Ley 85 de 1945, sino porque recayó sobre el escrito de oposición administrativa, cuando el opositor no había cumplido con el ordenamiento de la expresada ley, sobre formalización de la demanda ordinaria de oposición. Sin que ésta hubiese sido presentada al Tribunal, el auto en cuestión sobre admisión de la demanda de oposición, considerando como tal el escrito que en ese sentido se había presentado al Ministerio y que éste ya había estudiado y resuelto, es obviamente prematuro, y por lo mismo "injurídico" como lo califica el mismo apoderado reclamante.

La simple invalidez de un acto procesal, como está visto, no apareja el deber para el juez de decretarla de oficio y anular los actos subsiguientes, y por consecuencia, la retroacción del procedimiento. Estos efectos sólo son posibles cuando se declara la nulidad de lo actuado, con base en las causales taxativamente enumeradas en el Art. 448 del C. Judicial.

Por estas razones, la Sala —haciendo la salvedad de que en este caso no se trata de una providencia ejecutoriada— acoge el siguiente concepto del señor Procurador Delegado:

"Aplicando esta científica doctrina, magistralmente expuesta por la Sala de Casación Civil (la del fallo de 17 de diciembre de 1935), al caso de autos, se tiene: es incuestionable que el primer auto del Tribunal, por el cual decidió aprehender el conocimiento del negocio antes de que precluyera el término para que el opositor presentara demanda, y por el cual a la vez ordenó correr traslado de la inexistente demanda al representante de la Nación, es una providencia festinada, ilógica y como tal, no prevista en el procedimiento señalado por la ley 85 de 1945. Pero no es nula, porque no encasilla en el Art. 448 del C. J., como no puede menos de reconocerlo el recurrente. Por tanto, aunque ejecutoriada pero incumplida, no vincula al fallador en el momento de dictar su decisión final, que en este caso es el auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva por el cual se declaró desierta la oposición de Reyes Daza, sin necesidad de que acudiera el a quo al medio de retrotraer la actuación, que es medio propio y exclusivo para extirpar del proceso los vicios de **nulidad**".

Por último, se pregunta la Sala: si se quisiese hacer prevalecer los principios de equidad sobre las exigencias de la ley, según lo alega el reclamante, podría decirse que aceptada la tesis sobre invalidez de lo actuado y la retroactividad de los autos, se daría oportunidad al opositor Reyes Daza para incoar en debida forma la demanda de oposición, o "'formalizarla" como claramente lo prescribe el Art. 3º de la Ley 85 le 1945? Es claro que no. Porque el término para presentar tal demanda, que es el de dos meses a partir de la fecha en que sea recibido el expediente administrativo en el Tribunal, ya caducó.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, NO REPONE su propio auto de fecha 23 de enero del corriente año.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada.—Luis A. Flórez.— Rafael Leiva Charry.— Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

EL SECUESTRE NO ES PARTE INTERESADA EN EL JUICIO EN QUE PRESTA SUS SERVICIOS

El secuestre no es parte interesada en el juicio en donde preste sus servicios, y no tiene por ello obligación de estar atento al desarrollo del proceso. De allí que de toda providencia susceptible de inferirle perjuicios deba dársele noticia, bien mediante oficio en el que se le haga saber el contenido del auto, o mediante notificación personal de la providencia que con él se relaciona. No teniendo, pues, el secuestre el deber de vigilancia del negocio, no podría presumirse que conoce ésta o la otra providencia proferida dentro del juicio, así sea la que le ordene prestar una fianza para responder de sus funciones como tal. Tampoco las partes tienen obligación de informar al secuestre de las providencias que con él se relacionan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, tres (3) de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Rafael Robles)

Como dentro de este juicio ejecutivo se ha surtido ya el trámite de la apelación interpuesta por el apoderado de la señora Débora Castrillón v. de Estrada contra los autos de fechas nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (fs. 77 y v. del cuad., Nº 5) y diez de febrero de mil novecientos cincuenta y tres (fls. 19 v. a 24 del cuad. N° 6), dictados por el Tribunal Superior de Cali, se procede en seguida a resolver lo que en derecho corresponda.

El auto de 9 de diciembre de 1952

Por este auto se aceptó a la señora Helena Alvarez de Uribe como fiadora del Coronel Camilo A. Callejas, "en su condición de secuestre en este juicio". Pero el apoderado doctor Jorge E. Cruz consideró que dicho auto era ilegal, expresando en su memorial de reclamo ante el Tribunal, de fecha 11 de diciembre de 1952, que la solicitud del Coronel Callejas para que se le admitiera la fianza había sido extemporánea, que no la hizo por conducto de abogado inscrito y que las mujeres casadas no pueden ser fiadoras.

Se observa:

Respecto de las alegaciones del doctor Cruz, no cabe duda para la Corte que el Tribunal anduvo acertado al resolver la reposición del auto de que se trata, cuando expuso lo siguiente:

"El secuestre no es parte interesada en el juicio en donde preste sus servicios, y no tiene por ello obligación de estar atento al desarrollo del proceso. De allí que de toda providencia susceptible de inferirle perjuicios deba dársele noticia, bien mediante oficio en el que se le haga saber el contenido del auto, o mediante notificación personal de la providencia que con él se relacione. No teniendo, pues, el secuestre el deber de vigilancia del negocio, no podría presumirse que conoce ésta o la otra providencia proferida dentro del juicio, así sea la que le ordene prestar una fianza para responder de sus funciones como tal. Tampoco las partes tienen obligación de informar al secuestre de las providencias que con él se relacionan, lo que quiere decir que el auto de cuya reposición se trata es legal por el aspecto anotado.

"No sobra advertir que la solicitud formulada por el señor Callejas en su escrito de fecha 3 de diciembre del año postrero podía hacerla él personalmente, pues se relaciona ella en forma directa con el cargo para el cual fue designado dentro del juicio. Ello no equivale a litigar y si algunas alegaciones, completamente impertinentes, se hacen en el aludido escrito, no por ello se invalida la solicitud principal que contiene, y fueron además pasadas en alto por la Sala.

"En punto a que las mujeres casadas no pueden ser fiadoras, la Sala, sin entrar en el estudio de fondo de tal punto, se permite observar que no existe en el expediente la prueba del aludido estado civil de la fiadora, señora Helena Alvarez Uribe, circunstancia ésta que hace en un todo ineficaz el cargo aludido".

Los anteriores conceptos, que la Corte prohija en lo sustancial, son suficientes para que se confirme el auto de 9 de diciembre de 1952, máxime

cuando no se ha sustentado el recurso de apelación contra tal auto.

El auto de 10 de febrero de 1953

En esta providencia se decidió que no era el caso de declarar la nulidad procesal pedida por el apoderado de la señora Débora Castrillón v. de Estrada en memorial de 15 de marzo de 1952, nulidad que se fundó en los siguientes hechos: a) en que estaba afectada de nulidad absoluta, y así debía declararse, la obligación hipotecaria materia del juicio, "por cuanto se estipulan obligaciones con una sociedad inexistente por estar vencido su plazo de funcionamiento; b) en que la acción ejecutiva fue promovida contra la sociedad colectiva Estrada G. Hermanos y el mandamiento de pago se libró contra los socios de esa sociedad diciéndose que estaba en liquidación, estado en el cual no podía ser representada judicialmente sino por sus liquidadores; c) en que el señor José M. Estrada G., uno de los ejecutados, falleció en 1939 y sin embargo el juicio siguió adelantándose sin la formalidad del art. 1434 del Código Civil, pues sólo se vino a hacer la notificación a los herederos en octubre de 1948.

Se considera:

1º—Al sustentar la apelación del auto de que aquí se trata, el apoderado de la señora Débora Castrillón v. de Estrada se extiende en amplios razonamientos sobre la nulidad de la obligación hipotecaria que originó este juicio; pero sobre este particular bástale a la Corte con advertir que entre los motivos de nulidades procesales exhaustivamente determinados en los artículos 448 y siguientes del C. J., no figuran ni podían figurar los vicios de que adolezcan los contratos. Y si a pretexto de tales nulidades lo que se quiso fue alegar una excepción perentoria de fondo, ya para entonces estaba precluída la oportunidad de hacerlo, pues el auto de citación para sentencia de pregón y remate estaba ejecutoriado con mucha anterioridad, desde el mes de junio de 1937.

2º—Respecto al mandamiento de pago, estima la Corte que si él se libró contra los señores Luis F. Estrada G., José María Estrada G., y Pedro A. Estrada G., **como socios colectivos de la sociedad de comercio Estrada G. Hermanos,** en la motivación de la misma providencia quedó establecido su verdadero alcance, al expresarse que la acción se promovió contra "Estrada G. Hermanos", sociedad de la cual formaban parte los socios antedichos .La orden de pago no fue, pues, personal contra los socios, sino contra la sociedad representada por ellos.

Pero como se alega que tal sociedad estaba ya disuelta y no podía ser representada sino por sus liquidadores, es necesario recordar que las pruebas de autos rezan lo siguiente: a) que la sociedad colectiva "Estrada G. Hermanos" se constituyó en 1921 por el término de dos años, con esta estipulación adicional: "Si vencido este término ninguno de los socios pidiere la liquidación, se entiende que la sociedad continuará por un tiempo igual al estipulado antes; y si vencida esta primera prórroga tampoco se pidiere la liquidación por ninguno de ellos, queda entendido que ya el término de la sociedad es indefinido y queda a voluntad de cualquiera de los socios pedir la liquidación cuando a bien lo tenga, pero en todo tiempo podrá liquidarse la sociedad por común acuerdo o por voluntad de la mayoría de los socios". (fs. 20 a 24 del cuad., Nº 5); b) que al constituírse la sociedad "Estrada G. Hermanos" en 1921, se estableció en la cláusula duodécima de la escritura respectiva: "La liquidación de la sociedad se hará por todos los socios" (fs. 20 a 24 del cuad. Nº 5); c) que al reformarse la sociedad "Estrada G. Hermanos" en 1925, por escritura Nº 864 de la Notaría Segunda de Cali, los señores Luis F. Estrada G., José María Estrada G., y Pedro A. Estrada G., declararon que "la sociedad ha venido funcionando y funciona todavía por común acuerdo entre los socios, quienes han resuelto continuar los negocios indefinidamente...." (fs. 25 a 27 del cuad. Nº 5); y d) que el extracto de las escrituras de constitución y de reforma de la sociedad "Estrada G. Hermanos" aparece debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Cali, donde "no hay constancia sobre disolución o liquidación de la sociedad" (fs. 32 y 33 del cuaderno número 5).

De esta suerte, dadas las circunstancias anotadas, es indudable para la Corte que la sociedad "Estrada G. Hermanos" no estaba disuelta y en liquidación cuando se inició el presente juicio en el año de 1935, por lo cual ha estado bien representada por los socios administradores, conforme a lo previsto en la cláusula sexta del contrato de constitución de 1921. Pero aún admitiendo la tesis del apoderado de la señora Débora Castrillón v. de Estrada, sobre la disolución de la sociedad

por el vencimiento de los dos años de que se habló en la escritura de constitución, tampoco podría aceptarse que como sociedad en liquidación hubiera estado indebidamente representada en el juicio por sus tres socios, pues ya se ha visto que éstos debían ser los liquidadores, de acuerdo con la cláusula duodécima del contrato de 1921.

3º—En cuanto al tercer motivo de nulidad procesal invocado por el apoderado de la señora Débora Castrillón v. de Estrada, la Corte juzga inobjetables las razones expuestas por el Tribunal en la providencia de que se trata, cuando expresó lo siguiente:

"Expresa también el doctor Cruz que es nulo todo lo actuado desde la fecha en que falleció el señor José María Estrada G., hasta el día en que se notificó a sus herederos el título ejecutivo, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 451 del C. Judicial. A esto cabe observar lo siguiente: después de las notificaciones del título a los herederos del señor José María Estrada G., no se hizo reclamación oportuna al respecto; por el contrario, tales interesados continuaron representando en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad. Esta circunstancia, al tenor de la última parte del artículo 450 del C. Judicial, hace ineficaz la reclamación o declaración de nulidad que ahora se solicita. Por otra parte, ya sobre este punto la Sala se había pronunciado en auto de fecha 21 de julio del año de 1942 (folio 4 del cuaderno 4 del expediente), en donde se declaró que era improcedente la solicitud que en el mismo sentido formularon en ese entonces los señores doctor Pedro Rodríguez Mira y Débora Castrillón v. de Estrada. De aquí que, con fundamento en el artículo 394 del C. Jndicial, pueda rechazarse de plano el incidente que por este aspecto promueve ahora el doctor Jorge E. Cruz".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA las dos providencias objeto de este recurso, proferidas por el Tribunal Superior de Cali el nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos y el diez de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del apelante. Tásense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada.— Luis A. Flórez.— Rafael Leiva Charry.— Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

CUANDO SE TRATE DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON YACIMIENTOS PETROLIFEROS, SIEMPRE DEBE ESTAR DETERMINADO DE MANERA PRECISA EL TERRENO RESPECTIVO

1—La jurisprudencia constante de la Corte tiene establecido que para acreditar la propiedad privada del subsuelo petrolífero, es indispensable la prueba de ciertos requisitos que hacen relación por una parte a la suficiencia jurídica de la titulación actual y a la existencia del título emanado del Estado, con los cuales los interesados pretenden demostrar sus derechos. Además, es indispensable que se establezca la determinación precisa del predio que se reclama como de dominio particular.

En el orden lógico a seguir para comprobar estos requisitos, está primero la identificación del terreno, ya que si éste no se identifica plenamente, carece de objeto entrar a estudiar la titulación, pues la declaración de dominio debe hacerse sobre una porción concreta de terreno.

2—El hecho de que los títulos originarios, mediante los cuales el Estado transfiere el dominio del subsuelo a particulares adolezcan de imprecisión en los elementos necesarios para individualizar el predio a que dicho título se contrae, no vicia su validez aunque en la práctica no pueda producir los efectos de la identificación del terreno. El vicio, informalidad o defecto que son objeto de la prescripción extraordinaria, no puede hacer referencia en ningún caso a las declaraciones contenidas en el título. La nulidad relativa que vendría a sanearse por el transcurso del tiempo sería cuando en el acto jurídico han intervenido personas relativamente incapaces, cuando el consentimiento adolece de vicios (error, fuerza, dolo) o cuando no se han cumplido los requisitos exigidos por la ley en atención a la calidad de las partes, condiciones éstas que no pueden nunca encajar en una relación de linderos, parte integrante de un título escriturario.

3—El requisito de la determinación precisa del respectivo terreno, es exigible aún en el caso de que la controversia gire alrededor del dominio privado sobre minas de petróleo adjudicadas por el Estado mientras estuvo en vigencia el artículo 112 de la Ley 110 de 1912.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio siete de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

El señor Charles F. Hogarty, obrando en su propio nombre, presentó ante el Ministerio de Minas y Petróleos el día 25 de marzo de 1947 propuesta para la celebración de un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno de 44.344 hectáreas, denominado "Río Córdoba", ubicado en los municipios de Montería (Departamento de Bolívar) y Turbo (Departamento de Antioquia) determinado por los siguientes linderos:

"Como punto de referencia para la alinderación se ha tomado el mojón de concreto donde se hicieron las observaciones astronómicas marcado en el plano 'E. A. San Felipe', situado a quinientos veintitrés metros con un centímetro (523,01 Mts.) medidos con rumbo Norte cero grados, veintiún minutos, veinticinco segundos con siete décimos de segundo Oeste (N. 0-21' 25" 7 W) desde la confluencia de la quebrada Guineo con el río Canalete, punto arcifineo, estable e inequívoco.

Las coordenadas geográficas de la pilastra astronómica de concreto son las siguientes: **Latitud**, ocho grados, cuarenta y siete minutos, treinta y seis segundos con cuarenta centésimos de segundo Norte (8° -47' -36 " 40 N); **Longitud**, setenta y seis grados, catorce minutos, doce segundos con quince centésimos de segundo al Oeste de Greenwich (76° 14' 12", 15 W de Gr.).

Desde el punto de referencia "E.A" se levantó una poligonal hasta el punto de partida de la alinderación, marcado en el plano con letra "A", en donde se erigió otro mojón de concreto. La línea recta que une los puntos "E.A" y "A" tiene una

longitud de dos mil ochocientos noventa y seis metros con sesenta centímetros (2.896.60 Mts.) y rumbo Norte treinta grados, treinta y ocho minutos Este (N. 30º -38'-E).

1.—Del punto "A" de partida se sigue en línea recta por una distancia de cuatro mil doscientos cincuenta metros (4.250.00 Mts.) y rumbo Norte veinte grados, treinta y ocho minutos Este (N. 20º -38' E) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "B" situado sobre la margen izquierda de la Quebrada Seca.

2.—Del punto "B" anterior se sigue por la margen izquierda de la Quebrada Seca, aguas arriba, hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "C", situado sobre dicha mergen y frente al centro de la plaza de la población de "El Ebano". La línea recta que une los puntos "B" y "C" tiene una longitud de mil cuatrocientos cincuenta y cuatro metros con sesenta y tres centímetros (1.454,63 Mts.) y rumbo Sur ochenta y dos grados, cincuenta y siete minutos, cuarenta y dos segundos con trece centésimos de segundo Este (S. 82º -57' -42" 13.E).

3.—Del punto "C" anterior se continúa en línea recta por una distancia de mil dos metros (1002,00 Mts.,) y rumbo sur ochenta y ocho grados, cuarenta y cinco minutos Este (S. 88º -45'E) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "D", situado sobre la margen izquierda de la Quebrada Seca. La línea "B-C-D" coincide en toda su longitud con parte de los linderos de la propuesta aceptada número 169.

4.—Del punto "D" anterior se sigue en línea recta por una distancia de seis mil treinta y cuatro metros con noventa y seis centímetros (6.034,96 Mts.) y rumbo Sur veinte grados, cuatro minutos diez y ocho segundos con cuatro décimos de segundo Oeste (S.20º 04'- 18". 4 W) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "E".

5.—Del punto "E" anterior se sigue en línea recta por una distancia de dos mil cuatrocientos treinta y ocho metros con cuarenta y ocho centímetros (2.438,48 Mts.) y rumbo Sur, sesenta y seis grados, catorce minutos, seis segundos Oeste (S. 66º-14' -06"W.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "F".

6.—Del punto "F" anterior se sigue en línea recta por una distancia de ocho mil quinientos metros (8500,00 Mts.) y rumbo Sur, treinta y un grados, diez minutos Oeste (S. 31º-10' W) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "C" situado sobre la línea de la zona de Reserva Nacional.

7.—Del punto "G" anterior, se sigue en línea recta hacia el Sur por una distancia de seis mil quinientos cuarenta y tres metros (6.543,00 Mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "H".

8.—Del punto "H" anterior se continúa hacia el Oeste por una distancia de diez y siete mil doscientos cincuenta metros (17.250,00 Mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "I".

9.—Del punto "I" anterior, se sigue hacia el Norte por una distancia de veinte mil quinientos sesenta metros (20.560,00 Mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "J", situado sobre el Río Volcán y vértice sur-oeste de la mina "Arboletes", propiedad de la Compañía Explotadora de Petróleos S. A.

10.—Del punto "J" anterior, se sigue en línea recta con rumbo Sur, ochenta y seis grados, cuarenta y dos minutos Este (S. 86º-42'-E.) por una distancia de dos mil metros (2.000,00 Mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "K". La línea "J-K" coincide en su totalidad con el lindero sur de la mina "Arboletes", propiedad da la Compañía Explotadora de Petróleos S. A.

11.—Del punto "K" anterior, se continúa en línea recta con rumbo Sur, tres grados, diez y ocho minutos Oeste (S.3º 18' W) por una distancia de tres mil metros (3.000.00 Mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "L". La línea "K-L" coincide en su totalidad con el lindero occidental de la mina "Aura María", de propiedad de la Compañía antes mencionada.

12.—Del punto "L" anterior, se sigue en línea recta con rumbo Sur, ochenta y seis grados cuarenta y dos minutos Este (S. 86º -42' E.) por una distancia de cinco mil metros (5.000.00 Mts.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "M". La línea "L-M" coincide en toda su extensión con los linderos Sur de las minas "Aura María" y "Guáimaro", propiedad de la Compañía Explotadora de Petróleos S. A.

13.—Del punto "M" anterior, se sigue la totalidad del lindero oriental de la mina "Guáimaro" hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "N", vértice Noreste de dicha mina. La línea "M-N" tiene una longitud de cinco mil metros (5.000.00 Mts.) y rumbo Norte, tres grados, diez y ocho minutos Este (N. 3º -18' E).

14.—Del punto "N" anterior, se continúa en línea recta por una distancia de dos mil metros (2.000.00 Mts.) y rumbo Norte, ochenta y seis grados, cuarenta y dos minutos Oeste (N. 86º -42' W)

hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "O", vértice Noroeste de la mina "Guaimaro".

15.—Del punto "O" anterior, se sigue en línea recta por una distancia de tres mil quinientos metros (3.500.00 Mts.) rumbo Norte, tres grados, diez y ocho minutos Este (N. 3º -18' E.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "P". La línea "O-P" coincide en su totalidad con parte de los linderos orientales de las minas "María Elena" y "Del Rey", de propiedad de la Compañía Explotadora de Petróleos S. A.

16.—Del punto "P" anterior, se sigue en línea recta por una distancia de mil ciento treinta metros (1.130.00 Mts.) y rumbo Sur, diez y nueve grados, doce minutos Este (S. 19º -12' E.) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "Q".

17.—Del punto "Q" anterior, se sigue en línea recta por una distancia de mil seiscientos sesenta metros (1.660,00 Mts.) y rumbo Norte setenta grados, cuarenta y ocho minutos Este (N. 70º -48' E) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "R". La línea "P-Q-R" coincide en toda su extensión con parte de los linderos occidental y sur de la mina "Imposible", de propiedad de la Compañía Explotadora de Petróleos S. A."

Es intención del proponente que el lindero de su propuesta desde el punto "J" al punto "R" coincida con los linderos de las minas mencionadas, declaradas de propiedad privada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 31 de agosto de 1936 que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

18.—Del punto "R" anterior, se continúa hacia el Este por el lindero de la zona de Reservas Nacionales, por una distancia de diez mil dos metros con cuarenta y un centímetros (10.002,41 Mts) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "S".

19.—Del punto "S" anterior, se sigue en línea recta la zona de Reservas Nacionales, al Sur, por una distancia de seis mil setecientos sesenta metros (6.760.00 Mts) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "T".

20.—Del punto "T" anterior, se sigue en línea recta con rumbo Sur, sesenta y nueve grados, veintidós minutos Este (S. 69º -22" E) y una distancia de cinco mil ochenta y cinco metros (5.085.00 Mts.) a dar al punto de partida "A" de la alinderación. La línea "R-S-T-A-B" coincide en toda su extensión con el lindero sur de la propuesta aceptada número 270 (región del río Canalete).

Todos los rumbos que anteceden se refieren al meridiano astronómico o verdadero, y el área encerrada por los linderos descritos es de cuarenta y cuatro mil trescientas cuarenta y cuatro hectáreas (44.344.00 Hts.)".

Practicado el procedimiento administrativo de rigor en el aludido Ministerio, la propuesta fue admitida por Resolución número 204 de 18 de marzo de 1948, que fue registrada bajo el número 489 del libro respectivo.

La Compañía Explotadora de Petróleos S. A., por medio de apoderado, formuló oposición a la aludida propuesta, por considerar que la extensión territorial a que ésta se refiere, afecta la mina de petróleo "Aguas Blancas", de su propiedad.

Previo concepto desfavorable a las pretensiones de la Compañía opositora, el Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución número 51 de 26 de enero de 1951 admitió la oposición referida, y dispuso enviar los autos a esta Sala de Negocios Generales de la Corte para los efectos del artículo 10 del Decreto Extraordinario Nº 10 de 1950.

En el libelo de oposición se solicitan las siguientes declaraciones:

"Primera: Que el petróleo que pueda encontrarse dentro de la mina denominada **Aguas Blancas,** ubicada en el Municipio de Montería, Departamento de Bolívar, es de propiedad privada de la Compañía Explotadora de Petróleos S. A., comprendida dicha mina, dentro de los siguientes linderos especiales: 'En efecto, instalados los peritos en el punto donde está un pozuelo o manifestación de petróleo midieron hacia el Este un mil quinientos metros: de aquí con rumbo al Norte midieron un mil quinientos metros, en cuyo extremo se puso el primer mojón; de este punto midieron con rumbo al Oeste tres mil metros, poniendo en su extremo el segundo mojón; y de aquí para el Sur midieron tres mil metros en cuyo extremo se clavó el tercer mojón; y de aquí hacia el Este midieron otros tres mil metros colocando en el extremo el cuarto mojón; y de este último punto hacia el Norte midieron un mil quinientos metros hasta cerrar la figura, la cual resultó ser un rectángulo de tres mil por tres mil metros. La mensura se hizo por las ondulaciones de la superficie del terreno y observando en todo las prescripciones legales'.

Segunda: Que como consecuencia de la declaración anterior, la mina denominada "Aguas Blan-

cas" por los linderos determinados, debe ser excluída del área de la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos presentada al Ministerio de Minas y Petróleos por el señor Charles F. Fogarty y registrada en el libro respectivo del mismo Ministerio bajo el número 489, y referente a un lote de terreno de 44.344 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Montería y Turbo, Departamentos de Bolívar y Antioquia respectivamente, y alinderado en la forma indicada en el aviso que para los efectos de los artículos 5º de la Ley 160 de 1936 y 72 del Decreto Ejecutivo número 1.270 de 1931, salió publicado en los Diarios Oficiales números 26.758, 26.759 y 26.761, de fechas 3, 5 y 7 de julio de 1948, respectivamente".

Tramitado el juicio ordinario correspondiente, sin que la parte interesada solicitara la práctica de pruebas y habiendo alegado de conclusión ambas partes, ha llegado la oportunidad de dictar sentencia:

La jurisprudencia constante de esta Sala tiene establecido que para acreditar la propiedad privada del subsuelo petrolífero, es indispensable la prueba de ciertos requisitos que hacen relación por una parte, a la suficiencia jurídica de la titulación actual como a la existencia del título emanado del Estado, con los cuales los interesados pretendan demostrar sus derechos. Además, es indispensable que se establezca la determinación precisa del predio que se reclama como de dominio particular.

En el orden lógico a seguir para comprobar estos requisitos, está primero la identificación precisa del terreno, ya que si éste no se identifica plenamente, carece de objeto entrar a estudiar la titulación, pues la declaración de dominio debe hacerse sobre una porción concreta de terreno.

Sobre el particular, el Servicio Técnico del Ministerio dijo lo siguiente:

"a)—La ubicación de la mina denominada "Aguas Blancas" es muy vaga según el título que acompaña el opositor, y conforme al mismo puede hacerse en distintas partes de una gran extensión de terreno.

b)—Queda por demostrar si pudo alcanzarse a hacer la mensura del predio de la mina en el día indicado, bajo las condiciones y con los resultados dichos en la diligencia respectiva. Esa mensura se requiere, llegado e' caso, para determinar el predio de la mina y separarlo del terreno circunvecino;

c)—El área teórica de la mina es de 900 hectáreas, y como luego de medir siguiendo las ondulaciones de la superficie del terreno, el área se calcula es sobre la proyección horizontal de los alineamientos limítrofes, seguramente resulta menor que la indicada;

d) No concuerda la ubicación del centro de la mina dada en el plano topográfico presentado por el opositor con la que se indica en el título acompañado por él; y

e) Por la vaguedad de la ubicación y en vista del lote de terreno de la propuesta, sólo puede decirse que dentro de él se encuentra el de la mina sin saberse el sitio preciso".

Ante estas observaciones del servicio técnico del Ministerio, y ante la ausencia de una inspección ocular que pudiera haber conducido a la identificación precisa del terreno, el apoderado de la Compañía hace un estudio de los preceptos de la Ley 160 de 1936, para concluír que las exigencias del artículo 7º de aquel estatuto legal no se pueden aplicar a las minas adjudicadas bajo la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal de 1912.

Sostiene el citado apoderado que "el legislador no sometió a la misma tarifa probatoria ni a los mismos requisitos adicionales, la demostración de la propiedad privada de los petróleos adjudicados como minas conforme al Código Fiscal de 1912, y a los yacimientos que se encuentren en el subsuelo de terrenos que salieron del patrimonio del Estado antes de la reserva de 1873". Llega a esta conclusión, porque, según él, y de acuerdo con la parte final del artículo 10 de la Ley 160 de 1936, "basta" con presentar, para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la misma ley", el título de adjudicación expedido por la autoridad competente durante la vigencia del citado artículo (112) del Código Fiscal". Y en el evento de que la Corte resuelva acogerse al informe del servicio técnico del Ministerio, el apoderado de la Compañía invoca en su defensa "la prescripción extraordinaria que saneó, por el solo transcurso del tiempo, todo vicio, informalidad o defecto de que puedan adolecer los títulos de la mina....".

A estas consideraciones del apoderado de la Compañía opositora, hace la Sala las siguientes anotaciones:

A lo que hace referencia al artículo 10 con el término "bastando" es una salvedad a lo dispuesto en el aparte a) del inciso 2º del artículo 7º de la misma Ley 160, al dar a las adjudicaciones expedidas de acuerdo con la Ley 110 de 1912 el valor de título emanado del Estado con idéntico va-

lor legal a los otorgados por éste con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Además, el artículo 10 citado limita la aplicación del término "bastando" a sólo los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la ley citada, comoquiera que la declaración que compete hacer al Gobierno de haberse dado cumplimiento a las formalidades del aviso de que habla ese mismo precepto, "sólo tendrá lugar —dice el artículo 7º— si entre las pruebas que se acompañan al aviso figuran las siguientes:

"a)—El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia". (Para el evento de los terrenos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal, presentar el correspondiente título de adjudicación).

b)—Los títulos de propiedad de la persona que da el aviso sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente; títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria.

c)—La determinación precisa del terreno de que se trata. El Ministerio, cuando lo estime necesario, podrá disponer que a costa del interesado se verifique sobre el terreno la exactitud de la identificación presentada....".

Luego en la hipótesis del artículo 10 no puede descartarse la determinación precisa del terreno.

Respecto de la prescripción extraordinaria, alegada por el apoderado de la Compañía, se observa: El hecho de que los títulos originarios, mediante los cuales el Estado transfiere el dominio del subsuelo a particulares adolezcan de imprecisión en los elementos necesarios para individualizar el predio a que dicho título se contrae, no vicia su validez aunque en la práctica no pueda producir los efectos de la identificación del terreno. El vicio, informalidad o defecto que son objeto de la prescripción extraordinaria, no puede hacer referencia en ningún caso a las declaraciones contenidas en el título. La nulidad relativa que vendría a sanearse por el transcurso del tiempo sería cuando en el acto jurídico han intervenido personas relativamente incapaces, cuando el consentimiento adolece de vicios (error, fuerza, dolo) o cuando no se han cumplido los requisitos exigidos por la ley en atención a la calidad de las partes, condiciones éstas que no pueden nunca encajar en una relación de linderos, parte integrante de un título escriturario.

Por otra parte, es bien sabido que las excepciones se proponen en juicio, por la parte demandada para tratar de desvirtuar el derecho que invoca el demandante, cuestión que por otra parte es elemental en derecho procesal.

La situación probatoria en el curso de este juicio ha sido la misma contemplada en la tramitación administrativa de la Propuesta, y por tanto, las observaciones preinsertas del servicio técnico del Ministerio conservan todo su valor, con tanta mayor razón, después de haberse abstenido la Compañía opositora de tomar las medidas conducentes para llevar a cumplido efecto la diligencia de inspección ocular que, con fundamento en el artículo 600 del Código Judicial y para mejor proveer, hubo de decretar la Sala mediante auto dictado el 30 de abril de 1952, precisamente con el objeto de esclarecer los puntos que aquella Sección del Ministerio de Minas y Petróleos encontró deficientes en lo atañadero a la determinación precisa de la mencionada mina "Aguas Blancas".

Y para abundar en razones debe observarse, además, que en el juicio breve y sumario originado en la oposición de la misma Compañía Explotadora de Petróleos contra la Propuesta número 238 de Homer J. Smith, oposición referente a las minas de petróleo denominadas "López y Galván", ubicadas en jurisdicción del Municipio de Montería y adjudicadas también durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, esta Sala de la Corte en sentencia de 19 de mayo de 1950, con ponencia del H. Magistrado doctor Luis Rafael Robles, hubo de declarar infundada esa oposición no obstante existir el respectivo título de adjudicación, por cuanto la Compañía interesada no se preocupó —como acontece en el caso de autos— de esclarecer con las pruebas adecuadas y pertinentes, los puntos que la Sección Técnica del Ministerio del ramo encontró deficientes en lo relativo a la determinación precisa de aquellas minas.

De consiguiente, se reitera la doctrina de esta Sala en el sentido de que el requisito de la determinación precisa del respectivo terreno, es exigible aún en el caso de que la controversia gire alrededor del dominio privado sobre minas de petróleo adjudicadas por el Estado mientras estuvo en vigencia el precitado artículo 112 de la Ley 110 de 1912.

Falta, pues, una de las demostraciones necesarias en toda oposición, pues como lo ha dicho

esta Sala en repetidas ocasiones, no puede reputarse suficiente la presentación de un título para impedir un acto administrativo, mientras no se compruebe que el bien por él protegido quedaría vulnerado con el acto que la Administración proyecta.

Y sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero: Absuélvese a la Nación o Estado Colombiano de todos los cargos formulados en la demanda incoada por la Compañía Explotadora de Petróleos S. A., originada en la oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 489 hecha por el señor Charles F. Fogarty.

Segundo: No se hace condenación en costas.

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

Agustín Gómez Prada.— Luis A. Flórez.— Rafael Leiva Charry.— Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

NO CONSTITUYE CAUSAL DE NULIDAD LA FALTA DE INTERES EN EL DEMANDANTE PARA EJERCITAR LA ACCION INCOADA

La segunda causal de nulidad prevista en el artículo 448 del C. J., no reza con cuestiones de fondo y no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio, y la correspondiente representación no está debidamente acreditada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.— Bogotá, siete (7) de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Cursando en la Corte la apelación de la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, dentro de este juicio ejecutivo seguido por el Departamento de Cundinamarca contra "Almacenes Bogotá, S. A.", el apoderado de la sociedad ejecutada pidió que se declarara nula la actuación procesal, alegando como fundamento las causas que pasan a sintetizarse:

a)—Falta de interés jurídico en la entidad ejecutante, pues las letras de cambio que sirvieron de recaudo ejecutivo fueron giradas a favor del "Fondo Rotatorio de Licores Extranjeros" y el Departamento de Cundinamarca "no ha probado ser dueño de los instrumentos negociables base de la ejecución, ni tener vinculación jurídica alguna ni derivar derechos de la entidad beneficiaria de los instrumentos negociables dichos";

b)—Falta de personería adjetiva en el abogado que ha venido actuando a nombre del Departamento de Cundinamarca, "porque a éste no se le ha conferido poder alguno para representar a la entidad beneficiaria de los instrumentos negociables presentados a la consideración del Tribunal"; y

c)—Falta de competencia en el Juez del Circuito de Bogotá que por comisión intimó el mandamiento ejecutivo, por cuanto el artículo 1000 del C. J., no autoriza comisiones para estos efectos, ni en general ellas se pueden conferir a jueces que residan en el mismo lugar del comitente.

Agregó el apoderado de la entidad ejecutada que el mismo Tribunal de Bogotá no tenía competencia para conocer del asunto, ya que no habiendo demostrado su interés jurídico el Departamento, la cuestión debatida estaba limitada a una simple controversia entre particulares.

Tramitado el incidente a que dio origen la petición de que se trata, se procede a resolver lo que sea del caso, para lo cual se considera.

Respecto de la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 448 del C. J., en varias ocasiones ha dicho la Corte que ella no reza con cuestiones de fondo, y que "no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada".

De aquí que cuando se alega que el Departamento de Cundinamarca carece de interés para cobrar las letras materia del juicio, ese hecho sea extraño a los motivos de nulidad previstos en la causal segunda, que el Código Judicial denomina ilegitimidad de la personería. Tal hecho habría podido invocarse oportunamente como excepción de fondo, mas no como se hizo en este caso, con el propósito de que se invalide la actuación procesal.

No está por demás agregar, sin embargo, que aunque las letras de que se trata fueron giradas a favor del Fondo Rotatorio de Licores Extranjeros, en estos autos se ha demostrado que tal Fondo es una simple dependencia administrativa del Departamento de Cundinamarca (fs. 30 a 32 del cuad. Nº 4), circunstancia que en cierta forma reconoce el propio gerente de Almacenes Bogotá S. A., al aceptar que ha abonado al Departamento de Cundinamarca la suma de cinco mil doscientos treinta y seis pesos ($ 5.236.00) a cuenta de dichas letras (fs. 34 a 35 del cuad. Nº 4).

De otro lado, como el poder con que ha venido

actuando en este juicio el doctor Eduardo Patiño Bernal le fue conferido en debida forma por el Departamento ejecutante (fl. 1 del cuad. Nº 1), carece de todo fundamento el reparo que a su personería le hace el apoderado de "Almacenes Bogotá, S. A."

Finalmente, tampoco encuentra la Corte que exista la **incompetencia** alegada como causal de nulidad: de una parte, porque habiendo promovido la acción ejecutiva un Departamento, del juicio debía conocer el Tribunal en primera instancia (art. 76 del C. J., ordinal 2º); y de otra, porque ni siquiera la intimación del mandamiento ejecutivo se confió irregularmente al Juez del Circuito de Bogotá, desde luego que el artículo 133 del C. J., permite las comisiones a autoridades judiciales de la misma o inferior categoría, con la única excepción de la práctica de pruebas, en que no se puede comisionar a jueces que residan en el mismo lugar del comitente. Pero es más: aunque la comisión conferida al Juez del Circuito de Bogotá hubiera sido irregular, esa circunstancia no habría sido motivo de nulidad del proceso, puesto que la incompetencia de jurisdicción prevista en el artículo 448 del C. J., sólo se refiere al Juez o Tribunal que conoce del asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia NO ACCEDE a declarar la nulidad procesal pedida por el apoderado de "Almacenes Bogotá S. A." en su memorial de tres de diciembre del año pasado.

Las costas del incidente son de cargo del articulante. Tásense.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada.—Luis A. Flórez.— Rafael Leiva Charry.— Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Cuando el acto del funcionario se produzca fuera del servicio, es posible que ello implique de parte de la Administración una falta de supervigilancia, y por ende una falta del servicio público que determine la responsabilidad de la Administración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.— Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Mediante escrito presentado al Tribunal Superior de Bogotá, el 23 de junio de 1950, el doctor Marco A. Dávila Márquez, obrando en representación de la Sociedad Comercial denominada "JOYERIA Y PLATERIA BOGOTA", solicitó se condenara a la Nación a pagar a sus poderdantes, la cantidad de $ 15.000.00, como monto de los perjuicios morales y materiales sufridos por la entidad demandante, a consecuencia del accidente de circulación ocurrido en la noche del día 12 de septiembre de 1948, en el que el camión del Ejército, distinguido con las placas 594 de Minguerra, chocó contra el mencionado establecimiento, situado en la carrera 6ª Nº 13-15 de esta ciudad, ocasionándole cuantiosas pérdidas, que él estima en la cifra arriba mencionada.

Como hechos de la demanda manifestó los siguientes:

"1º — El "guipón" o camión "MINGUERRA" prestaba servicios al Ministerio de Guerra, en la ciudad de Bogotá, el día doce (12) de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

"2º —En la citada fecha, a eso de las doce (12) de la noche, el vehículo en mención era manejado por el miembro del Ejército Nacional de nombre GONZALO MERCHAN ESPINOSA, cumpliendo labores propias de las Fuerzas Armadas.

"3º— Al efectuar el recorrido del barrio de 'San Cristóbal', hacia el de "Chapinero", de esta ciudad, el vehículo de que se trata fue estrellado en el local donde funcionaba el establecimiento de Joyería y Platería "BOGOTA", perteneciente a la Sociedad Comercial demandante, que estaba situado en la carrera sexta (6ª) número trece quince (13-15), de la actual nomenclatura de la ciudad.

"4º—A causa de este accidente fueron destruídas, casi totalmente, el mencionado local, las vitrinas y mostradores con que aquél estaba dotado; y muchas joyas y enseres de venta en tal establecimiento.

"5º—Como consecuencia de los destrozos en referencia, dejó de funcionar el establecimiento durante varios meses.

"6º—Debido al accidente, la entidad demandante sufrió graves pérdidas de orden moral y material, cuyo valor asciende a la cantidad de QUINCE MIL pesos moneda corriente ($ 15.000.00).

"7º—La Nación es responsable de los perjuicios recibidos por la sociedad demandante, por la sola razón de tener a su servicio ese vehículo motorizado que fue estrellado contra el establecimiento de que se trata, sea cuales fueren las causas que originaron el accidente;

"8º—El suceso generador de los daños fue constatado inmediatamente, por las autoridades de Circulación y Tránsito de Bogotá, y por el señor Juez Tercero Civil de este circuito, según expediente levantado ante los mismos funcionarios;

"9º—En fallo ejecutoriado, proferido por el señor Inspector Segundo de Circulación y Tránsito de Bogotá fue declarado COMO UNICO RESPONSABLE, el Sargento del Ejército Nacional señor GONZALO MERCHAN ESPINOSA. Este fallo lleva fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (1949)".

En derecho dijo fundar su pedimento a la luz de los artículos 1.494, 55, 1502, 2.341 y siguientes del Código Civil; 734 y siguientes del Código Judicial.

El fallo del Tribunal:

A la anterior demanda se opuso el representante de la Nación, esto es el Fiscal Primero de dicho Tribunal, oponiéndose a las declaraciones impetradas, y negando "la causa, razón o motivo de ella".

Abierto el negocio a prueba, solamente el actor

pidió la práctica de ellas, las que adelante estudiará la Sala, para desatar el recurso.

Conviene destacar el hecho de que ninguna de las partes hizo uso del derecho de alegar de bien probado.

Finalmente, mediante sentencia de fecha 27 de febrero de 1952, el **a quo** le puso fin al litigio, declarando lo siguiente:

"1º—La nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por la sociedad JOYERIA Y PLATERIA BOGOTA LIMITADA, con motivo del accidente de tránsito ocurrido el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho en la carrera sexta de esta ciudad, consistente en haber sido estrellado el camión de propiedad de la entidad demandada y al servicio del Ministerio de Guerra, distinguido con la placa número 594, contra el local número 13-15 de dicha carrera 6ª, en que funcionaba el establecimiento de joyería y platería denominado "BOGOTA", perteneciente a dicha sociedad.

2º—Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la entidad demandada a pagar a la sociedad JOYERIA Y PLATERIA BOGOTA LIMITADA, la cantidad de ocho mil quinientos pesos moneda legal ($ 8.500.00), valor de los perjuicios materiales recibidos por la expresada sociedad, pago que deberá hacerse dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

3º—No es el caso de hacer condena en relación con los perjuicios morales".

El recurso:

En tiempo oportuno ambas partes hicieron uso del recurso de alzada, razón por la cual hoy se encuentra al estudio de esta Sala de la Corte el negocio de la referencia.

Acá se le imprimió la tramitación correspondiente. Durante el período probatorio, el demandante solicitó la práctica de algunas pruebas que posteriormente no fueron traídas a los autos.

Por el contrario, el señor Agente del Ministerio Público llevó al informativo dos certificaciones, una del Servicio de Sanidad Militar del Ejército, y otra del Estado Mayor General que se apreciarán en su debida oportunidad.

Finalmente, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión, solicita "la revocatoria de la sentencia apelada, y que en su lugar se absuelva a la Nación".

El actor en esta instancia se abstuvo, como lo hiciera en la primera, de alegar de conclusión.

Encontrándose el negocio suficientemente preparado para recibir sentencia de segundo grado, a ello se procede, previas las siguientes consideraciones:

En la sentencia del Tribunal se reconoce que las pruebas allegadas a la primera instancia acreditan que en la noche del 11 de septiembre de 1948 ocurrió el accidente de tránsito de que dá cuenta la demanda; que con ese motivo se ocasionaron a la sociedad demandante perjuicios materiales ciertos e indiscutibles, cuyo monto fue valorado por peritos en la suma de $ 8.500; que el **guipón** o camión que causó los perjuicios pertenecía al Servicio de Sanidad del Ejército Nacional; y que dicho vehículo estaba manejado en los momentos del accidente por el señor Gonzalo Merchán Espinosa, quien prestaba sus servicios en la Dirección de Sanidad del Ejército.

Que tales hechos están plenamente establecidos en el juicio, lo acepta sin discusión el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien se expresó así en su alegato de conclusión ante la Sala:

"No voy a negar que el guipón Nº 594 era de propiedad del Estado el 12 de septiembre de 1948. Ni que en esa fecha era sargento del Ejército el señor Gonzalo Merchán Espinosa. Ni que en la noche del citado 12 de septiembre este sujeto estrelló tal vehículo contra el establecimiento de la demandante, causándole destrozos. Todo ello está probado con medios de convicción idóneos. Tampoco discutiré el monto de los perjuicios derivados tal como se determinaron en la diligencia de inspección ocular que, aunque extrajudicial, tiene el valor de plena prueba asignado por el artículo 731 del C. J.".

Pero con todo —dice el señor Procurador Delegado en lo Civil— "aún resta por resolver este doble interrogante: el hecho perjudicial del sargento Merchán Espinosa fue ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas? La Nación logró contrarrestar la presunción de culpa que sobre ella militaba inicialmente, con prueba conducente y eficaz?

Y en seguida agrega:

"No vacilo en responder negativamente lo primero y con la afirmativa lo segundo. En esta instancia produje el certificado del señor Director del Servicio de Sanidad Militar, en el que después de reconocer que el sábado 11 de septiembre de 1948 dicho sargento manejaba entre las 10 y las 12 de la noche el camión Nº 594 perteneciente a la dotación de la Sanidad, agrega: **pero no hay**

constancia de que la Dirección de Sanidad le haya dispuesto a esa hora y día ningún servicio (C. 4, f. 1.7). La certificación es concluyente: el hecho se consumó fuera del servicio y en horas que no son las que comúnmente se emplean para prestarlo. Y para mayor abundamiento, el señor Jefe del Estado Mayor Comandante del Ejército enfáticamente certifica: "El servicio de conductores de los vehículos militares **está sujeto a la disciplina y régimen militares** (C. 4 f., 10); luego los hechos que se salgan de esa disciplina y de ese régimen, estatuídos por el servicio y para el servicio, son hechos que sólo comprometen la responsabilidad personal del subalterno, así se hayan cumplido mediante actividades con cosas peligrosas del Estado".

Sobre el particular se considera:

Demostrado como está que el sargento Gonzalo Merchán Espinosa estaba al servicio del Estado y desempeñaba las funciones de conductor o chofer en las dependencias de Sanidad del Ejército el día 11 de septiembre de 1948, hay que aceptar que si a las 12 de la noche de ese día manejaba el vehículo de la Sanidad que causó los perjuicios a la sociedad demandante, era porque podía disponer de él para los fines del servicio al cual se hallaba adscrito, sin control riguroso de parte de aquellas dependencias. De aquí que no pueda considerarse que el accidente de autos fuera absolutamente extraño al servicio que prestaba en la Sanidad Militar Merchán Espinosa, pues cuando menos sirvió de ocasión o motivo para que se produjera, dadas las circunstancias anteriormente mencionadas. Conclusión tanto más acertada cuanto que en certificado de la Dirección de Sanidad se expresa que allí no existe constancia de que a Merchán Espinosa se le impartiera ninguna orden de servicio entre las 10 y las 12 de la noche del día del accidente, lo que en cireta forma está indicando que él no estaba sometido a horas fijas o determinadas de trabajo, seguramente porque su labor estaba destinada a la Sanidad del Ejército.

De otra parte, si Merchán Espinosa estaba sujeto a la disciplina militar y sin embargo pudo sacar de las dependencias de la Sanidad el vehículo del accidente sin órdenes de sus Superiores, de ahí apenas puede deducirse el relajamiento o descuido con que funcionaba aquella disciplina, lo que hace que también por este aspecto, o sea por falta de vigilancia del Servicio, haya de considerarse comprometida la responsabilidad del Estado.

En este sentido es pertinente el siguiente concepto del tratadista Royer Bonnard en su obra de Derecho Administrativo, después de expresar que los actos de los agentes públicos sólo comprometen su responsabilidad personal cuando actúan fuéra del ejercicio de sus funciones:

"Con todo, cuando el acto del funcionario se produzca fuéra del servicio, es posible que ello implique de parte de la administración una falta de supervigilancia, y por ende una falta del servicio público que determine la responsabilidad de la administración".

La tesis central de este fallo es la misma sentada en sentencia de 18 de octubre de 1950, publicada en la GACETA JUDICIAL Nos. 2087-88, y que hoy aquí se ratifica.

Conviene advertir, que la actitud bastante indolente del actor, quien no produjo pruebas, ni siquiera alegó de conclusión, fueron causa de que no se pudiera hacer condenación por razón de los perjuicios morales; lo mismo que sucedió en el Tribunal de instancia.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario de Joyería y Platería Bogotá contra la Nación, de fecha febrero 27 de 1952.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase a la oficina de origen.

Agustín Gómez Prada.— Luis A. Flórez.— Rafael Leiva Charry.—Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

LA JUSTICIA ORDINARIA ES INCOMPETENTE PARA REVISAR LAS SENTENCIAS DE EXCEPCIONES PROFERIDAS POR LAS AUTORIDADES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

Con fundamento en la facultad consagrada en el Art. 330 del C. Judicial, y actuando dentro del término que se le señaló para evacuar la demanda ordinaria propuesta por la Tropical Oil Company para que esta Sala de la Corte resuelva sobre si dicha compañía está o no obligada a pagar la suma de $ 24.495,65 por concepto de impuesto de consumo de gasolina, el señor Procurador Delegado en lo civil ha solicitado se declaren probadas las excepciones dilatorias de COSA JUZGADA y de DECLINATORIA DE JURISDICCION.

A la solicitud en referencia se le dió el trámite señalado en el Art. 335 del ya citado Código, y como es llegada la oportunidad de resolver sobre ella, a ello procede la Sala anteponiendo, como es de rigor, la exposición sintetizada de las alegaciones de las partes y las consideraciones respectivas que en seguida se consignan.

La acción

Se impone ante todo examinar las peticiones de la demanda incoada por la Tropical Oil Company en esta ocasión, porque sin ello no se llegaría al fondo mismo del problema jurídico que entrañan las excepciones opuestas por la parte demandada. Basta a tal fin la transcripción de las peticiones del libelo, que dicen así:

"**Primera.**—Que la Tropical Oil Company no estaba ni está obligada a pagar al Estado Colombiano la suma de veinticuatro mil cuatrocientos noventa y cinco pesos con sesenta y cinco centavos ($ 24.495,65) moneda corriente por concepto del impuesto de consumo de gasolina, consumida en sus explotaciones durante los siguientes períodos:

"Del 22 de diciembre de 1945 al 31 de diciembre del mismo año;

"Del 1º de enero al 13 de junio de 1946, y

Del 14 de junio al 31 de agosto del mismo año de 1946.

"**Segunda.**—Que la misma sociedad Tropical Oil Company tampoco estaba ni está obligada al pago de los intereses sobre la suma expresada en el punto anterior, a partir del 17 de mayo de 1947, fecha de la notificación a la Compañía del mandamiento ejecutivo, hasta el 17 de octubre de 1951, fecha en que se liquidó el crédito, por un total de $ 12.982.69.

"**Tercera.**—Que como consecuencia de lo anterior carece de valor y efecto legal la sentencia de excepciones proferida por el Honorable Consejo de Estado con fecha 11 de mayo de 1951, en la cual se resolvió sobre las excepciones propuestas por la Tropical Oil Company, en la oportunidad procesal dentro del juicio ejecutivo adelantado por la Nación contra dicha Compañía, sobre el cobro del impuesto de consumo a la gasolina consumida por la misma empresa en sus explotaciones.

"**Cuarta.**—Que por lo tanto carece así mismo de valor y efecto la sentencia de pregón y remate proferida por el Juzgado de Rentas Nacionales el 9 de agosto de 1951 por la cual se dispuso llevar adelante la ejecución contra la Tropical Oil Company por la suma de $ 24.495.65, los intereses de esta suma desde cuando se hicieron exigibles y hasta cuando se verifique el pago y la liquidación del crédito exigido ejecutivamente y ordenar que una vez hecha la liquidación del crédito, se entregue a la Nación la cantidad de dinero a que ascienda la liquidación del crédito, consignándola en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca.

"**Quinta.**—Que como consecuencia de lo anterior se declare que la Nación está obligada a devolver a la Tropical Oil Company las sumas siguientes: $ 24.495.65 por concepto del impuesto de consumo de gasolina; $ 12.982.69 por concepto de intereses sobre la primera de las cantidades indi-

cadas, las cuales fueron exigidas en virtud del juicio ejecutivo que terminó con la sentencia de pregón y remate mencionada en punto anterior.

"**Sexta.**—Que se declare también que la Nación está obligada a reconocer y pagar en favor de la Tropical Oil Company los intereses legales sobre las sumas mencionadas en el punto anterior desde el 7 de diciembre de 1951 y hasta el día en que se efectúe la devolución de las sumas expresadas.

"**Séptima.**—Que se provea lo conducente, mediante oficios al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y demás funcionarios competentes, en orden a la efectividad de los pagos de las sumas que se declare esté obligada a devolver y pagar la Nación en favor de la mencionada Tropical Oil Company".

La excepción de cosa juzgada

La hace consistir el señor Procurador Delegado en las siguientes razones:

Con anterioridad a la expedición de la Ley 67 de 1943, el conocimiento de las excepciones que se promovían en los juicios por jurisdicción coactiva, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del Art. 36 y 3º del Art. 76 del C. Judicial, y en el Decreto Ejecutivo Nº 1315 de 1936, correspondía privativamente a la justicia común. A tales juicios les era aplicable el Art. 1030 del expresado Código, según la jurisprudencia constante.

Por los artículos 3º y 4º de la precitada Ley 67 aquellas atribuciones se confirieron en general a la justicia Contencioso Administrativa. Mas como estos preceptos sufrieron considerables recortes en el fallo de inexequibilidad proferido por la Corte en 1944, en la actualidad la competencia en cuanto a las excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva se rige por la siguiente regla del fallo sobre inexequibilidad mencionado:

Si las excepciones y tercerías son propuestas en juicios por jurisdicción coactiva originados en actos de **gestión** de la Administración, su conocimiento corresponde a la justicia común. Cuando el juicio en cuestión se origina en actos de **poder** de la Administración, de esas excepciones y tercerías conoce la justicia Contencioso-administrativa.

Sentadas estas bases, y luego de reconocer de paso que la Ley 67 de 1943 nada dijo en punto a revisión de las decisiones sobre excepciones ni de las sentencias de pregón y remate proferidas en los juicios de que se viene hablando, y teniendo en cuenta que la sentencia de inexequibilidad precitada dejó sentado que de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 1030 del C. Judicial los fallos aludidos no fundan la excepción de cosa juzgada cuando son proferidos por la justicia ordinaria, el señor Procurador Delegado deduce, a contrario sensu, estas conclusiones:

"a) Si la sentencia de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva ha sido proferida por la justicia contencioso-administrativa, **fundará** la excepción de cosa juzgada en vía ordinaria y ante la justicia ordinaria (que es la contemplada en los artículos 36 y 76 en armonía con el 1030 del C. J.).

"b) En la misma forma: si la sentencia de pregón y remate se dicta en un juicio por jurisdicción coactiva fundada en un acto de **poder** de la Administración, **sí hace excepción de cosa juzgada** en vía ordinaria, ante la justicia ordinaria (que, como está visto es la considerada en el C. J., para conocer de la revisión en esa vía).

"c) A **fortiori**, estas dos clases de sentencias, dictadas en juicios que se iniciaron con actos de **poder** hacen tránsito a cosa **juzgada también** en la propia jurisdicción contencioso-administrativa porque una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo, so pena de destruír el principio de contradicción, que es de lógica elemental".

Es incuestionable por tanto —añade el excepcionante— que la revisión de los fallos de excepciones y de las sentencias de pregón y remate proferidos en juicios por jurisdicción coactiva sólo es posible cuando ellos han sido dictados por la justicia común. Los que lo han sido por la jurisdicción contencioso-administrativa hacen tránsito a cosa juzgada una vez ejecutoriados.

La excepción de declinatoria de jurisdicción

Esta excepción la propone el señor Procurador Delegado en forma subsidiaria de la anterior respecto de la acción revisoria del fallo de excepciones proferido por el Consejo de Estado de que trata la demanda anteriormente transcrita, y luego, como principal, en relación con la acción revisoria de la sentencia de pregón y remate, materia también de las impetraciones de la Tropical Oil Company.

En su primera forma, la excepción de declinatoria de jurisdicción se la hace estribar por el se-

ñor Procurador Delegado, en que, aún llegando a ser demasiado rigurosa la tesis de irrevisabilidad de los fallos sobre excepciones en juicios por jurisdicción coactiva pronunciados por la jurisdicción contencioso-administrativa, tesis deducida de la sentencia de inexequibilidad comentada anteriormente, así como jurisprudencialmente se ha deducido del Art. 1058 del C. Judicial que las sentencias de excepciones y de pregón y remate dictadas en juicios por jurisdicción coactiva, son revisables en vía ordinaria y por la misma justicia común que las dictó, otro tanto ha de suceder respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando es ella quien falla sobre excepciones, ya porque el Art. 5º de la Ley 67 de 1943 calló respecto a la revisión de esos fallos y de las sentencias de pregón y remate, ya también porque esta última disposición ordena que los jueces ejecutores, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado "procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial". Es obvio por tanto, que de aceptarse la revisabilidad en estos casos, el poder de revisión sólo podría caber dentro de la misma jurisdicción contencioso-administrativa y en ningún caso de la justicia común.

"Y esto tendría que ser así —añade— pues si la justicia común hoy es incompetente, por razón de la naturaleza del asunto, para sentenciar sobre excepciones propuestas en jurisdicción coactiva cuando el Estado actúa en función de **poder**, es claro que continúa siendo incompetente para **revisar** aquello que originariamente le era extraño a su conocimiento por razón de la naturaleza del asunto, pues la sujeta materia de la revisión sería exactamente la misma que se ofreció como objeto del fallo de excepciones".

Aduce en corroboración de lo anterior el texto del Art. 151 del C. Judicial, y añade que, siendo la Ley 67 de 1943 posterior al precitado Código, son las normas sobre competencia de aquella Ley las que han de prevalecer en este caso, con las salvedades hechas en el fallo de inexequibilidad tantas veces citado, y sin perder de vista el principio básico de que "es improrrogable la competencia por razón de la naturaleza del negocio".

Remata el señor Procurador Delegado estos argumentos alegando que si bien en el Código Contencioso Administrativo no se reprodujo el principio sobre irrevisabilidad de los fallos de esa jurisdicción especial, principio consagrado de anterior en el Art. 93 de la Ley 130 de 1913, él continúa en pleno vigor y ha sido invariablemente aplicado en toda su extensión por esta Sala, no ya en tratándose de sentencias propiamente dichas sino de simples autos interlocutorios, como se registra en el fallo de 27 de febrero de 1943, que copia en lo que el excepcionante estima pertinente.

Refiriéndose ya concretamente al objetivo de la excepción propuesta, dice el señor Procurador Delegado:

"Volviendo al caso de autos, al Consejo de Estado le fue planteada por el excepcionante, perfunctoriamente (no en incidente de nulidad) la cuestión de su incompetencia para proferir el fallo de excepciones. Mas dicha alta Entidad, sin rehuír la cuestión afirmó en sesudas consideraciones, visiblemente inspiradas en el fallo de inexequibilidad citado, su competencia privativa para conocer del problema, entre otras razones porque el cobro coactivo tuvo su origen en un título ejecutivo de "reconocimiento", creado por la Administración en ejercicio de sus facultades legales de poder, para la exacción de un impuesto creado por la Ley 50 de 1945 con caracteres de generalidad; y no en un Reconocimiento deducido de obligaciones **contractuales** no satisfechas por el deudor a la Administración "gestora". Esta apreciación del Consejo de Estado jamás podrá ser variada por la Corte Suprema sin socavar los fundamentos de nuestra organización jurisdiccional".

Para sustentar la excepción de que se trata como principal, expresa el representante de la Nación:

"La fundo igualmente en el artículo 331 del C. J., considerando sencillamente que la Ley no ha conferido a la Sala de Negocios Generales, pero ni siquiera a los Tribunales Superiores, competencia para ello. Basta examinar los Arts. 36, 37, y 76 del C. J., 10 a 12 del Decreto 1315 de 8 de junio de 1936 y 3º de la Ley 67 de 1943".

Respuesta de la Compañía actora

Oponiéndose al reconocimiento de las excepciones anteriores, el doctor Alfonso Pérez Palacio, apoderado de la Tropical Oil Company en el presente juicio, plantea la defensa de la demanda valiéndose de los siguientes argumentos:

Cosa juzgada. De llegarse a admitir la imposibilidad de revisar por la vía ordinaria los fallos sobre excepciones y las sentencias de pregón y remate dictadas en los juicios por jurisdicción coac-

tiva conforme a las tesis del excepcionante, se estaría afirmando que son letra muerta los Arts. 473 y 1030 del C. Judicial que consagran ese derecho sin restricción de ninguna naturaleza.

Resulta injurídico tratar de establecer limitaciones y distingos en la aplicación del precepto consagrado en el Art. 1030 citado, porque se trata de una disposición clara y terminante, de rigurosa observancia en el presente caso, toda vez que, según el mismo señor Procurador Delegado lo reconoce explícitamente, los juicios por jurisdicción coactiva se rigen por las mismas disposiciones que rigen para el juicio ejecutivo propiamente dicho.

Si la Ley 67 de 1943 nada dijo en relación con la revisión de los fallos de excepciones y de las sentencias de pregón y remate, fue precisamente "por cuanto existiendo en el Código Judicial los artículos 473 y 1030 no necesitaba agregar nada el legislador de tal año" sobre ese particular.

Declinatoria de jurisdicción.— Sostener que la Ley 67 de 1943 eliminó por de contado el recurso de revisión, como lo hace el señor Procurador Delegado, es una suposición gratuita, porque la sentencia de inexequibilidad respectiva, de la cual deduce tal conclusión el excepcionante, "no contempla en forma alguna el aspecto de la **revisión**".

Encuentra igualmente el señor apoderado de la Compañía carente de respaldo la afirmación hecha por el Procurador, según la cual si las sentencias de excepciones y de pregón y remate dictadas en juicios por jurisdicción coactiva, son revisables en vía ordinaria por la misma justicia común que las dictó, otro tanto ha de ocurrir y verificarse por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando es ella quien pronuncia tales fallos. Tal distinción no se apoya en ningún texto legal, ni le sirve tampoco de base el argumento sugerido por el Procurador cuando expresa que "es oportuno recordar el sabio principio que consignaba el artículo 93 de la Ley 130 de 1913 que ha debido reproducirse en el actual C. C. A., con mayor amplitud". En realidad, agrega el apoderado, no se puede invocar como argumento lo que ha debido consagrar una ley, cuando nada consagró ni dijo al respecto.

Finalmente, el mismo apoderado arguye que no existiendo en el Código Contencioso Administrativo trámite alguno para la revisión en juicio ordinario de los fallos de que se viene hablando, pues el llamado procedimiento ordinario del Capítulo XV de dicho Código se refiere a cuestiones ajenas al procedimiento ordinario civil, ha de concluírse necesariamente que la acción de revisión de que se trata es preciso adelantarla ante la justicia ordinaria, y dentro de ella ante esta Sala de Negocios Generales que es la competente para conocer por provenir la acción incoada de un contrato válidamente celebrado entre la Nación y la Compañía, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 del C. J., en armonía con los artículos 1º y 2º de la Ley 67 de 1943.

Consideraciones de la Sala

En opinión de este despacho la solución del incidente de que aquí se trata ha de contemplar la siguiente concreta cuestión:

Si los fallos de excepciones y de pregón y remate, proferidos por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en juicios por jurisdicción coactiva originados en actos de imperio de la Administración, fundan la excepción de cosa juzgada, en vía ordinaria y ante la misma justicia ordinaria.

Para la más exacta comprensión del problema planteado, conviene relatar sintéticamente los antecedentes de este asunto, a saber:

No sólo del texto de la sentencia de excepciones dictada por el Consejo de Estado con fecha 11 de mayo de 1951, sino de las piezas del juicio ejecutivo adelantado en el Juzgado de Rentas Nacionales contra la Tropical Oil Company, piezas traídas en copia con la demanda, se establecen los siguientes hechos:

La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca —Sección de Impuestos de Consumo y Timbre— en auto marcado con el Nº 98 C., de 30 de abril de 1947, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 2º y 3º de la Ley 50 de 1945, y por las Resoluciones Nos. R-340-E de 13 de noviembre de 1946 y R-369-E de 16 de diciembre siguiente, ordenó:

"Pasen las presentes diligencias al Juzgado de Rentas Nacionales, para que sobre el reconocimiento que se acompaña, por ese Despacho se verifique el cobro por la vía ejecutiva, de los valores que a continuación se expresan, por concepto

de impuesto de Consumo sobre Gasolina consumida en explotaciones:

AÑO	Galones	Impt. por galón	Total
1945 diciembre 22 a 31	5.660	0.10	566.00
1946 enero 1° a junio 13	127.221	0.10	12.722.10
1946 junio 14 a agst. 31	74.717	0.15	11.207.55
Sumas	207.598		24.495.65

Con base en el título ejecutivo así constituído, el Juzgado de Rentas Nacionales dictó con fecha 2 de mayo de 1947 el correspondiente auto de mandamiento de pago contra la Tropical Oil Company y a favor del Tesoro Nacional. (Fls. 25 v., y 26 de este cuaderno).

Intimado tal proveído al deudor, el juicio siguió su curso y en tiempo oportuno el apoderado de la Compañía introdujo un escrito en el cual propuso la excepción perentoria de inexistencia de la obligación y las demás que resultaren probadas en el incidente, cuyo conocimiento y decisión en concepto del excepcionante correspondía a la Sala de Negocios Generales de la Corte. No obstante, el libelo de excepciones fue enviado al H. Consejo de Estado, corporación que asumió el conocimiento del asunto, fallándolo definitivamente por medio de la providencia de 11 de mayo de 1951, ya mencionada antes.

En el expresado fallo, luego de considerar el punto relacionado con la competencia del mismo Consejo de Estado, se sientan estas previas consideraciones para desechar por improcedentes las excepciones de la Tropical:

"En tesis general, las excepciones que puede proponer el ejecutado en el incidente respectivo, deben consistir en la producción y demostración de la existencia de hechos que, conforme a una norma o precepto legal, produzcan el efecto de extinguir, impedir o modificar la eficacia y cumplimiento de la situación jurídica que el ejecutante hace valer, por medio del Organo Jurisdiccional del Poder Público, mediante los trámites del proceso ejecutivo.

"Ahora bien, como la situación jurídica hecha valer en el presente juicio por el Juzgado de Rentas y Ejecuciones Fiscales a favor de la Nación y a cargo de la Tropical Oil Company, constituye el contenido mismo del título ejecutivo, reconocido por el ordinal 2º del artículo 1059 del Código Judicial y deducido por la Administración Pública en ejercicio de funciones que le son propias y con las formalidades legales, es claro que la oposición y resistencia a las pretensiones de la entidad ejecutante serían procedentes si se fundamentaran en hechos jurídicos ocurridos con posterioridad a la formación o constitución del **reconocimiento** que sirve de recaudo ejecutivo.

"En los litigios en que se afectan intereses de orden público, económico y fiscal, en que es parte actora la Administración Pública, tiene la contraparte los recursos jerárquicos de la vía gubernativa, así como los reconocidos en el proceso contencioso-administrativo que le procuran la oportunidad de ejercitar las acciones y medios de defensa encaminados a hacer valer hechos y situaciones jurídicas constituídos con anterioridad a la constitución y formación del título ejecutivo, y de ahí, por qué, dentro del incidente de excepciones, en el juicio por jurisdicción coctiva, no sea dable variar las bases que se tuvieron en cuenta para la deducción de la obligación a cargo del contribuyente.

"Las razones que se han dejado someramente expuestas son más que suficientes para que esta Sala se abstenga de pronunciarse, concretamente, sobre el alcance de las cláusulas segunda y décima del contrato de fecha 25 de agosto de 1919, celebrado entre la Administración Pública y la Tropical Oil Company, así como acerca de la incidencia que ellas tengan o puedan tener en relción con el impuesto, creado por los artículos 2º y 3º de la Ley 50 de 1945, a que se refiere el **reconocimiento** que sirve de título ejecutivo en el presente juicio por jurisdicción coactiva; pero, sí quiere dejar claramente establecido que, la Tropical Oil Company y la Administración Pública han tenido diversas vías abiertas ante la justicia ordinaria y ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, para la definitiva y competente definición a fondo de la controversia sobre los hechos y situaciones jurídicas anteriores a la formación y constitución del título ejecutivo que ya tiene la eficacia formal y material de la cosa juzgada".

Como ya se vió, las súplicas de la demanda aquí incoada se enderezan a obtener las declaraciones de que la Tropical Oil Company no estaba ni está obligada a pagar al Estado Colombiano suma alguna por concepto del impuesto de consumo de gasolina, y que, por lo tanto, carecen de valor y efecto la sentencia de excepciones proferida por el H. Consejo de Estado y la de pregón y remate dic-

tada por el Juzgado de Rentas Nacionales, dentro del ejecutivo por jurisdicción coactiva que éste le siguió con base en el reconocimiento expedido contra dicha Compañía por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca. Como consecuencia de estas súplicas, se pide también que se declare que la Nación está obligada a devolver a la Compañía las sumas por ella pagadas con sus intereses legales.

En apoyo de tales peticiones, el actor resume en varios hechos todos los antecedentes del juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva seguido contra la Tropical y de los cuales se acaba de hacer mención.

Alega, además que en acatamiento del fallo por medio del cual el Juzgado de Rentas Nacionales dispuso llevar adelante la ejecución, la Compañía procedió a verificar el pago del impuesto y sus intereses, no sin hacer constar expresamente que se reservaba el derecho de pedir la revisión del juicio ejecutivo, por vía ordinaria, por considerar que ni contractual ni legalmente estaba obligada a pagar las sumas exigidas coactivamente, ya que cuando se presentaron las circunstancias que dieron origen al juicio ejecutivo en referencia, se hallaba vigente el contrato celebrado el 25 de agosto de 1919 entre la Nación y la Tropical, contrato en cuyas cláusulas SEGUNDA y DECIMA se exoneró a la última de toda clase de impuestos, ya también porque ni la Ley 50 de 1945 ni otra alguna, han establecido el impuesto de consumo de gasolina. Hechos h) a m).

Así concretadas las peticiones sobre que versa la demanda instaurada por la Tropical, para este despacho es evidente que, exceptuando la TERCERA y CUARTA, a las cuales se contraen las excepciones propuestas por el Procurador Delegado, las restantes súplicas se enderezan a controvertir el sentido y alcance de cláusulas contractuales que la parte actora considera unilateralmente quebrantadas por un acto de imperio de la Administración, y, en su caso, a condenar a la misma al pago de la indemnización correspondiente, o reparación patrimonial, todo lo cual se traduce en la devolución de las sumas que se dice fueron indebidamente pagadas, con sus intereses legales.

Ahora bien, acerca de tales cuestiones no puede afirmarse que el fallo del Consejo de Estado hace tránsito a la cosa juzgada, por cuanto que esa misma alta entidad se abstuvo de pronunciarse, concretamente, sobre el alcance de las cláusulas del contrato invocadas por la Compañía, "así como acerca de la incidencia que ellas tengan o puedan tener en relación con el impuesto, creado por los artículos 2º y 3º de la Ley 50 de 1945...." Tampoco el Procurador Delegado excepcionó contra las expresadas súplicas, sino únicamente respecto de la TERCERA y CUARTA, en cuanto ellas entrañan en el fondo una revisión de la sentencia de excepciones y de la de pregón y remate, pues allí se pide que se declaren esos actos jurisdiccionales sin valor y efecto.

Viniendo al fallo de inexeqeuibilidad de los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, proferido por la Corte Plena con fecha 26 de julio de 1944, en el cual se funda principalmente el Procurador Delegado, es verdad —como se afirma por el apoderado de la Compañía— que en ese fallo nada se decidió en relación con el punto concreto aquí planteado, esto es, si la sentencia de excepciones en juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, originados en un acto de poder de la Administración, son revisables por la justicia común, en vía ordinaria, o si, por el contrario, tales sentencias fundan la excepción de cosa juzgada ante la misma justicia.

En dicho fallo la Corte, acogiendo la doctrina de los más autorizados expositores de derecho administrativo, según la cual la jurisdicción administrativa es un poder independiente y especial en el sentido técnico y formal del concepto, se concretó a deslindar el campo en que actúan separadamente las dos jurisdicciones, ordinaria y contencioso-administrativa, respecto de los juicios ejecutivos atribuídos privativamente al Consejo de Estado y a los demás Tribunales Administrativos por las disposiciones acusadas de inexequibilidad, y llegó a esta conclusión: que "lo que fija la competencia administrativa u ordinaria, es el hecho de que la contención se origine o nó en un acto de poder de la Administración".

En armonía con este principio, apartes más adelante dijo el mismo fallo:

"En forma que el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia un contrato.

"En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia y eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea de un acto de ges-

tión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluírse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria.

"Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trate de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración".

Por último, concluye la Corte, "de lo que se deja dicho se deduce el alcance que ha de darse al artículo 1030 del Código Judicial....".

"Si la sentencia de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva ha sido proferida por la justicia ordinaria, no fundará la excepción de cosa juzgada en vía ordinaria, y ante la misma justicia.

"En la misma forma: si la sentencia de pregón y remate se dictó en un juicio por jurisdicción coactiva fundado en un acto de gestión de la Administración, tampoco hace excepción de cosa juzgada en vía ordinaria, ante la justicia ordinaria".

Mas de las dos anteriores conclusiones no es posible deducir que si la sentencia de excepciones o la de pregón y remate fue dictada por la justicia contencioso-administrativa, en juicio por jurisdicción coactiva originado en un acto de poder, hace tránsito a la cosa juzgada en vía ordinaria y ante la justicia ordinaria. Lo que claramente se deduce de allí, frente al principio de que la jurisdicción contencioso-administrativa es independiente de la ordinaria y no una desmembración de ésta, es la falta de competencia de los jueces comunes para revisar las decisiones proferidas por el poder administrador cuando actúa en ejercicio de sus funciones propias.

Sin que valga argüír que no habiendo establecido el Código Contencioso Administrativo trámite para la revisión de estos fallos, "pues el llamado procedimiento ordinario del Capítulo XV de dicho Código se refiere a cuestiones ajenas al procedimiento ordinario civil", "son letra muerta los artículos 473 y 1030 del C. Judicial". Porque ello cuando más quiere decir que existe un vacío en la Ley que no permite dar aplicación por la jurisdicción contencioso-administrativa al último de los preceptos citados, y no que a falta de una norma especial que regule el trámite a seguir en la revisión de tales fallos por la propia jurisdicción que los dictó, haya de entenderse que es a la justicia común a quien corresponde revisarlos.

Finalmente no sobra decir que el reconocimiento que habrá de hacerse de las segundas de las excepciones propuestas por el Procurador Delegado, no obsta para que pueda ventilarse la acción civil ordinaria enderezada a controvertir el sentido y alcance de las cláusulas contractuales que la Compañía demandante opone al acto jurisdiccional contencioso-administrativo cuya firmeza constituye la causa determinante de tal acción. El Art. 40 del C. Judicial dá a esta Sala de la Corte competencia para conocer de la misma.

Por lo expuesto, este Despacho declara FUNDADA la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en cuanto se refiere á las súplicas TERCERA Y CUARTA de la demanda de que se trata. No es el caso de hacer igual declaración respecto de la otra excepción de cosa juzgada que se alegó como principal.

En consecuencia, se dispone devolver la demanda al actor para lo que estime conveniente. Sin costas.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry. — **Jorge García Merlano,** Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL

1—La Corte ha sostenido invariablemente que en negocios de petróleos es necesario establecer plenamente y sin lugar a dudas las siguientes condiciones:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o las adjudicaciones como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912;

b) La determinación precisa y objetiva del terreno materia de la demanda; y

c) Que el terreno titulado y determinado conforme a los apartes anteriores, está comprendido dentro del perímetro del terreno señalado para la concesión.

2—Es lógico admitir que cuando se trata de un título de minas de petróleo expedido durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, no se puede ni se debe exigir los títulos que específicamente señalan los apartes a) y b) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936. Pero la exigencia del aparte c) del mismo artículo 7º sobre "la determinación precisa del terreno de que se trata", es obligatoria en gestiones sobre petróleo con cualesquiera clases de títulos, o sea de los emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o de los correspondientes a adjudicaciones de minas de petróleo durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Gerales.— Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y tres.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Con fecha 23 de febrero de 1948 y mediante Resolución número 133, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 422 formulada por el señor Jorge Vallejo, referente a un globo de terreno de quince mil seiscientas veintiuna hectáreas con cinco mil quinientos metros cuadrados (15.621 Hctas., 5.500 M2), ubicado en el Municipio de Montería, del Departamento de Bolívar, hoy Córdoba, y comprendido por los siguientes linderos:

"Como punto de partida de la alinderación se ha tomado el marcado en el plano con la letra "A", que se halla situado a una distancia de mil un metros con ocho centímetros (1.001.08 m.) y rumbo sur veintinueve grados, trece minutos cincuenta y seis segundos con seis décimas de segundo oeste (S.29º 13' 56". 6W) de la estación denominada "Guaimaral", donde existe un mojón y una torre estables, pertenecientes a la red geodésica del Sinú y cuyas coordenadas son: Latitud: ocho grados, cuarenta y seis minutos, seis segundos con trescientas once milésimas de segundo norte (Lat. 8º 46' 06". 311 N.) y Longitud: setenta y seis grados, seis minutos, cuatro segundos con cuatrocientos cuarenta y nueve milésimas de segundo al oeste de Greenwich (Long. 76º 06'04". 449 W de Gr.). La estación geodésica de Guaimaral mencionada se ha tomado como punto de referencia.

"1. Del punto de partida "A" se sigue en línea recta por una distancia de doce mil metros (12.000 m) con rumbo norte sesenta y nueve grados, veintidós minutos, cero segundos (N. 69º 22'00" W) a dar al punto marcado en el plano con la letra "B", que queda situado a una distancia de tres mil doscientos treinta y nueve metros con noventa y dos centímetros 3239.92 m.) y rumbo norte setenta y nueve grados, treinta y tres minutos, veintidós segundos ocho décimos de segundo este (N. 79º 33'22". 8 E) de la estación astronómica de San Felipe, en donde se hizo la observación para la determinación de la declinación magnética en el mes de agosto de 1944.

"2. Del punto "B" anterior se continúa en línea recta por una distancia de seis mil treinta y cuatro metros con noventa y seis centímetros (6.034. 96 m) con rumbo norte veinte grados, cuatro minutos, diez y ocho segundos con cuatro décimas de

segundo-este (N. 28º 04' 18". 4 E) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "C".

"3. Del punto "C" anterior se continúa en línea recta por una distancia de diez y seis mil quinientos sesenta metros (16.560.00 m.) con rumbo sur ochenta y ocho grados, cuarenta y cinco minutos, cero segundos este (S.88º 45' 00". E) hasta dar al punto marcado en el plano con la letra "D', que queda situado en la plaza del caserío de Santa Lucía.

"4. Del punto "D" anterior se continúa en línea recta por una distancia de doce mil seiscientos cuatro metros con cuarenta y tres centímetros (12. 604,43 m.) con rumbo sur ocho grados, veintisiete minutos, doce segundos con seis décimas de segundo oeste (S. 8º 27' 12". 6 W) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "E".

"5. Del punto "E" anterior se continúa en línea recta por una distancia de seis mil doscientos veintiún metros con cincuenta centímetros (6.221. 50 m.) con rumbo norte sesenta y nueve grados, veintidós minutos, cero segundos oeste (N.69º 22' 00" W) hasta dar en el punto marcado en el plano con la letra "F".

"Del punto "F" anterior se continúa en línea recta por una distancia de setecientos noventa metros (790.00 m.) con rumbo norte veinte grados, treinta y ocho minutos, cero segundos este (N. 20º 38' 00" E.) hasta dar en el punto "A" de partida de la alinderación.

"Todos los rumbos descritos se refieren al meridiano astronómico o verdadero..." (fs. 21 a 23 y 32 a 33 del C. Nº 1).

A esta propuesta formuló oposición oportunamente el doctor Luis Quintero Henao, como apoderado especial de la "Compañía Explotadora de Petróleos S. A." alegando que dentro del globo de la concesión solicitada se hallan comprendidos los terrenos que cubren varias minas petrolíferas de propiedad de la referida compañía, las cuales se encuentran alinderadas así:

"LA MORA:...En efecto, los peritos se trasladaron a un pozuelo o manifestación de petróleo que se encuentra arriba de unos rastrojos del señor Andrés Aguilar denominados "El Jardín", y desde allí midieron mil quinientos metros en dirección Este, del extremo de esa línea, midieron mil quinientos metros hacia el Norte, en cuyo extremo se clavó un poste de madera recia, como mojón; de aquí se midieron tres mil metros hacia el Oeste clavando al fin otro mojón; de este punto en dirección Sur se midieron tres mil metros, en cuyo extremo se puso otro mojón; de aquí en dirección Este se midieron tres mil metros, clavando al fin otro mojón; y de aquí hacia el Norte se midieron mil quinientos metros, hasta cerrar la figura. La mensura se hizo obedeciendo las ondulaciones naturales del terreno. De esta manera quedó determinada la forma y extensión de la superficie del terreno adjudicado para esta mina que resultaron ser un cuadrado de tres mil por tres mil metros.

"ANTOÑITO:... En cnosecuencia, los peritos, por orden del señor Alcalde y de acuerdo con el interesado se trasladaron a la confluencia de las quebradas llamadas Aguila y Guineo, y de este punto donde se puso el primer mojón midieron hacia el Este cuatro mil metros, en cuyo extremo se puso el segundo mojón; de éste midieron para el Norte, dos mil metros cruzando la quebrada de Durango y el camino de La Ceiba; del extremo de dicha línea, donde se puso el tercer mojón midieron para el Oeste, cuatro mil metros, en cuyo extremo se puso el cuarto mojón; y de este punto midieron para el Sur dos mil metros, hasta llegar al punto de partida. De esta manera quedó determinado un rectángulo de dos mil por cuatro mil metros. La mensura se hizo por la superficie del terreno, y observando en todo los requisitos legales".

"DOS BOCAS:... En efecto, instalados los peritos en el punto preciso en donde está la manifestación de petróleo en la quebrada de "Dos Bocas", midieron hacia el Norte mil quinientos metros; de aquí midieron otros mil quinientos metros hacia el Este y mil quinientos metros hacia el Oeste, en cuyos extremos se clavó un mojón; de los extremos de esta línea que en su totalidad mide tres mil metros, se midieron dos paralelas hacia el Sur, dándole a cada una una extensión de tres mil metros, poniéndose en ambos extremos los mojones correspondientes; luégo midieron en dirección Este a Oeste, la línea de la espalda que cerró la figura con una dimensión de tres mil metros. De esta manera quedó determinado el perímetro del lote de terreno adjudicado para esta mina que resultó ser un rectángulo de tres mil por tres mil metros. La mensura se hizo obedeciendo las ondulaciones naturales de la superficie del terreno".

"AGUILA:...En efecto, los peritos por orden del señor Alcalde, y de acuerdo con el interesado, se trasladaron al lugar de la confluencia de las quebradas Aguila y Guineo, y desde este punto midieron hacia el Oeste, mil metros, cruzando varias veces la quebrada del Guineo y pasando por un costado de un predio de yerba del f.s., Néstor Navarro, llamado "Aguila"; del extremo de esta línea, en donde se puso el primer mojón, midieron los peritos dos mil metros, para el Sur, hasta llegar a un árbol de ovejuelo, que está en el camino real de "Los Angeles", poniéndose aquí el segundo mojón; de este punto se midieron hacia el Este, cinco mil metros, en cuyo extremo se colocó el tercer mojón; de aquí midieron para el Norte, dos mil metros, poniéndose allí el cuarto mojón; de este último punto midieron para el Oeste, cuatro mil metros, hasta llegar al punto de partida, cruzando varias veces con esta línea, la quebrada de "El Guineo". De esta manera quedó cerrada la figura del perímetro del lote de terreno adjudicado para esta mina que resultó ser un rectángulo de dos mil por cinco mil metros".

"LAS PAVAS:... En efecto, instalados los peritos en el punto donde está la manifestación de petróleo, midieron hacia el Norte, mil quinientos metros; de aquí al Este, midieron otros mil quinientos metros, en cuyo extremo se clavó un poste de madera recia, como primer mojón; de aquí se midieron hacia el Sur, tres mil metros, clavando en su extremo el mojón número dos; de aquí al Oeste, se midieron otros tres mil metros, clavando al pie el mojón tercero; luego hacia el Norte, se midieron otros tres mil metros, clavándose el mojón cuarto; y de este punto hacia el Este, midiéronse mil quinientos metros, hasta cerrar la figura. De esta manera quedó determinado el perímetro del lote de terreno adjudicado para esta mina, que resultó ser un cuadrado de tres mil por tres mil metros. La mensura se hizo obedeciendo las ondulaciones naturales del terreno".

"LAS PIEDRECITAS:... Los peritos por orden del señor Alcalde, y de acuerdo con los deseos del interesado, se trasladaron a un punto que determina la confluencia del Arroyo Triste con la quebrada de "El Caobal", y desde dicho punto midieron hacia el Este dos mil metros cruzando varias veces la quebrada de "El Caobal" y una vez el camino real que desde Montería va a "Puerto Escondido", clavando en el extremo de esta línea un poste de madera recia como primer mojón; de este punto midieron hacia el Sur tres mil metros, clavando en su extremo el segundo mojón; de aquí midieron hacia el Oeste tres mil metros, donde se clavó el tercer mojón; de aquí midieron tres mil metros hacia el Norte, en cuyo extremo se clavó el cuarto mojón; y de aquí midieron hacia el Este mil metros hasta el punto de partida, quedando de esta manera cerrada la figura que determina el perímetro del lote de terreno adjudicado para esta mina, que resultó ser un rectángulo de tres mil por tres mil metros (sic). La mensura se hizo obedeciendo las indicaciones naturales de la superficie del terreno y todo de conformidad con las disposiciones legales".

"MENDEZ:... En efecto, situado el perito con su ayudante, en el lugar preciso donde está la manifestación de petróleo, en un arroyo denominado "Méndez" que desemboca a la quebrada de "Las Pavas", midieron hacia el Este, mil quinientos metros; de allí hacia el Norte, midieron mil quinientos metros en cuyo extremo se colocó el primer mojón; de allí hacia el Oeste, midieron tres mil metros en cuyo extremo se puso el segundo mojón de allí tres mil metros hacia el Sur poniendo al fin el tercer mojón; de allí con rumbo al Este midieron otros tres mil metros poniendo en su extremo el cuarto mojón; y de este punto hacia el Norte, midieron mil quinientos metros hasta el punto de partida. De esta manera quedó demarcado el perímetro del lote de terreno adjudicado para esta mina, que resultó ser un rectángulo de tres mil por tres mil metros. La mensura se hizo obedeciendo a las ondulaciones naturales de la superficie del terreno y teniendo en cuenta todos los requisitos legales".

"VOLCAN DEL MEDIO:... En consecuencia, los peritos por orden del señor Alcalde y de acuerdo con el interesado, se trasladaron a un punto en la orilla del arroyo llamado "Cheja" que desemboca a la quebrada de "San Diego", y que está a trescientos metros al Norte del camino de los "Angeles"; desde dicho punto donde se puso el primer mojón, midieron hacia el Este cinco mil metros, en cuyo extremo se puso el segundo mojón; desde aquí midieron hacia el Norte dos mil metros, en donde se puso el tercer mojón; de aquí, midieron para el Oeste, cinco mil metros, en cuyo extremo se puso el cuarto mojón, y desde este punto midieron hacia el Sur, dos mil metros hasta el punto

de partida. De esta manera quedó determinado un rectángulo de dos mil por cinco mil metros. La mensura se hizo por la superficie del terreno y observando en todo los requisitos legales". (fs. 4 a 17 c. Nº 2).

En vista de la oposición que se menciona y de las pruebas con ella presentadas, el Ministerio de Minas ordenó el envío del expediente a esta Sala de la Corte para los fines contemplados en el artículo 10 del Decreto Extraordinario número 10 de 1950 (f. 65 c. Nº 1).

Tramitado el negocio en esta Sala como juicio ordinario de única instancia, de acuerdo con lo previsto en el Decreto número 10 antes citado se procede a dictar el correspondiente fallo, previa advertencia de que en esta etapa judicial no se solicitaron nuevas pruebas, si bien se ordenó en auto para mejor proveer que se practicase una inspección ocular, inspección que no se cumplió porque la parte opositora no suministró los elementos materiales necesarios para su realización.

Las pruebas de la oposición

Con el propósito de demostrar el derecho que les asiste en la demanda los opositores adujeron únicamente las pruebas que a continuación se expresan:

1). Copia de la escritura pública número 12 del 5 de enero de 1914 de la Notaría 1ª de Cartagena, en la cual aparece protocolizado el título de adjudicación de la mina denominada "La Mora", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar, el 15 de octubre de 1913 a favor de Diego Martínez y Co., de Cartagena; Diego Martínez y Co., de Lorica; Manuel Burgos y Co., de Berástegui y Prisciliano Cabrales de Montería. Dicho título figura inscrito en el libro número 1 de la Oficina de Registro de Montería con fecha 27 de octubre de 1913. (fs. 64 a 69 c. Nº 2).

2). Copia de la escritura pública número 642, de 22 de noviembre de 1922, de la Notaría 1ª de Cartagena, por medio de la cual se protocolizaron varios títulos de adjudicación de minas de petróleo, entre otros, el de la denominada "Antoñito", que fu expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 6 de noviembre de 1913 a los señores Diego Martínez y Co., de Cartagena; Diego Martínez y Co., de Lorica; Manuel Burgos y Co., de Berástegui y Prisciliano Cabrales de Montería. La inscripción de este título de adjudicación figura en el Libro número 1 de la Oficina de Registro de Montería, con fecha 2 de diciembre de 1913. (fs. 70 a 76 del c. Nº 2).

3). Copia de la escritura pública número 26 de fecha 9 de enero de 1914, de la Notaría 1ª de Cartagena, por medio de la cual se protocolizó el título de adjudicación de la mina denominada "Dos Bocas" que fue expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 18 de octubre de 1913, a los señores Prisciliano Cabrales y Sixto M. Canabal. Este título figura inscrito en el Libro número 1 de la Oficina de Registro de Montería, el 4 de noviembre de 1913. (fs. 77 a 81 **ibídem**).

4). Copia de la escritura pública número 20 de 7 de enero de 1914, de la Notaría 1ª de Cartagena, en la cual aparece protocolizado el título de adjudicación de la mina de petróleo denominada "Aguila", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 18 de octubre de 1913 a favor de los señores Diego Martínez y Co., de Cartagena; Diego Martínez y Co., de Lorica; Manuel Burgos y Co., de Berástegui y Prisciliano Cabrales de Montería. Este título figura inscrito en el Libro número 1 de la Oficina de Registro de Montería, el 27 de octubre de 1913. (fs. 82 a 87 **ibídem**).

5). Copia de la escritura pública número 21 de 8 de enero de 1914, de la Notaría 1ª de Cartagena, en la cual se protocolizó el título de adjudicación de la mina de petróleo denominada "Las Pavas", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar a los señores Sixto M. Canabal y Prisciliano Cabrales, el 18 de octubre de 1913. El registro se hizo en el Libro número 1 de la Oficina de Montería el 3 de diciembre de 1913. (fs. 88 a 92, **ibídem**).

6). Copia de la escritura pública 1213, de fecha 13 de diciembre de 1913, de la Notaría 1ª de Cartagena, por la cual se protocolizó el título de adjudicación de la mina de petróleo denominada "Las Piedrecitas", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 15 de octubre de 1913 a los señores Diego Martínez y Co., de Cartagena; Diego Martínez y Co., de Lorica; Manuel Burgos y Co., de Berástegui y Prisciliano Cabrales, de Montería. Dicho título figura inscrito en el Libro número 1 de la Oficina de Registro de Montería, con fecha 25 de octubre de 1913. (fs. 93 a 98, **ibídem**)

7). Copia parcial de la escritura pública número 642, de 22 de noviembre de 1922, de la Notaría 1ª de Cartagena, por medio de la cual se protocolizaron los títulos de adjudicación de varias mi-

nas de petróleo, entre otros, el de la denominada "Méndez", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 10 de noviembre de 1913 a favor de los señores Diego Martínez y Co., de Cartagena; Diego Martínez y Co., de Lorica; Manuel Burgos, y Co., de Berástegui y Prisciliano Cabrales de Montería. Dicho título figura inscrito en el Libro 1 de la Oficina de Registro de Montería, con fecha 9 de diciembre de 1913 (fs. 99 a 104, ibídem).

8). Copia de la escritura pública número 23 de 8 de enero de 1914, de la Notaría 1ª de Cartagena, por medio de la cual se protocolizó el título de adjudicación de la mina de petróleo denominada "Volcán del Medio", expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar el 18 de octubre de 1913 a favor de los señores Diego Martínez y Co., de Cartagena; Diego Martínez y Co., de Lorica; Manuel Burgos y Co., de Berástegui y Prisciliano Cabrales, de Montería. El registro se hizo en el Libro número 1 de la Oficina de Montería, con fecha 4 de noviembre de 1913 (fs. 105 a 110, ibídem).

9). Copia de la escritura pública número 279 de 20 de abril de 1920 de la Notaría 2ª de Cartagena, por la cual se protocolizaron sendos recibos sobre redención a perpetuidad de las ocho minas de petróleo mencionadas, recibos expedidos por la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena, con fecha 12 de febrero de 1920, cada uno por ochenta pesos ($ 80.00). (fs. 111 a 126, ibídem).

10). Copias de las escrituras números 1274, de 29 de diciembre de 1913; 341, de 13 de abril de 1914 y número 300 de 31 de mayo de 1938, otorgadas todas en la Notaría 1ª de Cartagena y debidamente registradas Por la primera se constituyó la "Compañía Explotadora de Petróleo del Río Sinú", con el objeto de "poner en estado de explotación" varias minas de petróleo que fueron aportadas a la sociedad, entre ellas las que son objeto de esta oposición (fs. 20 a 24 del c. Nº 2); por la segunda se reformaron los estatutos de la "Compañía Explotadora de Petróleo del Río Sinú" y se le cambió su nombre por el de "Compañía Explotadora de Petróleo" (fs. 25 a 32 ibidem) y por la escritura número 300 se liquidó la "Compañía Explotadora de Petróleo" y se constituyó la "Compañía Explotadora de Petróleos S. A.". (fs. 33 a 63 ibídem). Y

11). Certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos públicos y Privados del Circuito de Montería sobre las tradiciones de dominio a que se ha hecho referencia, en los cuales aparece que la propiedad actual de las minas de petróleo corresponde a la "Compañía Explotadora de Petróleos S. A." (fs. 127 a 150 del c. Nº 2).

Además se presentó un certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena fechado el 3 de mayo de 1948, en donde consta la existencia de la "Compañía Explotadora de Petróleos S. A." y en donde se certifica que el señor Henrique G. de Pombo, quien dio el poder para la oposición de que ahora se trata, desempeña el cargo de Gerente principal de la referida sociedad. (f. 3, ibídem).

Concepto de la Procuraduría

El señor Agente del Ministerio Público conceptúa, en su alegato de conclusión presentado a la Sala, que en el presente asunto hay base para desestimar las pretensiones de los opositores, por cuanto las conclusiones del Servicio Técnico del Ministerio de Minas respecto a la vaga determinación de los predios y al dudoso contenido de las diligencias de mensura y entrega de las minas, no han sido desvirtuadas por la parte opositora mediante el aporte de nuevas pruebas, lo cual hace que subsista la misma situación probatoria que tenía el negocio cuando se puso fin a la tramitación administrativa.

Dice así el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"En el curso del trámite administrativo, el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos formuló a la oposición de que se viene haciendo mérito, varios reparos, que pueden resumirse concretamente así:

"a)—Que según la descripción de los linderos definidos en los actos de posesión, entrega y demarcación de los lotes de terreno correspondientes a las minas en estudio, se concluye que dichos linderos y las respectivas medidas practicadas, no se ajustan a los requisitos técnicos exigidos por el artículo 7 del Decreto número 761 de 1887.

"b)—Que las medidas en el terreno se practicaron obedeciendo las ondulaciones e irregularidades naturales de éste, y no horizontalmente como lo requiere la técnica, lo cual conduce al resultado de que los perímetros de los lotes de terreno demarcados en la forma como expresan las alinderaciones, no delimiten el área.

"c)—Que de la descripción de linderos, se deduce también que, en la mayoría de los casos los

puntos de partida para la demarcación de las minas, no están bien definidos, por lo cual su ubicación en el terreno es un tanto vaga e imprecisa.

"De igual manera, el Ingeniero Director de la misma Sección, adicionó el informe anterior, destacando la siguiente observación:

"..... hay indicios de no haber sido medidas las minas, porque en todas se dice que la medida cerró exactamente en números redondos, en longitud y rumbos, lo que no puede suceder así; como también se informa, la medida se hizo siguiendo las ondulaciones del terreno; y porque al dibujar teóricamente las figuras con los puntos de partida y los linderos dados, resultan grandes superposiciones entre las minas "Dos Bocas" y "Méndez", y de aquélla en la de "Las Pavas", sí puede (sic) explicarse que haya errores en la descripción de sus linderos, y la superposición es todavía mayor entre las minas "Aguila" y "Volcán del Medio" cuyos predios casi resultan uno mismo..." (fs. 9 y 10 del c. Nº 12).

Consideraciones de la Sala:

Esta Sala ha sostenido invariablemente que en negocios de petróleo es necesario establecer plenamente y sin lugar a dudas las siguientes condiciones:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o las adjudicaciones como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912.

b) La determinación precisa y objetiva del terreno materia de la demanda.

c) Que el terreno titulado y determinado conforme a los apartes anteriores, esté comprendido dentro del perímetro del terreno señalado para la concesión.

PRIMERA CONDICION: TITULO: En el caso de autos los títulos presentados por el opositor —quien en este juicio ordinario asume el carácter de demandante— son las adjudicaciones de las minas que se dejan especificadas, adjudicaciones efectuadas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, que como se sabe rigió desde el 23 de noviembre de 1912 hasta el 15 de noviembre de 1913.

Por lo que respecta a la parte exterior o formal de los citados títulos no hay observación que formular; pero lo que importa establecer es si esos títulos amparan en realidad, de manera precisa y objetiva, los terrenos en ellos descritos, punto que es materia de la segunda condición que se pasa a examinar.

Segunda condición: determinación precisa del terreno: El demandante no ha establecido la identidad precisa y objetiva de los terrenos amparados por los títulos antes mencionados. En la gestión administrativa del Ministerio de Minas y Petróleos se limitó a presentar (como lo dice textualmente en el número 25 de su memorial de oposición) "Documentos, en ocho legajos, relacionados con la identificación de los puntos de partida de la alinderación de cada una de las minas de que trata la presente oposición, y del ligamento de dichos puntos de partida a la red de triangulación del Sinú, trabajos éstos llevados a cabo en el terreno, por la SINU OIL COMPANY". (Fojas 18 v., a 19 del cuaderno de la oposición).

En relación con esta clase de documentos dijo esta Sala lo siguiente en sentencia del 23 de enero de 1953:

"La Sala estima, de acuerdo con el Tribunal y con el señor Procurador, que no puede reconocérsele eficacia demostrativa a estas pruebas, no obstante haber sido allegadas con la demanda, porque tanto el plano como los estudios o anotaciones geodésicas son el resultado de reconocimientos del terreno practicados en forma unilateral y fuera del juicio. En ellos no intervino la contraparte ni se practicaron con las formalidades que la ley señala para la inspección ocular y para el dictamen pericial".

Con la salvedad apuntada y sólo por vía de confirmación de los reparos formulados por el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos se hacen las consideraciones que siguen sobre los datos de cartera contenidos en los ocho legajos en referencia:

1ª Los correspondientes a la minas "VOLCAN DEL MEDIO" y "MENDEZ" no tienen descripción de ninguna clase.

2ª El legajo de la mina "DOS BOCAS" contiene una corta leyenda acerca de Pedro Lozano de las Pavas, Pedro de los Santos Suárez, Marcelino Suárez, pero no da indicación alguna acerca del punto de partida de la alinderación de la mencionada mina.

3ª El legajo de la mina "LAS PAVAS" dice que se procedió a amojonar el volcán de Las Pavas y hace la descripción de tal mojón, pero no determina punto alguno de partida.

4ª El legajo de la mina "LAS PIEDRECITAS" tiene los siguientes apartes:

"El único lugar llamado PIEDRECITAS es, según los moradores de la región, el sitio donde vive en la actualidad Jorge Regino, sobre la quebrada del mismo nombre". "Se aclara que ninguno de los moradores de la región recuerda los puntos de partida de las mensuras hechas por P. Cabrales, y que la identificación del centro de la mina "LAS PIEDRECITAS" se basó casi exclusivamente en la descripción del título Nº 50".

5ª El legajo de la mina "LA MORA" hace un relato de las averiguaciones que se estuvieron haciendo para encontrar "el pozuelo de gas y aceite". Dice así este aparte: "Dic. 12/46. Con la información anterior viajamos al caserío de Puya y evidentemente en terrenos de Félix Cassad denominado "EL JARDIN", como a 500 mts., del caserío encontramos el pozuelo de gas y aceite que queda como a 300 mts., de la quebrada. Como la localización hecha corresponde con el título, se resuelve amojonar la mina en la forma usual y ligarla a la red de triangulación".

6ª Los legajos de las minas "AGUILA" y "ANTOÑITO" contienen la descripción más larga y mayor número de datos, pero esa descripción y datificación son idénticas para ambas minas. A uno y otro legajo corresponden los siguientes apartes:

"**Identificación.**—Esta mina es una de las pocas cuya situación según los datos locales del correspondiente título, está perfectamente de acuerdo con los datos sobre el terreno, de suerte que una vez pasada la confluencia y entrando en los predios del señor García, se desvía a la derecha hacia una colina situada a unos 400 mts., de la casa de la finca y en dirección S.W., y por consiguiente en las inmediaciones de la confluencia del Aguila y Guineo".

"**Antoñito, El Aguila, La Lorencita y Barrancón,** estas dos últimas como se ve tienen diferente ubicación respecto al plano de Gómez, quien me informó que esto se debió a que la citada Compañía resolvió no dejar espacios libres entre los lotes de cada mina para evitar la intromisión de compañías extrañas".

"Dijo además que don Prisciliano por asuntos económicos y de precipitación, no realizó a conformidad dichas mensuras, las cuales eran a veces redactadas de memoria".

"**Mojón Testigo.**—Por lo anteriormente expuesto se resolvió destruír el mojón construído (página 52) según instrucciones para ponerlo en el punto de partida de la mensura de la mina "EL AGUILA" conocido por Ovidio Rodríguez, que era el dueño de los terrenos y que según el perito Miguel Gómez Lavalle y los planos que acompañarán esta cartera es el punto de partida de las dieciséis (16) minas anteriormente citadas; de modo que el mojón quedó puesto en un punto sobre la margen izquierda de la desembocadura de la quebrada "Aguila"....".

Por manera que los mismos datos de cartera que quedan transcritos corroboran los reparos formulados por el Servicio Técnico del Ministerio y resumidos en el siguiente aparte:

"Como la ubicación en el terreno, de los puntos de partida de la alinderación de las minas, es un tanto vaga e imprecisa, estímase conveniente, para una mayor certeza, que dichos puntos se identifiquen y reconozcan en el propio terreno, mediante una inspección ocular con intervención de peritos y testigos".

La parte demandante no aportó esa prueba durante el término probatorio del juicio, y después de vencido ese término no aprovechó la oportunidad que le dió esta Sala en el auto para mejor proveer que dictó con fecha 11 de agosto de 1952 (fojas 20 a 21 del cuaderno de la Corte), providencia que se encaminaba a la práctica de la inspección ocular aconsejada por el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos y que no se llevó a término porque la parte demandante no suministró los elementos materiales para su realización.

En consecuencia, se concluye que ni en la etapa, ni en el curso del juicio ordinario ante esta Corte, se ha satisfecho la condición esencial de la determinación precisa y objetiva de los terrenos amparados por los títulos de adjudicación de las minas que se han presentado como base de la cuestión que se estudia.

Tercera condición: Superposición de los dos terrenos: De la falta de determinación precisa del terreno se deduce lógica y rectamente que no puede establecerse de manera real y objetiva la superposición entre el terreno señalado en la propuesta de contrato y los terrenos amparados por los títulos de adjudicación de minas que ha presentado la parte opositora. Puede afirmarse que esto ocurre por sustracción de materia, porque

dónde no existe determinación precisa y objetiva de uno de los terrenos, no puede existir superposición sobre el otro terreno clara y precisamente determinado. Conviene aclarar y precisar aquí el sentido de la segunda de las CONCLUSIONES del informe del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos. Dice esa conclusión que "se deduce que, parcialmente los lotes de terreno de las minas denominadas **Antoñito, Dos Bocas, Aguila, Las Piedrecitas, Méndez,** y **Volcán del Medio** se encuentran dentro del lote de terreno de la propuesta mencionada, y totalmente el lote de terreno de la mina denominada **"La Mora"**.

Pero hay que tener en cuenta que esta inclusión de las citadas minas en el lote de la propuesta, está precedida de la siguiente suposición:

"**Asimilando** los lotes de terrenos de las minas de petróleo mencionadas **a cuadros y rectángulos teóricos cuyos lados siguen exactamente la dirección** NORTE-SUR del meridiano astronómico y la de ESTE-OESTE respectivo, y **localizando dichos lotes en el plano de la propuesta número 422,** tomando como base las coordenadas planas rectangulares de los puntos de partida ....". (El subrayado es de la Sala).

Como clara y expresamente se lee en lo transcrito, se trata de una **asimilación** de los terrenos de las minas (con los defectos de alinderación y cabida ya conocidos) a **"cuadros y rectángulos teóricos"**, por manera que no se está en presencia de una realidad objetiva sobre el terreno de la propuesta, sino de una operación teórica sobre datos teóricos.

Queda así establecido que tampoco se ha demostrado plenamente que los terrenos de las prenombradas minas de propiedad de la **Compañía Explotadora de Petróleos S. Á.**, están comprendidos dentro del perímetro del terreno de la propuesta número 422 del señor Jorge Vallejo.

Consideraciones sobre el alegato de conclusión de la parte demandante

El representante de la parte demandante presentó extemporáneamente el alegato de conclusión que corre a fojas 15 a 18 y v., del cuaderno de la Corte. A pesar de la extemporaneidad de dicho alegato, se formulan algunas consideraciones sobre su contenido, en gracia de la mayor amplitud para este debate judicial.

En primer lugar, en ese alegato se formulan reparos por el procedimiento de juicio ordinario dado a este negocio conforme a las reglas del decreto 10 de 1950. Se afirma en ese escrito que el decreto citado no tenía fuerza contra lo prescrito en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que prescribía el juicio sumario en casos de oposición a propuestas de contratos sobre petróleo.

Al respecto cabe observar, en primer término, que las normas del citado decreto número 10 de 1950 fueron incorporadas en la Ley 18 de 1952, que hoy rige sobre la materia.

En segundo término, no es procedente la nulidad que se pide, porque las nulidades previstas en nuestro derecho procesal son expresas y taxativas y entre éstas no está incluída la que aquí se invoca.

Otra de las afirmaciones del referido alegato es la de que cuando se trata de títulos de minas de petróleo no es necesaria la determinación precisa del terreno, según la interpretación qu el memorialista le da al artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

Sobre el particular es de observar que el citado artículo 10 se remite a los incisos primero y segundo del artículo sexto de la misma ley, y estos incisos no hablan para nada de **"la determinación precisa del terreno"**, pues esta condición está indicada expresamente en el ordinal c) del artículo séptimo (7º) de la prenombrada ley 160.

Pero es que, además de esta demostración objetiva, existe una razón lógica, por la naturaleza misma de la materia, para desechar el concepto de que cuando se trata de un título de mina de petróleo, no hay necesidad de establecer la determinación precisa del terreno amparado por ese título, y lo que sería aún más grave, que se presumiera que ese terreno, por sólo provenir de tal título, estuviera necesariamente incluído en la propuesta impugnada. Eso equivaldría a darle a los títulos de minas de petróleo el privilegio de la ubicuidad para estar siempre precisamente determinados y siempre incluídos en toda propuesta de contrato. Lo que realmente hay sobre este particular es que la cita del artículo sexto (6º) es errada, pues el que lógica y racionalmente corresponde —para el buen sentido de la normación legal— es el artículo séptimo (7º), en sus apartes a) y b). Así aparece en la redacción del artículo 10 propuesto por la comisión del Senado que estudió el proyecto de la ley 160 de 1936, como puede verse en la página 43 del folleto oficial publicado en 1937 con los antecedentes e informes acerca del mencionado proyecto.

Pues bien: conforme a esta recta aclaración es lógico admitir que cuando se trata de un título de minas de petróleo expedido durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912, no se puede ni se debe exigir los títulos que específicamente señalan los apartes a) y b) del artículo 7º de la ley 160 de 1936. Pero la exigencia del aparte c) del mismo artículo 7º sobre "la determinación precisa del terreno de que se trata", es obligatoria en gestiones sobre petróleo con cualesquiera clases de títulos, o sea de los emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o de los correspondientes a adjudicaciones de mina de petróleo durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

Declárase infundadas las pretensiones de la **Compañía explotadora de Petróleos S. A.**, contra la propuesta de contrato número 422 del señor Jorge Vallejo y que fue admitida por resolución número 133 de 23 de febrero de 1948 del Ministerio de Minas y Petróleos, propuesta encaminada a la exploración y explotación de petróleo de propiedad de la Nación colombiana.

Sin costas.

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

Agustín Gómez Prada.—Luis A. Flórez. — Rafael Leiva Charry.— Luis Rafael Robles.— Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Requisitos de la prescripción ordinaria de inmuebles.—La incongruencia como causal de casación.—La Corte casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario que Rosa Evelia Maya y otros siguieron contra Zoila Emilia Saldarriaga de Restrepo, sobre reivindicación de un lote de terreno; y, en demanda de reconvención, por la Restrepo contra la Maya y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 491

Cuándo es indivisible la confesión del demandado.—En el juicio ordinario que Octavio Gómez Villegas siguió contra Bela Matías, sobre pago de una suma de dinero, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique 498

En casación no se pueden corregir los errores en que incurra el sentenciador de instancia al decidir sobre si está o no probada una confesión extrajudicial y al atribuirle determinado mérito probatorio.—Cuándo puede atacarse en casación la apreciación que el Tribunal hizo de la prueba indiciaria.— No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de San Gil profirió en el juicio ordinario que Roberto Niño Parra siguió contra Pedro J. Porras S.— Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 505

Reconocimiento de documentos privados. — Causal primera de casación.—Improcedencia de la causal segunda cuando el recurso se interpone contra sentencia totalmente absolutoria.—No casa la Corte la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Aristides Borrero contra Ricardo Ossa, sobre reivindicación.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 516

Prueba de la posesión notoria del estado civil. La coincidencia entre la pregunta del cuestionario y la respuesta del testigo, no se opone necesariamente a la veracidad y sinceridad de la prueba testimonial.—En el juicio ordinario que, sobre filiación natural, instauró César Rengifo o Díaz contra Aminta Rengifo Guzmán y otros, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 521

Acción reivindicatoria.— Causal segunda de casación.—No puede invocarse esta causal cuando lo ocurrido es un error en la interpretación de la demanda.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por María Helena Lozano contra Luis Rogerio Rogerio Ardila Gómez.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 526

No es procedente el estudio de un cargo en casación cuando el fallo recurrido tiene otros fundamentos que son suficientes para sustentarlo y que la demanda no ha atacado.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario que Isaías Venegas siguió contra José de los Reyes Plazas.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 534

Acción reivindicatoria.—Requisitos para que, en tratándose de bienes raíces, el poseedor pueda ser considerado de buena fe.—En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Jesús Triana contra Gustavo Efrén Roa y otro, la Corte casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá declaró probada la excepción perentoria de

Págs.

inepta demanda; y, en su lugar, revocando la de primera instancia del Juzgado Civil del Circuito de Facatativá, accede a las súplicas de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 540

No pueden confundirse las arras propiamente dichas con la entrega de una suma de dinero en el momento de celebrarse un contrato de compraventa o uno de promesa del mismo.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá dictó en el juicio ordinario que Enrique de Castro siguió contra Graciela Nieto de Reyes, y se confirma, aunque por motivos distintos, la absolución que el Juzgado 1º Civil del Circuito de la misma ciudad profirió en favor de la demandada.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 548

Rescisión de un contrato de compraventa, por lesión enorme.—Peritazgo.—No casa la Corte la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario de Guillermo Campo contra los herederos de Librada Campo.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas 554

Cuando la violación de la ley procede de errores en la interpretación de un acto o contrato, no puede hablarse de violación directa, sino que se trata de una indirecta.—El error en que puede incurrir un Tribunal al hacer dicha interpretación es de hecho, y, por tanto, debe ser manifiesto para que incida en casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que, sobre reivindicación, siguió Miguel Alonso Robayo contra Abigaíl Cediel.— Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña 559

Acción de rescisión de un contrato de compraventa.—Peritazgo.— Interpretación del artículo 716 del Código Judicial.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario seguido por Beatriz Gaitán de González y otro contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.".—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 564

Acciones de nulidad de un contrato de mutuo y de un remate.—Cuando el juicio en que se lleva a cabo el remate es nulo, también éste queda afectado de nulidad.—La del contrato de hipoteca no vicia de nulidad el remate que se verifique como consecuencia de él.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario de Florentina Herrera de Romero y otros contra Segundo Foción Rodríguez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 571

Acción de indemnización de perjuicios.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario seguido por Eduardo Santos contra Ernesto Cubillos, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, favorable al actor.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 588

Naturaleza jurídica de la transferencia bancaria.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que Uldarico Ruenes siguió contra el Banco de Bogotá, y, revocando la de primera instancia del Juez Civil del Circuito de Girardot, se condena a la entidad demandada a pagar al demandante la indemnización de los perjuicios provenientes del incumplimiento por parte del Banco, de las obligaciones originadas en un contrato de cambio y en uno de comisión, combinados, celebrados entre éste y Ruenes.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.... 593

Solicitud de exequatur de una sentencia extranjera.—La Corte no accede a lo pedido por Domizio Costa sobre cumplimiento en Colombia de una sentencia proferida por el Tribunal Civil y Penal de Milán, sobre resolución de un contrato celebrado entre Costa y la sociedad Augusto y Cesare Lavalle Ltda. de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 613

Cuándo en un juicio civil puede tenerse como prueba la confesión hecha en un proceso penal.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que Gon-

Págns.

zalo Cortés siguió contra Rosa María Parra v. de Rodríguez, sobre propiedad de un billete de lotería y de los dineros del premio correspondiente a dicho billete—Magistrado Ponente: doctor Gualberto Rodríguez Peña 616

La pérdida del pleito no impide la imposición de multa por retener indebidamente el expediente.—Se impone al Dr. Manuel José Porras y Porras una multa en favor de la contraparte, como apoderado de Miguel A. Ramírez en el juicio de éste contra Deogracias Román, y se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el mismo abogado contra la sentencia proferida en dicho juicio por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo 625

Causal primera de casación.—Nulidades.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que, sobre reivindicación, siguió Pablo E. Latorre Márquez contra Clemente Suárez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 626

Cuándo es procedente modificar en casación la apreciación que el Tribunal hizo de la prueba de indicios.— Requisitos de la demanda cuando se acusa por error en esa apreciación.—Prueba de los hechos crónicos.—En el juicio ordinario de María Elina Cerón contra Rosario Sánchez de Cerón y otro, sobre simulación de unos contratos de compraventa, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 630

Testamento abierto.—Prueba que se requiere para poder declarar la nulidad de un testamento.—El escribiente o copista ocasional, no queda comprendido en la inhabilidad consagrada en el numeral 9º del artículo 1068 del Código Civil.— No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario de nulidad del testamento otorgado por Antonio Casallas, juicio seguido por María Mercedes Gutiérrez Casallas y otros contra Griselda Villarraga viuda de Casallas. — Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique 636

Acción de indemnización de perjuicios.—Influencia del fallo penal en el juicio civil.—Técnica de casación.—Violación directa y violación indirecta de la ley.—El error de hecho y el error de derecho en el recurso de casación.—No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmando la del Juez 7º Civil del Circuito de la misma ciudad, absolvió a la parte demandada en el juicio ordinario seguido por Aristides Londoño E., contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 642

La acción de deslinde puede ejercerse aún para fijar tan sólo los linderos con uno de los predios colindantes.—En el juicio ordinario originado en la oposición formulada por José Manuel Martínez al deslinde judicial efectuado entre los predios de "El Peñón" y "Gonzalico", y seguido contra Cantalicio Ferro, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.— Magistrado Ponente: Dr. Luis E. Cuervo 650

La mera inscripción de la escritura en el registro, no basta para satisfacer plenamente la obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa vendida.—En el juicio ordinario seguido por José Francisco de la Hoz contra la Magdalena Fruit Company, sobre entrega de unos globos de terreno, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargs 661

SALA DE CASACION PENAL

Delitos de prevaricato y de abuso de autoridad.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en favor del Dr. Jorge Ocaña Bucheli.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 665

La riña como circunstancia modificadora del

Págns.

homicidio y las lesiones.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por la cual condenó a Jacinto Cubillos Cubillos por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 667

Casación por errónea apreciación o por falta de apreciación de pruebas.—Estimación de perjuicios civiles dentro del proceso penal. No se casa la sentencia condenatoria que el Tribunal Superior de Bucaramanga dictó contra Segismundo Salazar y Pedro Elías Rodríguez Marín, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 670

El artículo 28 del Código Penal es aplicable a toda clase de delitos de homicidio y de lesion personales que no sean culposos.—Requisitos para el otorgamiento de la condena condicional en procesos por homicidio o por lesiones.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Ricardo Luis Quintero por el delito de lesiones personales.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 674

Incompetencia de la Corte para conocer de procesos contra Magistrados de Tribunales Seccionales del Trabajo.—En las acusaciones formuladas contra el Gobernador del Departamento del Valle, doctor Carlos Sardi Garcés, y contra el Presidente del Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, doctor Germán H. Maya, resuelve la Corte, para el primero, la cesación de todo procedimiento por los cargos formulados; y en cuanto a la situación procesal relacionada con el segundo, ordena que por la Secretaría de la Sala se compulsen las copias conducentes y se remitan al Juez Penal del Circuito de Cali para lo de su competencia.— Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 677

En los juicios en que intervino el Jurado, lo relacionado con el estado de ira e intenso dolor, puede ser debatido en casación sólo con fundamento en la causal tercera.—La Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, por la cual se condenó a Sixto Amado Arizala por el delito de homicidio en la persona de Manuel Santiago Quiñones Segura.—Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre 681

Delitos de peligro.—Delito de Sabotaje.—En los procesos por Consejos de Guerra Verbales, es procedente la causal segunda de casación.— En el proceso seguido contra los doctores Julio Ortiz Márquez y Alvaro García Herrera y los señores Nicolás García Rojas, Luis Guillermo Clavijo e Isaías Rodríguez, la Corte invalida la sentencia del Comando General de las Fuerzas Militares en cuanto los condenó por el delito de Sabotaje Militar y, a la vez, resuelve condenarlos por el uso de radiodifusora sin licencia. — Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno 684

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 695

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Angel Martín Vásquez 699

Recurso de Revisión.— La Corte niega el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Marco Aurelio Gaitán contra las sentencias proferidas por el Juez Penal del Circuito de Fusagasugá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respectivamente, en las cuales se le condenó por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre.. 706

Pueden presentarse a un mismo tiempo la incapacidad para trabajar, la deformidad y la perturbación funcional.—La ley penal emplea los vocablos órgano y miembro en sentido funcional, y no en sentido anatómico.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Luis Alfonso Molta G., por el delito de lesiones personales.— Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 708

No se requiere de apoderado que sea abogado inscrito, para formular la solicitud de rehabilitación.—Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Manizales negó a

Págns.

José Joaquín Urrea Salazar la rehabilitación de los derechos políticos.—Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 712

Rara vez la Corte podrá desconocer en casación lo decidido en la sentencia de instancia acerca de la condena condicional. — Cuando el Tribunal apoya su decisión en un conjunto de pruebas, el recurrente, para que pueda prosperar la causal segunda de casación, debe atacar todo el haz probatorio.—La Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá pronunciada en el juicio penal seguido contra Jorge Marín Pinzón por el delito de estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 714

Cuándo el abandono del cargo o empleo público configura delito.—La Sala Penal de la Corte confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de San Gil sobreseyó definitivamente en favor del Dr. Alfredo Alarcón Pimiento, ex-Juez Civil del Circuito de Zapatoca, y que es materia de consulta.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 720

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

El artículo 53 de la ley 292 de 1875 no es aplicable al caso de oposición a propuestas de explotación de minas reservadas por el Estado.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá, por el cual declara desierta la oposición formulada por el señor Rafael Reyes Daza a la propuesta para contratar la explotación y exploración de minerales de plomo y galena formulada por el Dr. Reinaldo Perdomo. — Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 722

No se repone el auto anterior—La Corte —Sala de Negocios Generales— no repone el auto a que se refiere el aparte anterior.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 727

El secuestre no es parte interesada en el juicio en que presta sus servicios.—En un juicio ejecutivo seguido contra la sociedad colectiva Estrada G. Hermanos, la Corte confirma unas providencias proferidas por el Tribunal Superior de Cali favorables a la parte demandada. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 731

Cuando se trate de controversias relacionadas con yacimientos petrolíferos, siempre debe estar determinado de manera precisa el terreno respectivo.—La Sala de Negocios Gerales absuelve a la Nación de la demanda que le formuló la Compañía Explotadora de Petróleos S. A., demanda originada en la oposición a la propuesta de explotación y exploración de petróleos, hecha por el señor Charles F. Fogarty.—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez 734

No constituye causal de nulidad la falta de interés en el demandante para ejercitar la acción incoada.—En el juicio ejecutivo seguido por el Departamento de Cundinamarca contra "Almacenes Bogotá S. A.", la Corte no accede a declarar la nulidad procesal pedida por el apoderado de la sociedad ejecutada. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 740

Acción de Indemnización de perjuicios.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Joyería y Platería Bogotá contra la Nación, sentencia favorable a la sociedad demandante. — Magistrado Ponente: doctor Luis A. Flórez 742

La justicia ordinaria es incompetente para revisar las sentencias de excepciones proferidas por las autoridades de lo contencioso administrativo en juicios por jurisdicción coactiva. — En la demanda ordinaria propuesta por la Tropical Oil Company contra la Nación, el Magistrado Sustanciador declara fundada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en cuanto se refiere a las súplicas tercera y cuarta de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 745

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad na-

Págns.

cional. — La Corte declara infundada la oposición de la Compañía explotadora de Petróleos S. A., a la propuesta de contrato número 422 del señor Jorge Vallejo, para la exploración y explotación de petróleo de propiedad de la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 752

Págns.

Nota: Con el presente número termina el Tomo LXXV de la GACETA JUDICIAL. El número 2132 estará destinado al Indice y jurisprudencia del Tomo.—El Relator.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXV | BOGOTA — 1955 | NUMERO 2132

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO

— A —

ABANDONO DEL CARGO (Cuándo el abandono del cargo configura delito)

— 1 —

Para que exista el abandono del empleo y éste sea punible, no basta comprobar la falta de asistencia a la oficina pública, sino que es necesario demostrar que esa ausencia es dolosa y con ella se produjo un daño público o privado, pues no sería jurídico dar el carácter de delito a un hecho que sólo constituye una irregularidad. Si los negocios confiados a la dirección del empleado o funcionario a quien se acusa por abandono del cargo no sufrieron demora o retardo alguno; si con la ausencia no se paralizó la marcha de la oficina, ni se perjudicó algún interés legítimo; si el abandono no tiene intención dolosa, pues no se hizo con el ánimo de paralizar la marcha ordinaria de los negocios, ni de retardar la administración de justicia, mal puede imputarse a dicho funcionario un delito de abuso de autoridad por abandono del cargo. (Casación Penal, junio 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 469, 2ª

— 2 —

ABANDONO DEL CARGO (Cuándo configura delito)

La ley penal sanciona en su artículo 178 el abandono del cargo o empleo que desempeña un funcionario o empleado público, cuando procede en esta forma sin causa justificativa. Pero en el caso de que existan circunstancias graves que le impidan concurrir a su despacho en los días reglamentarios, su conducta se justifica, porque ha sido el resultado de factores extraños a su voluntad, que dan lugar a la inexistencia del dolo o de la culpa, desnaturalizándose la infracción que es objeto de la imputación. (Casación Penal, julio 31 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 721, 2ª

— 3 —

ABOGADOS (Sanciones disciplinarias)

De acuerdo con los preceptos de la Ley 69 de 1945, las faltas en el ejercicio de la profesión de abogado se investigan en juicio sumario, **con audiencia del acusado.** Lo cual quiere decir que a éste debe citársele desde

el primer momento, a fin de que toda la actuación se adelante con audiencia suya. (Negocios Generales, mayo 30 de 1953. T. LXXV Nº 2129), ...262, 2ª

— 4 —

ABOGADOS (Personería para acusar a uno de estos profesionales)

Aunque la Ley 69 de 1945 no es lo suficientemente explícita, sí subordina la imposición de las sanciones previstas en sus artículos 8º y 9º, cuando se trate de queja o querella de parte, a la demostración o legitimación del interés que ha de asistirle como base de su acción. (Negocios Generales, mayo 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 263, 2ª

— 5 —

ABOGADOS

Aunque la Ley 69 de 1945 no es lo suficientemente explícita, sí subordina la imposición de las sanciones previstas en sus artículos 8º y 9º, cuando se trata de queja o querella de parte, a la demostración o legitimación de interés que ha de asistirle como base de su acción. (Negocios Generales, junio 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) . . 480, 2ª

— 6 —

ACCION CIVIL (Suspensión de ésta cuando se ha iniciado un proceso penal)

Para que se suspenda la acción civil son precisas dos circunstancias: que se inicie la investigación criminal y que el fallo que corresponda dictar en la misma pueda influír en la solución de la controversia civil o administrativa. Además, en el juicio civil debe existir prueba de que se ha iniciado la investigación criminal. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 340, 2ª

— 7 —

ACLARACION (de una sentencia)

Conforme al racional alcance del artículo 482 del C. J., la facultad que al sentenciador confiere este precepto, es para aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, en forma tal que la aclaración solicitada tenga una incidencia cierta sobre los resultados del debate, o más propiamente en la controversia materia del litigio, y no para desvanecer las dudas que las partes abriguen en relación con la legalidad de las afirmaciones del sentenciador. LXXV. Nº 2129) ....233, 2ª y 234, 1ª (Negocios Generales, mayo 6 de 1953. T.

— 8 —

ACTOS PROCESALES FALLIDOS

Los actos procesales fallidos, esto es, que se dictan al margen de las reglas procesales propias de cada juicio, pero que no están previstos como causal de nulidad, aunque se hayan dejado ejecutoriar, no obligan al juez en el momento de desatar el litigio, pues de lo contrario se estaría sosteniendo que por efecto de la ejecutoria y obligatoriedad de una resolución errónea ejecutoriada, el fallador se vería compelido a incurrir en nuevo y ya irreparable yerro. (Negocios Generales, julio 3 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) . . 730, 1ª

— 9 —

AGENCIA OFICIOSA (casos en que se admite la agencia oficiosa en juicio)

Por regla general —reza el artículo 269 del Código Judicial— ninguno puede representar a otro en juicio sino con poder otorgado con las formalidades legales. Sin embargo, atento el Legislador a la mejor sal-

vaguardia del derecho de las personas colocadas en un determinado momento en imposibilidad física para defender su legítimo interés, admitió la agencia oficiosa en estos tres casos concretos: para contestar una demanda después de notificada al interesado, o para interponer algún recurso, cuando de no hacerlo pueda la parte sufrir algún perjuicio. En estos eventos, quien ejercita la representación oficiosa debe dar "garantía a satisfacción del Juez de que el interesado por quien habla le dará su aprobación". (Artículo 269 citado). El tercer caso lo contempla el artículo 270 ibidem, al disponer que: "Se puede promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, siempre que se halle ausente o impedida por algún motivo para hacerlo por sí o por medio de representante...." También aquí deben llenarse los requisitos previstos en esta misma disposición. (Negocios Generales, mayo 12 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).. ....236, 2ª

— 10 —

AGENCIA OFICIOSA

La disposición del artículo 270 del C. J., no se refiere a los apoderados ausentes, sino a la persona misma en cuyo nombre se inicia la demanda. (Negocios Generales, mayo 17 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... 241, 2ª

— 11 —

AGENCIA OFICIOSA (En tratándose de entidades públicas)

Fácilmente se comprende que la ley no permite, sino que prohibe la agencia oficiosa, en tratándose de las entidades públicas, Nación, Departamentos y Municipios, al vedar el ejercicio de la representación judicial por abogados distintos a los Agentes del Ministerio Público.

Y se dice que fácilmente se comprende, pues es obvio que al tener la Nación, los Departamentos y los Municipios sus representantes legales, no puede admitirse que otros sujetos, oficiosamente, ejerciten sus actividades. Cuando hayan de defenderse los intereses de una de las aludidas entidades en lugar distinto y alejado de la residencia de su respectivo agente, o la importancia del negocio u otro motivo semejante lo hagan aconsejable, puede designarse un apoderado por el Gobierno o el Gobernador o el Alcalde. Tanto es así, que el artículo 171 del C. J. estatuye que los Agentes del Ministerio Público no pueden promover acciones civiles sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernadór o Alcalde, quienes no pueden ordenar el desistimiento de las que hayan mandado iniciar la ley, la ordenanza o el acuerdo respectivo. (Negocios Generales, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....243, 2ª

— 12 —

APELACION (en lo penal)

En la instancia del juicio no existe la prohibición de la Reformatio In Pejus. Casación Penal, julio 17 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....682, 2ª

— 13 —

ARRAS (No pueden confundirse con entrega de suma de dinero al celebrar compraventa o promesa de venta)

Según los doctrinantes y lo que significan las arras, su estipulación es siempre expresa; pues, de no, la entrega de dinero debe considerarse como un anticipo del precio en los contratos de compraventa o en aquellos

en que se promete celebrar uno de tal naturaleza. Las arras ofrecen dos modalidades principales: pueden ser consideradas como prenda, señal de la intención de los contratantes de consumar un acto proyectado; o como signo ostensible o prueba de su perfección, para no dar lugar al arrepentimiento. También suele presentarse la modalidad de una especie de indemnización del daño sufrido por el contratante que cumplió sus obligaciones, frente al que las incumplió; pero ella, aunque puede existir, no está prevista en las disposiciones que regulan las arras en nuestro derecho, sino que su función está adscrita a las obligaciones con cláusula penal de que trata el Libro 4º, Título XI del C. C.

De estas funciones principales que cumplen las arras, y de las especies a que corresponden: arras confirmatorias y arras penitenciales, la una constituye un medio de reforzar el vínculo contractual; la otra constituye un medio oneroso que facilita la realización de cualquiera de las convenciones previstas en el artículo 1625 del C. C., para extinguir las obligaciones. De aquí que no deban confundirse las arras propiamente dichas, con la entrega de una suma de dinero en el momento de concluírse un contrato de compraventa o uno de promesa de esta especie, como anticipo del precio de la cosa vendida u objeto del contrato prometido, porque en este caso, jurídicamente hablando, no hay arras, y ninguna de las partes puede retractarse, porque el dinero así entregado se dá como parte del precio, y no como arras, según las voces del artículo 1861 del C. C. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....551, 2ª y 552, 1ª

— 14 —

ASOCIACION E INSTIGACION PARA DELINQUIR (Competencia de la justicia penal militar para conocer de este delito)

El Decreto número 1591 de 28 de julio de 1951 dispuso en su artículo 4º lo siguiente: "Artículo 4º—La justicia penal militar seguirá conociendo de los delitos de asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal (ley 95 de 1936), cometidos por personas militares o civiles".

De las pruebas que el proceso exhibe, en manera alguna aparece comprobada la asociación e instigación para delinquir de que tratan los artículos 208 y 209 del Código Penal. Pues, si es verdad fueron más de tres personas las que ejecutaron el asalto y dieron muerte a veinte individuos, no se halla establecido que hicieran parte de una asociación organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados (artículo 208); ni tampoco que de manera pública y directa se hubiera incitado a cometer el delito (artículo 209 ibidem). Es decir, que no existen las circunstancias que tipifican las infracciones a que se refiere el artículo 4º del Decreto 1591, para la competencia de la justicia penal militar. (Casación Penal, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....476, 1ª y 2ª

— 15 —

AUTO DE PROCEDER (sólo la parte resolutiva de éste es inmodificable)

La Corte, al rectificar doctrinas anteriores, ha sentado que lo firme e inmodificable del auto de proceder es su parte resolutiva, o sea la calificación genérica que allí se haga del delito objeto del proceso; siendo, por

el contrario, materia de rectificación ulterior, de acuerdo con lo probado y alegado en el curso del juicio, el pliego de cargos contenido en la parte motiva de esa providencia. (Casación Penal, junio 16 de 1953 T. LXXV. Nº 2130).... ....446, 1ª

— B —

— 16 —

BALDIOS (Adjudicación de)

De acuerdo con disposiciones del Código Fiscal, las Gobernaciones preparaban los expedientes sobre solicitud de baldíos, los cuales eran enviados al Ministerio respectivo para su resolución. Y si ésta era de adjudicación, se registraba porque equivalía a una escritura pública (artículo 77 y concordantes).

Por la ley 71 de 1917, que versa sobre adjudicaciones de baldíos menores de diez hectáreas, se autorizó a los Gobernadores para dictar esas Resoluciones sobre adjudicación (artículo 6º), y de ellas debían enviar copias al Ministerio.

De esta suerte, eran los Gobernadores quienes adjudicaban baldíos de aquella extensión; pero vino la ley 47 de 1926 y varió de sistema, ordenando que las resoluciones dictadas por la Gobernación debían ser consideradas por el Ministerio; y en caso de adjudicación, "la Resolución ministerial tiene carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a escritura pública, y debe inscribirse en la oficina de registro correspondiente" (artículo 7º).

¿Qué es lo que equivale a escritura pública? La Resolución ministerial. ¿Qué es lo que debe registrarse? Esta Resolución. (Casación Civil, mayo 6 de 1953. T. LXXV. Nº 2129.... ....39, 1ª

— C —

— 17 —

CAPACIDAD (Qué se requiere para registrar en casación la presunción de capacidad)

Jurídicamente es una verdad incontrovertible que la capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas, pues la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción.

Esa presunción legal sólo puede caer bajo el peso de la prueba plena contraria, y para desvirtuarla en casación, cuando el sentenciador, después del examen de los elementos de convicción aportados al debate, ha concluído que ella se mantiene, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que aquél incurrió en error de hecho manifiesto o evidente o en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de una persona. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....323, 1ª

— 18 —

CASACION (Caso en que es interpuesta contra la sentencia dictada para reemplazar la que fue casada)

Casada una sentencia en su totalidad, de ella no queda nada. casar, en sentido jurídico, se deriva el verbo latino CASARE, que equivale a quebrantar, anular, abrogar. Tratadistas dicen que al casar una sentencia se anula, se rompe, se reduce a lo inexistente. (Manresa y Navarro, "Enjuiciamien-

to Civil", Tomo VII, pág. 708). Comentando el señor Samper el artículo 151 de la Constitución de 1886, escribe: "Qué cosa es la casación? Es la anulación o abrogación de algo que, teniendo fuerza legal de cosa juzgada, dada generalmente por firme y valedera, no debe subsistir, sin embargo, porque fue mal hecha, contra manifiesta justicia, y quedó viciada desde su origen". Y la Ley 61 de aquel año, primera que se dictó en desarrollo de la función 1ª del artículo 151 citado, habló de "causales de nulidad para efecto de interponer recurso de casación". De todos modos, la casación hace tabla rasa de la sentencia recurrida, con una sola finalidad: la de casarla y fallar en instancia, o la de casarla y disponer que vuelva el expediente al Tribunal para nuevo fallo, ya que, de acuerdo con nuestra ley procedimiental, rige un sistema mixto, el de reenvío y el de pronunciamiento por la misma Corte, según que se trate de un quebrantamiento de forma o de una infracción de ley sustantiva.

Se vió que la Corte casó incondicionalmente el primer fallo del Tribunal. Por tanto, ese fallo se convirtió en simple historia del pleito, sin que en ningún caso se pueda fundamentar en él cargo alguno de casación. El recurso se concedió para el segundo fallo, o mejor, para el fallo del Tribunal, ya que, desaparecido el primero, no quedó sino uno. Y la demanda de casación ha debido versar sobre ese único fallo. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 310, 1ª y 2ª

— 19 —

CASACION (Técnica de)

Es deber del demandante en casación explicar y demostrar en qué consiste la violación de los textos legales que señala, sin que sea suficiente citarlos y comentarlos en abstracto. En todo cargo que por violación directa se formule, debe aparecer el error en que incurrió el Tribunal al desconocer las normas legales sustantivas que se indiquen. Para establecer la contradicción entre la sentencia y las respectivas normas, es preciso fijar el sentido y alcance de éstas y las razones que hacían obligatoria su aplicación. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) ....9, 2ª y 10, 1ª

— 20 —

CASACION (Técnica de)

Hay una discrepancia entre el recurrente y el Tribunal, pues al paso que éste estimó que se trataba de venta de inmueble; aquél alega que únicamente se vendió el derecho sobre los materiales. Pero no se alega y menos se demuestra que el Tribunal haya incurrido en el aludido error de interpretación. El quebranto de los textos legales sería, en todo caso, indirecto, como resultado del supuesto error en tal prueba. (Casación Civil, mayo 4 de 1953 T. LXXV. Nº 2129) ..11, 2ª

—21 —

CASACION (Técnica de)

Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones sustantivas, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los distintos motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella un fundamento que no ha sido atacado en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y él es suficiente para sustentar el fallo recurrido. (Casación Civil, mayo 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 52, 1ª

— 22 —

CASACION (Técnica de)

El objeto de la casación, no es como en las instancias, la cosa, la cantidad o el hecho demandado, sino la sentencia misma, a fin de determinar si ella es o no conforme con la norma a través de la cual se juzgó el pleito. Por esto, los cargos con que se la impugna, no pueden rebasar el límite de los fundamentos expuestos en el fallo, ni en el caso contrario, le es dable a la Corte, enjuiciar la controversia a través de consideraciones distintas a las que en él se propusieron por el Tribunal. (Casación Civil, mayo 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 66, 2ª

— 23 —

CASACION (Técnica de)

En casación no es suficiente razonar acerca de los fundamentos probatorios del juicio y de la sentencia y exponer un concepto opuesto al expresado por el Tribunal. El recurrente tiene la obligación de señalar concretamente las pruebas mal estimadas, fijar el sentido del error, si de hecho manifiesto o de derecho, y demostrarlo. Luego debe deducir la violación de la ley sustantiva, señalando el sentido y alcance de ella y explicando su repercusión en lo resolutivo del fallo. Los mismos requisitos se imponen, siempre que se trate de diferencias en la interpretación de la demanda, pues ésta, como lo tiene consagrado la Corte, sólo puede dar lugar a casación cuando configura un error manifiesto de hecho por parte del Tribunal, y el recurrente lo alega y lo demuestra.

Igualmente, cuando el juzgador deja de estimar como probados unos hechos o los tiene como ciertos sin estar probados, la violación consiguiente de la ley no es posible sino como consecuencia del error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de las pruebas. Y si el recurrente no lo alega y demuestra en debida forma, la acusación es improcedente. (Casación Civil, mayo 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)..156, 2ª y 157, 1ª

—24 —

CASACION (Técnica de)

El recurso extraordinario de casación es un debate sobre confrontación de tesis jurídicas o sobre examen de pruebas, cuando ello sea necesario, pero de pruebas que hayan servido de base a la sentencia recurrida, y no de otras, y que hayan sido acusadas por error de hecho evidente o de derecho. (Casación Civil, mayo 29 de 1953. T. LXXV. N. 2129).... ....195, 2ª

— 25 —

CASACION (Técnica de)

No basta, para fundar el recurso de casación, la cita global de capítulos o títulos de códigos, que se dicen violados en conjunto por la sentencia objeto del recurso. Se hace necesario señalar una a una las disposiciones que se consideran infringidas, explicar y demostrar en qué concepto lo fueron, bien en forma directa, por aplicación indebida, por no haberse aplicado o haberse interpretado erróneamente, o en forma indirecta, por error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....295, 2ª y 296, 1ª

— 26 —

CASACION (Técnica de)

En el recurso de casación no basta alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es

un tercera instancia, sino un medio o vía especial tendiente a obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas de la sentencia de un Tribunal atacadas en forma tal que le permitan a la Corte avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnan, procedimiento con el cual se aspira a conseguir la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de que se trata.

Para que la demanda de casación merezca atención, se requiere que le dé a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de impugnación y el concepto en que esa impugnación se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse o modificarse un motivo que se exponga para sustentar violación de la ley. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 339, 2ª

— 27 —

CASACION (Técnica de)

La casación no da campo para una crítica libre y explayada, como si se tratara de instancias, porque para ella la ley ha creado moldes de que la Corte no puede salirse. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....396, 1ª

— 28 —

CASACION (Técnica de)

Bien sabido es que en casación no basta señalar los textos sustantivos cuya violación se pretende. El recurrente debe explicar el sentido y alcance de tal violación y las repercusiones que haya tenido en lo resolutivo de la sentencia del Tribunal. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....407, 2ª

— 29 —

CASACION (Técnica de)

No prospera el recurso de casación cuando no es atacado, o se ataca sin éxito, uno de los varios fundamentos de la sentencia recurrida, suficiente por sí solo para mantener las conclusiones del Tribunal. Así lo ha dicho muchas veces la Corte. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 411, 2ª y 412, 1ª

— 30 —

CASACION (Técnica de)

En casación no es suficiente expresar que tal o cual disposición ha sido violada y extenderse en razonamientos probatorios de carácter general alrededor del alcance de las disposiciones analizadas. Con ello se habrá hecho un alegato de instancia, mas no una demanda de casación. La técnica de este recurso exige que, además de citar las disposiciones violadas, se puntualicen claramente el concepto en que lo hayan sido y la clase de error en que hubiere incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera.

El recurso de casación no se dirige a revisar el pleito o la controversia planteada en las instancias, ni a provocar un nuevo análisis de pruebas, pues no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida, en sus relaciones con la ley y a través de los cargos formulados por el recurrente. (Casación Civil, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....518, 2ª

— 31 —

CASACION (Técnica de)

La Corte ha dicho repetidamente que el estudio de un cargo resulta innecesario

cuando cualquiera de los fundamentos del fallo es suficiente para mantenerlo, y el recurrente limita el ataque a algunos de ellos. La inutilidad de tal estudio es evidente, pues aún en el caso de prosperar la acusación, los fundamentos del fallo que pasó por alto el recurrente quedarían en pie con la consistencia necesaria para impedir la infirmación de la sentencia. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)....538, 2ª y 539, 1ª

— 32 —

CASACION (Técnica de)

La Corte no puede, sin quebrantar los principios que rigen en materia de casación, proceder a examinar cada medio de prueba, para ver de descubrir los posibles errores en que haya incurrido el sentenciador al apreciarlos; es al actor en el recurso a quien compete su señalamiento, exhibiéndolos, con sus características de manifiestos, claros y evidentes. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....620, 2ª

—33 —

CASACION (Técnica de)

Según la técnica de casación, los cargos deben formularse en términos concretos y especificados de suerte que, apoyados en la causal 1ª del artículo 520, se pueda claramente conocer cuáles demuestran infracción de la ley sustantiva por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea de su texto, y cuáles conducen a su quebrantamiento por la vía indirecta de la errónea apreciación —de hecho o de derecho— en las pruebas aducidas.

La casación no es una tercera instancia, en la que al juzgador le sea dable descubrir el derecho a través de sus propias y directas interpretaciones: dentro de ella, corresponde al recurrente determinar exactamente la vía por la cual estima que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, para por este medio llegar a la infirmación correspondiente. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....623, 1ª

— 34 —

CASACION

No puede ser motivo de casación lo que se haya dicho por una de las partes, sino lo que se haya expresado en la sentencia recurrida. (Casación Civil, junio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)

—35 —

CASACION (Requisitos de la demanda)

La cita de disposiciones legales violadas debe hacerse en forma precisa. Es inadmisible el método de señalar un artículo y alegar violación también de los siguientes del mismo Código, auncuando se exprese la materia de que tratan. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ..17,2ª

— 36 —

CASACION (Requisitos de la demanda para que pueda haber casación parcial)

La economía funcional del recurso de casación ha sido expuesta en numerosos fallos de esta Corte, que consagran doctrina común por interpretación del principio consignado en el artículo 538 del Código de Procedimento Civil, en donde se lee que, si la Corte encuentra fundada alguna de las causales, no considera las restantes, etc. La doctrina interpretativa a que se hace referencia ha desarrollado ese principio con el alcance de determinar que, si la sentencia acu-

sada se sustenta sobre diversos fundamentos de hecho y de derecho, basta con que uno salga incólume de la acusación, para que el fallo no pueda infirmarse. Todo lo anterior supone cierta unidad de la causal que se invoca para acusar, cuando hay indivisibilidad en las declaraciones de la sentencia, o sea, en su eficacia práctica derivada de la índole y alcance de la acción ejercitada y que prospera. Puede ocurrir, por tanto, que la divisibilidad entre los diversos fundamentos de la sentencia conduzca, a través de una acusación admisible, a la infirmación parcial del fallo; pero, para ello es de todo punto indispensable que el recurrente haya suministrado argumentos suficientes y adecuados, que desarrollen el cargo con los puntos divisibles de las declaraciones de la sentencia, estrechamente vinculados con los particulares que le sirven de raíz o de cimiento a la acción. Quiere decir que si ésta, no obstante su unidad formal, es divisible en razón del objeto de sus declaraciones, los fundamentos de la sentencia, que son blanco de los tiros de la acusación, han de estar bien separados por ella, en orden a los cargos, para que pueda casarse parcialmente el fallo. Un ejemplo que aclara esta tesis lo ofrece el presente litigio, en que la acción, basada en hechos comunes y en parte indivisibles, tiende a que se reconozca la paternidad natural de dos hijos, uno de los cuales fue concebido en circunstancias algo distintas del primero. (Casación Civil, mayo 5 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) . . 25, 1ª y 2ª

— 37 —

CASACION

La Corte ha establecido en numerosos fallos que cuando la sentencia recurrida contiene varios fundamentos, cualquiera de los cuales es suficiente para sustentarla, si el ataque no se dirige a todos sino a uno o a varios de ellos, no es necesario siquiera adelantar el estudio del cargo, desprovisto como queda de fuerza para infirmarla. (Casación Civil, junio 18 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 332, 1ª

— 38 —

CASACION

En el Capítulo Tercero el recurrente expresa que existe prueba sobre los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, y que como el Tribunal no la declaró, cometió errores de hecho y de derecho; pero sin que el recurrente diga qué textos legales se violaron, lo cual es esencial para que el cargo tenga fundamento.

El Tribunal no examinó esos elementos de reivindicación, porque como se ha dicho, él se concretó al estudio sobre confrontación de posesiones, para declarar que ambas partes habían ganado por prescripción el dominio sobre el inmueble. Y dice el recurrente "que el fallador cometió error de hecho al afirmar que se está en el caso de confrontación de títulos que no pueden coexistir con el mismo valor probatorio, porque o es válido el del demandante o es válido el del demandado".

Muy bien. Pero para echar a tierra la confrontación, ha debido acusarla el recurrente, mostrando que en el examen que se adelantó sobre el título del demandado, se dio mérito a una escritura no traída a los autos, y a una posesión material que no fue establecida en forma legal. Pero no hizo esto el recurrente, y este cargo, como los otros, resulta inoperante. (Casación Civil, mayo 27 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 181, 2ª

— 39 —

CASACION (La ligereza del considerando de la sentencia del Tribunal no comporta causal de casación)

Circunstancialmente, suelen hacerse en los considerandos de las sentencias citas inocuas de disposiciones sustantivas, pero que no influyen en el fondo de su parte resolutiva, en forma que suprimidas tales citas, el resultado sería el mismo. En estos casos, la ligereza del considerando no comporta causal de casación, porque no ha habido violación de la ley sustantiva, sino razonamientos infundados pero inconducentes, sin los cuales se habría llegado al mismo resultado. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....293, 1ª

— 40 —

CASACION (Causales 1ª y 2ª)

Si no se tuvo en cuenta por el Tribunal como una objeción la glosa mencionada, se interpretó mal el pliego de objeciones, y entonces no se puede colocar el caso dentro de la causal segunda, como se ha hecho en la demanda de casación. (Casación Civil. junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. .. 395, 1ª

— 41 —

CASACION (Causal 1ª)

Cuando se afirma en casación el quebranto de preceptos de índole meramente probatoria sin reflejar la infracción en otros de derecho sustantivo, el cargo queda a medio formular e inoperante para los efectos de la causal mencionada. (Casación Civil, mayo 18 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... 91, 2ª

— 42 —

CASACION (Causal 1ª)

En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del C. J., la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 339, 2ª

— 43 —

CASACION (Causal 1ª)

Es necesario, para que el cargo no resulte improcedente, señalar la disposición o disposiciones de donde emana el derecho que la sentencia desconoce en virtud del error de hecho o de derecho en la apreciación de una o más pruebas determinadas, y no simplemente las que sirvieron de medio para llegar a la violación en que, se sostiene, incurrió el Tribunal. En efecto:

Por error de hecho pudo el sentenciador prescindir de una prueba que aparece evidente en los autos; o dar por existente una que en realidad no existe. Y por error de derecho pudo darle pleno valor probatorio a otra que, con arreglo a determinada disposición del C. de Procedimiento, no tiene esa calidad, o no dárselo a la que sí la tiene.

Pero naturalmente y para que esos errores funden cargo válido contra la sentencia, se requiere que, en razón de ellos, se haya quebrantado la norma sustantiva que específicamente consagra el derecho que se reclama; y esto implica la necesidad de señalar precisamente el texto legal infringido y el concepto exacto en que lo fue, como lo prescribe el artículo 531 del C. J.; si así no

se hace, quiere ello decir que la acusación ha quedado en la mitad del camino y por tal motivo debe rechazarse. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 344, 2ª y 345, 1ª

— 44 —

CASACION (Causal 1ª)

Según el artículo 520, numeral primero, del Código Judicial, procede el recurso de casación por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida, o interpretación errónea. Cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, comoquiera que el primero tiene lugar generalmente cuando se aplica una norma a un hecho inexistente, o se niega a aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de violación de la ley, ocurre cuando, aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercero, menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....350, 1ª

— 45 —

CASACION (Por errores en la interpretación de la demanda)

Para poder atacar con éxito en casación la interpretación que a la demanda le haya dado el Tribunal, es indispensable acusar el fallo por error de hecho manifiesto en tal apreciación, y demostrarlo de tal modo que éste aparezca en forma clara e indudable. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....404, 2ª

— 46 —

CASACION (Cuando el sentenciador incurrió en error al interpretar la demanda es procedente invocar la causal 1ª, y nó la 2ª)

Cuando el sentenciador incurrió en error al interpretar la demanda, no puede acusarse en casación por incongruencia entre lo fallado y lo pedido, con base en la causal 2ª; sino que lo procedente es invocar la causal 1ª, por error de hecho al hacer tal interpretación. (Casación Civil, julio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....527, 2ª

— 47 —

CASACION (violación indirecta y violación directa de la ley)

Cuando se alega que el Tribunal estimó no probado el daño y que por tal motivo dejó de imponer condena al respecto, no puede decirse que se violaron en forma directa los textos sustantivos. En tal caso la violación sería indirecta, como resultado del error en la apreciación de la prueba. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129..... ....10, 2ª

— 48 —

CASACION (Errónea interpretación de la ley)

Si el Tribunal, según lo afirma el recurrente, no estudió los textos legales que se citan, mal puede haber incurrido en una errónea interpretación de los mismos.

Para que la errónea interpretación ocurra, se requiere que los textos legales sean

oscuros o se presten a deducir de ellos conclusiones diversas, y que el Tribunal los haya estudiado y aplicado, pero dándole acogida a la interpretación equivocada. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....14, 2ª

— 49 —

CASACION (Violación indirecta de la ley)

Cuando se acusa en casación por violación indirecta de un precepto legal, el recurrente debe expresar cuáles fueron las pruebas respecto de las cuales ocurrieron los errores de hecho manifiestos o de derecho, determinantes de aquella violación, o que en la interpretación de la demanda incurrió el Tribunal en error de hecho. (Casación Civil, junio 5 de 1953 T. LXXV. Nº 2130).. 276, 2ª

— 50 —

CASACION (Violación directa e indirecta de la ley)

Ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia autorizan en el recurso de casación el procedimiento de involucrar en un mismo cargo la violación indirecta de la ley con la directa, y el error de derecho en la apreciación de pruebas, con fundamento del de hecho. (Casación Civil, junio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. ....363, 1ª

— 51 —

CASACION (Violación de la ley en juicios por hechos culposos)

En materia de culpa, la violación de normas sustantivas no puede ser sino consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal para calificarla, o de haber prescindido de su examen no obstante hallarse en los autos, legalmente practicadas. La noción genérica de culpa es susceptible de controversias en puro derecho, pero la calificación de si una determinada conducta fue o no culposa, es el resultado indispensable del estudio del conjunto probatorio que sobre ella se haya aportado al juicio. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... 283, 2ª

— 52 —

CASACION (No puede determinar la casación de un fallo la sola violación de una norma adjetiva.)

Sabido es —como lo tiene dicho y repetido uniforme y constantemente la jurisprudencia de la Corte— que el motivo de casación previsto en el numeral primero del artículo 520 del C. J., es precisamente el de violación de ley sustantiva.

No puede, pues, determinar la casación de un fallo la sola violación de una norma meramente adjetiva, en cuanto se refiere al valor de una prueba. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)....591, 2ª y 592, 1ª

— 53 —

CASACION (La sola infracción del Artículo 722 del C. J. por parte del sentenciador, no basta para fundar la anulación del fallo).

No puede negarse que el contenido del artículo 722 del C. J., como el de muchas otras disposiciones sobre pruebas, es sustantivo, en cuanto consagra derechos para las partes que se acogen a él, a fin de establecer la verdad de determinados hechos; sin embargo su sola infracción por el sentenciador, como lo ha sostenido la Jurisprudencia, no

basta a fundar la anulación del fallo. Porque al fin y al cabo ese derecho, que puede mirarse como de orden secundario en relación con el que específicamente se debate en el juicio, es apenas un medio por el que ha podido llegarse al desconocimiento de este último en la resolución de la sentencia; luego si la demanda ha dejado de mencionar el precepto en que se apoya el derecho reclamado y que el fallo quebrantó a través de aquel primitivo error, quiere ello significar que la acusación quedó en la mitad del camino técnico por recorrer y que, por tal razón, el cargo debe rechazarse. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. 294, 1ª

— 54 —

CASACION (Errónea apreciación probatoria)

La técnica del recurso de casación, requiere cuando el Tribunal sentenciador acepta un documento como prueba de un hecho de la relación procesal, que tal concepto se destruya mediante un ataque en que se demuestre la apreciación errónea de ese elemento probatorio. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ..112, 2ª

— 55 —

CASACION (Por errores en apreciación de las pruebas)

Cuando en casación se acusa por violación indirecta de la ley sustantiva, como consecuencia de una errada interpretación de pruebas, es necesario determinar si se trata de error de hecho o error de derecho y el concepto o motivo de la violación.

Hay, además, que determinar la prueba. (Casación Civil, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....520, 1ª

— 56 —

CASACION (Por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba)

Cuando la violación de la ley surge de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario —como lo manda expresamente el numeral 1º del artículo 520 del C. J., y lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte— "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" y citando concretamente las pruebas que se estimen mal apreciadas. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV Nº 2131).... ....591, 1ª

— 57 —

CASACION (El error de hecho en la apreciación de las pruebas debe ser manifiesto o evidente)

Para que a la Corte le sea dable modificar en casación la apreciación probatoria del sentenciador de segunda instancia, el error de hecho en la apreciación de las pruebas debe presentarse en este recurso de modo manifiesto o evidente. (Casación Civil, julio 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..525, 2ª

— 58 —

CASACION (La errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación)

La errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de

equivocada apreciación probatoria, es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento, el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aún tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas, cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....622, 1ª

— 59 —

CASACION (Apreciación de indicios)

Como es sabido a la Corte en función de este recurso extraordinario, no le corresponde balancear las pruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos controvertidos,, por ser ésta una misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación, como medio conducente de violación de la ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto.

En el presente caso, se trata de la apreciación de indicios, que si pueden ser conexos, no son necesarios, y donde el Juzgador no está sujeto a una pauta precisa y goza de autonomía para estimarlos, dentro de las reglas de la sana crítica, y donde no cabe enfrentar la prueba simplemente indicial a la documental, para desvirtuar declaraciones de voluntad consignadas en instrumentos públicos otorgados con todas las exigencias legales de forma. Así, la Corte tiene resuelto que el cargo de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indicial pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde al supremo en casación, salvo que se trate de indicios necesarios, porque cuando no se trata de esta clase de indicios, no se puede hablar de error manifiesto de hecho en la apreciación de la relación existente entre los hechos conocidos y el que se investiga, si esa relación no lleva de manera fija al hecho desconocido pues entonces la apreciación del Tribunal está determinada por el juicio y no por la objetividad de los hechos. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... 135, 1ª y 2ª

— 60 —

CASACION (Violación de ley por errónea apreciación de indicios)

Cuando el juzgador llega a formar convicción por una serie de hechos indiciarios de mayor o menor importancia, que valorados después en su conjunto, vienen a constituír la conciencia del juez, toca al recurrente en casación, haciendo discriminación de esos hechos, estudiarlos y argumentar sobre cada uno, pero demostrando, al mismo tiempo la violación legal atribuída al sentenciador, pues es inoficiosa una simple refutación que equivaldría a una confrontación de criterios, el del fallador y el del recurrente, lo cual no tiene mérito alguno en casación.

De otra parte, en la convicción del juez, en esos casos, se sigue un proceso de hechos escalonados, al cual el recurrente debe referirse, pero sin dejar claros o lagunas, porque si examina unos hechos indiciarios y deja otros sin examen, querrá decir que no hizo todo el recorrido, y que la sentencia del Tribunal ha de quedar en firme, cimentada

en los hechos no analizados por el recurrente.

Pero hay más: examinando los motivos enumerados en el artículo 520 del C. Judicial, se puede observar que el primero da ocasión a un debate de análisis, es decir, a un examen de hechos, de infracciones, de interpretaciones y de errores, relacionados con la sentencia recurrida y con las pruebas. Tomar la sentencia como un hecho, para enfrentarla a unos textos legales y decir que fueron violados, sin que se haya seguido el proceso que dio ocasión a esa sentencia, y por cuyo camino se iluminó la convicción del juez, es al menos un error de técnica procedimental. La vertebración de la sentencia hay que examinarla parte por parte, en casos en que entran en juego unos hechos que ha apreciado como indicios de significación. (Casación Civil, julio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. ....631, 2ª y 632 1ª

—61 —

CASACION (Causal 1ª)

Cuando el recurrente acusa la sentencia por violación de ley sustantiva a consecuencia de error de derecho en la apreciación de pruebas, debe explicar en forma clara el sentido y alcance de ese pretendido error. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....407, 1ª

— 62 —

CASACION (Cuándo puede variarse la interpretación de un contrato)

Para el recurrente, las cláusulas de la escritura no deben interpretarse como constitutivas de dos usufructos sucesivos, cosa prohibida por el artículo 828, sino de uno solo, adicionado con la modalidad condicional de la muerte de la señorita Cediel; forma de constitución no prohibida, sino valedera, en cuanto la condición se cumple antes de la expiración del término de vigencia del usufructo, caso contemplado por el artículo 830.

De este modo, la sostenida violación del artículo 828 no sería directa, por indebida aplicación al caso controvertido; sino indirecta, proveniente de error cometido por el Tribunal en la interpretación de las cláusulas contractuales consignadas en la supradicha escritura número 1958. (Casación Civil, julio 11 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. 561, 2ª

— 63 —

CASACION (El Artículo 472 del C. J. no puede dar fundamento a un cargo de casación)

El art. 472 del C. J., que es apenas una norma de criterio para los jueces, no puede dar fundamento a un cargo de casación. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV Nº 2130).. ....311, 2ª y 312, 1ª

— 64 —

CASACION (Causal 2ª de)

La causal segunda de casación sólo es procedente cuando se deduce por el juzgador una acción distinta de la ejercitada en la demanda, o sea deja de fallar sobre excepciones oportunamente alegadas; mas no lo es, cuando, como en el caso de autos, la sentencia concluye por "negar todas las peticiones de la demanda".

Tampoco fundan esta causal la falta de aplicación o la aplicación indebida de la ley, lo mismo que la equivocada apreciación de los hechos y de las pruebas y a través de la cual se la quebranta. (Casación Civil, mayo 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)....66, 2ª

— 65 —

CASACION (Causal 2ª)

La Corte tiene consagrado, en numerosas sentencias, que el motivo segundo de casación de que trata el artículo 520 del C. J., se refiere únicamente al concepto formal de desarmonía entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia. Cuando no hay correspondencia entre uno y otro extremo, se rompen los principios establecidos en el artículo 471 del C. Judicial; en tal caso carecen de importancia y están fuera de lugar las consideraciones sobre violación de normas sustantivas.

Por otra parte, la incongruencia como motivo de casación, no se refiere a las contradicciones o desacuerdos que puedan presentarse entre las motivaciones del fallo y su parte resolutiva. La disconformidad por este aspecto está fuera de lugar en la causal segunda, procedente tan sólo cuando se decide sobre puntos ajenos a la controversia, o se deja de resolver sobre todos o algunos de los propuestos, o se condena a más de lo pedido, o se omite fallar sobre alguna excepción perentoria siendo el caso de pronunciarse al respecto.

Si el Tribunal ha creído erróneamente que del libelo de demanda podía deducirse alguna decisión no impetrada, entonces se trata de una desarmonía de fondo y no puramente formal, entre las peticiones y las conclusiones de la sentencia. En tal hipótesis, la Corte no puede modificar el fallo del Tribunal sino cuando el recurrente alegue y demuestre que el concepto expresa o tácitamente contenido en la sentencia, y que varía el sentido y alcance de las peticiones o de la acción instaurada, constituye un error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda, a consecuencia del cual se violan indirectamente determinadas normas sustantivas. Es decir, se trata de cuestión que ha de plantearse dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J. (Casación Civil, junio 5 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)....277, 1ª y 2ª

— 66 —

CASACION (Causal 2ª. Errónea apreciación de pruebas)

El segundo motivo de casación no se refiere a la desestimación en todo o en parte de las pruebas producidas en el juicio por los litigantes. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....293, 2ª

— 67 —

CASACION (causal 2ª)

Por ministerio de la ley, el juzgador tiene facultad para otorgar menos de lo pedido, y puede y debe hacerlo, en los casos previstos por ésta, no siendo tal irregularidad constitutiva de la omisión determinante de la causal 2ª de casación, por cuanto la sentencia contiene resolución sobre todas las peticiones deducidas oportunamente en el juicio. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....381, 1ª

— 68 —

CASACION (causal 2ª

Cuando se invoca la causal segunda de casación, sólo puede tenerse en cuenta la parte resolutiva de la sentencia recurrida. (Casación Civil, julio 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....495, 1ª

— 69 —

CASACION (causal 3ª)

Para invocar útilmente la causal tercera de casación, se requiere, según el numeral tercero del artículo 520 del C. J., que el re-

currente haya pedido en tiempo oportuno aclaración de la sentencia y que, a pesar de ello, subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....391, 1ª

— 70 —

CASACION (En materia penal)

En casación, no basta hacer la simple afirmación de que a los hechos imputados al procesado estuvo presente la circunstancia eximente invocada; es necesario que el actor demuestre esa situación jurídica, mediante el estudio de los elementos que la integran y sus consecuencias sobre la responsabilidad del imputado. Las simples consideraciones abstractas acerca de la modalidad excluyente de responsabilidad y sobre sus repercusiones en el patrimonio moral del ofendido, no bastan para que la Corte pueda entrar en el estudio de fondo del motivo invocado, porque su actividad en el recurso extraordinario de que aquí se trata, se concreta a las razones de hecho y de derecho aducidas en la demanda; por eso, la tesis que no es sustentada debidamente, es completamente inoperante e innocua. (Casación Penal, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....445, 1ª

— 71 —

CASACION (Cuando el demandante se ha equivocado en la invocación de la causal)

La circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo. (Casación Penal, junio 26 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....473, 2ª

— 72 —

CASACION (Técnica de este recurso en lo Penal)

El recurso de casación, por ser una medida o remedio extraordinario, encargado de confrontar la sentencia acusada con las disposiciones de la ley sustantiva, es tan exigente en cuanto a la técnica que debe observarse en la sustentación respectiva, que no basta para el actor invocar tales o cuales causales y ordenarlas numéricamente, pues es de rigor que se diga en qué consisten éstas, cuáles son sus motivos fundamentales, en qué hechos se apoyan, qué derecho o derechos consagran, y, por consiguiente, cuál o cuáles disposiciones sustantivas se deben tener como mal interpretadas o aplicadas. (Casación Penal, junio 26 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....472, 2ª

— 73 —

CASACION (Técnica de)

Cuando en casación se alega una causal, el deber del demandante no se reduce a enunciarla, sino que debe demostrarla; es decir, debe determinar en forma clara y precisa los fundamentos de ella y las disposiciones que se consideren violadas por el juzgador de instancia.

Cuando la demanda es incompleta, deficiente, o no tiene los requisitos de técnica propios del recurso extraordinario de casación, la Corte no puede tomar el lugar del demandante, para suplir su pensamiento y llenar los defectos y vacíos de la demanda, haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan o puedan tener el carácter de perjudiciales para el acusado. (Casación Penal, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....668, 1ª y 2ª

— 74 —

CASACION (Técnica de)

Resulta inadmisible en el recurso extraordinario de casación que el demandante ataque el fallo recurrido fundándose en las tesis alegadas en las instancias y en las demás piezas que conocieron los juzgadores en el curso del juicio, pues lo alegado allí, sólo tiene su vigencia para el Juez y el Tribunal respectivos, y caducan cuando son replicados por ellos en el fallo definitivo. Por manera que el demandante en casación, si no encuentra otros argumentos que los ya expuestos en las instancias, debe reproducirlos en su libelo, y consignar las réplicas que estimen necesarias para combatir las razones dadas por el Tribunal al no aceptar los puntos de vista sustentados por las personas que intervinieron en el proceso. Pues bien sabido es que el recurso de casación implica una controversia en que aparecen enfrentadas la ley y la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Justicia. Por lo tanto, en dicho recurso extraordinario, no basta plantear tesis jurídicas, sino que es necesario sustentarlas adecuadamente para que la Corte pueda entrar en un estudio de fondo sobre el particular. (Casación Penal, julio 17 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....682, 1ª y 2ª

— 75 —

CASACION (Por errónea apreciación o falta de apreciación de pruebas)

Tanto la doctrina como la ley han determinado el método y criterio a que debe ajustarse el recurrente cuando el cargo contra una sentencia se fundamenta en la violación de la ley por error en la apreciación de la prueba. Una serie de obligaciones sucesivas y enlazadas entre sí gravan y deben guiar la conducta del demandante cuando invoca el estatuto consagrado en el artículo 520 del C. J., son a saber: el error, bien sea de hecho o de derecho, en el que no basta su simple enunciación, sino que conlleva imperiosamente su demostración. La violación de la ley sustantiva, como una derivación o consecuencia del error de hecho o de derecho, y finalmente, la influencia o directa repercusión que el error ha tenido sobre la sentencia que se impugna a través del recurso extraordinario de casación. (Casación Penal, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 671, 1ª

— 76 —

CASACION (Causal 2ª)

Cuando la existencia del delito la deduce el Tribunal de pluralidad de elementos de convicción, que se concatenan y refuerzan entre sí, es un deber del demandante atacar todo ese haz probatorio, para que sea viable la causal segunda de casación en juicios en que no ha intervenido el jurado, mayormente tratándose de una tesis tan radical y decisiva como la referente a no haber existido la infracción. (Casación Penal, julio 28 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....717, 1ª

— 77 —

CASACION (Caso en que en este recurso se alegue lo relativo a legítima defensa)

Es doctrina aceptada, persistente y uniformemente, la de que cuando se alega la legítima defensa como fundamento del recurso de casación en asuntos o procesos en que no interviene el Jurado, la causal invocada no debe ser la primera, sino la segunda de las señaladas en el artículos 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ello debe ser así, pues esta situación jurídica está integrada por los hechos especi-

ficados en el artículo 25 del Código Penal, como son la existencia de una violencia actual e injusta que ponga en grave peligro la vida o la integridad moral o patrimonial propia o ajena; que la reacción para la salvaguardia de estos derechos tenga lugar en el mismo momento de la agresión, y que tal reacción sea proporcionada a la agresión y que no transpase los límites de la necesidad. Los hechos integrantes de esta situación hacen que el sujeto, al consumarlos, no viole norma positiva alguna, y que, por consiguiente, no incurre en delito alguno, puesto que la misma ley los justifica. Pero tales hechos han podido ser mal interpretados en la sentencia acusada, o se les ha podido negar el valor probatorio que deben tener de acuerdo con la ley, o ha podido omitirse su análisis, a pesar de estar completamente establecidos en el proceso, o ser evidentemente contradictorios. Es entonces cuando, por su errónea aplicación o interpretación, siendo "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o de las circunstancias en la determinación de la sanción", el Juez ha incurrido en violación de la ley sustantiva penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. (Casación Penal, junio 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....473, 1ª

— 78 —

CASACION (Cuando se trata del reconocimiento del estado de IRA E INTENSO DOLOR)

Cuando se trate del reconocimiento del estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, en juicios en que ha intervenido el jurado, es tema que en casación debe suscitarse con fundamento en la causal 3ª del artículo 567 del C. de P. P., que trata del desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado. (Casación Penal, julio 17 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 682, 2ª

— 79 —

CASO FORTUITO (El incendio no es siempre caso fortuito)

Hay hechos constitutivos de caso fortuito que, por su propia naturaleza excluyen toda culpa en el porteador por lo que hace a su advenimiento, v. gr., un terremoto, una tempestad, el desbordamiento de un río etc. Pero de un incendio no puede decirse lo mismo. Aún más: considerado objetivamente, el incendio no es siempre caso fortuito. Para que lo sea es necesario que se reunan en él las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad que exige la ley. Por eso es aplicable, con mayor razón, a este hecho la presunción de culpa de porteador en su advenimiento, establecida por el artículo 306 del Código de Comercio.

Se tiene, pues, que para exonerarse de responsabilidad, el porteador, en caso de incendio, debe probar: 1º—Que ese hecho no ha ocurrido por su culpa. 2º—Que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos dañosos del hecho.. (Negocios Generales, mayo 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 251, 1ª

— 80 —

CASO FORTUITO (Qué se entiende por tal)

La fuerza mayor y el caso fortuito, hoy día se equiparan jurídicamente, porque producen las mismas consecuencias: "Por caso fortuito no debe entenderse sólo el que se origina en las fuerzas ciegas de la naturaleza, sino el que, dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la

previsibilidad humana". (Federico Puig Peña).

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 lo define: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir".

De la anterior definición son: la **imprevisibilidad** y la **irresistibilidad.**

"Prever, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea, prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona jurídica o natural, no evite el daño evitable, se dice que no previó ni lo previno, lo cual le inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado su inteligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible.... Sino se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito.. Si el accidente era irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito....". (Casación de 26 de mayo de 1936; G. J. Nº 1909). (Negocios Generales, mayo 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)

252, 2ª y 253, 1ª

— 81 —

CAUSA (Dentro de la teoría general de la causa hay que distinguir la cuestión de la inexistencia de la causa y la de la causa ilícita inmoral, auncuando ambas forman parte de la misma concepción)

Si la causa es, según el artículo 1524 del C. C., el motivo que induce al acto o contrato, el juez no puede limitarse a buscarla en el texto del contrato, porque en él aparece generalmente el acuerdo de voluntades, pero no siempre el fin realmente perseguido. El ejemplo mismo puesto en el artículo está diciendo que es necesario analizar el fin perseguido, para saber si la causa del contrato es real y lícita. En efecto, se dice que tiene una causa ilícita "la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral"; y naturalmente ello será así no sólo cuando se haya estipulado claramente en el contrato el fin inmoral, sino siempre que se le disfrace.

Desde 1932, la Corte ha hablado de la causa, identifcándola con los motivos determinante del acto o contrato.

Pero aquí es necesario hacer una observacación de mucha importancia: la teoría del móvil determinante no ha eliminado el concepto de contra-prestación en los contratos a título oneroso. El principio sostenido por Capitant, según el cual la ejecución de la obligación por cada contratante es la causa de la obligación del otro, no ha sido suprimido sino apenas adicionado por la teoría de los móviles determinantes o motivos que inducen al acto o contrato. Realmente, lo que sucede es que el concepto de Capitant sirve tan sólo, pero con calidad de indispensable, para estudiar el caso de nulidad de los contratos por falta o extinción de la causa, mas es insuficiente para el análisis de los casos de causa ilícita. Como lo dicen Planiol y Ripert en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" (T. 6º, Nº 252), sigue siendo fundamento de la exigibilidad de las obligaciones "el principio elemental de justicia según el cual, en el comercio jurídico a título oneroso, no es admisible que se reciba algo sin dar nada en cambio".

Para la vida del contrato, es necesario, como lo dice Capitant, que la obligación de cada parte tenga como fundamento o soporte la ejecución de la obligación de la otra. No se concibe cómo una de ellas pueda ser obligada a cumplir su prestación cuando la otra no quiere o no puede cumplir la suya, si para la existencia de la obligación, es necesaria la contra-prestación. Otra cosa es que para determinar si la causa, cuya exis-

tencia se halla establecida, es lícita o ilícita, haya necesidad de analizar la calidad de los móviles que realmente han influído en la determinación de cada contratante.

Siempre, pues, tiene importancia el estudio de los elementos psicológicos. Si la contraprestación no existe, el contrato no puede tener vida, pero si existe, se debe estudiar todavía cuál es su valor. Por ello se dice que la contraprestación debe ser seria; de no serlo, hay falta de causa. En consecuencia, dentro de la teoría general de la causa, hay que distinguir la cuestión de la inexistencia de la causa y la de la causa ilícita o inmoral, auncuando ambas forman parte de la misma concepción. Entre nosotros esta conclusión es obligatoria, ya que existe una definición legal que identifica el motivo con la causa y hace imposible separar de ella el estudio de los móviles ilícitos o inmorales, determinantes del acto o contrato. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)....582, 1ª y 2ª y 583, 1ª

— 82 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Según reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando el recurrente considera que el Tribunal ha interpretado mal la demanda y ha deducido por ese camino una acción o una petición no formuladas, o ha estimado que no aparece alguna que sí está contenida en ella, para obtener éxito en casación debe acusar la sentencia por error de hecho manifiesto en la interpretación del libelo, y violación indirecta consiguiente de los textos sustantivos pertinentes al caso. Pero no es viable la causal segunda, que mira a simple falta de consonancia entre la demanda y la sentencia, y en la cual carecen de importancia las consideraciones sobre violación de la ley. Sólo puede configurar esta causal lo que está dentro del concepto formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado.

Por consiguiente, cuando el recurrente estime que se condenó o se dejó de condenar a algo, por haber interpretado el Tribunal la demanda en forma errada, el ataque debe dirigirlo a las consideraciones del fallo para demostrar el error y ponerlo en evidencia.

En tal caso ya no se tiene una desarmonía formal, sino sustancial, entre la interpretación dada por el Tribunal y el contenido de la demanda. Ello da base para casación dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J. (Casación Civil, mayo 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... .. ..159, 1ª

— 83 —

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

No basta la cita de normas procedimentales que se consideren quebrantadas, para fundar debidamente el motivo de casación; es necesario, además, alegar y demostrar cómo el error de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, dio por resultado el quebrantamiento de una o más normas sutantivas, con explicación precisa del concepto en que lo fueron: si por interpretación errónea, indebida aplicación al caso del pleito o falta de aplicación del mismo. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....295, 2ª

— 84 —

CAUSAL 1ª DE CASACION

Cuando en casación se acusa una sentencia con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., el recurrente debe señalar de manera precisa si se trata de violación directa o de violación indirecta de la ley; y en este último caso, indicar claramente cuáles pruebas fueron mal apreciadas, si el error fue

de derecho o de hecho, si el error de hecho tiene el carácter de evidente o manifiesto, y, por último, determinar las disposiciones legales que fueron violadas. (Casación Civil, julio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. 627, 2ª

—85 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Son inacumulables la violación directa y la indirecta de una ley)

La violación directa de la ley y la indirecta son motivos excluyentes, en el sentido de que la una no puede producirse sino por los indicados en el inciso primero del artículo 520 del C. J., y la otra, por los del inciso segundo de la misma disposición; aun cuando integran el mismo numeral, sus fundamentos son distintos. De aquí que no se pueda invocar el primer motivo con base en situaciones que corresponden al segundo, y viceversa. (Casación Civil, julio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....645, 1ª

—86 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Su improcedencia contra sentencia totalmente absolutoria)

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, no procede la segunda causal de casación, porque la absolución total comprende todas las peticiones y presupone el estudio de todos los capítulos petitorios de una demanda. (Casación Civil, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) .....518, 2ª y 519, 1ª

— 87 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (En procesos por Consejos de Guerra Verbales)

La doctrina de la Corte sobre inadmisibilidad de la segunda causal en los procesos por jurado, no afecta los procesos militares instruídos y fallados por los Consejos de Guerra Verbales. (Casación Penal, julio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..... ..690, 2ª

NOTA: Uno de los magistrados salvó su voto, sosteniendo la inadmisibilidad de la causal 2ª de casación en estos procesos. (V. T. LXXV, página 695).

El Relator.

— 88 —

CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS

El cesionario de derechos hereditarios no es causahabiente del causante. (Casación Civil, mayo 29 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 193, 2ª

— 89 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD

Como lo dijo la Corte: "De que no conste en forma convincente la mala conducta, no pueda pasarse a afirmar que haya sido buena, porque tanto la una, como la otra deben estar probadas concretamente, en hechos o de manera positiva. Y si ni lo uno ni lo otro se halla demostrado, esto es, cuando la conducta del procesado no está acreditada como visiblemente buena, ni como probablemente mala, no habrá de agravarse la pena, pero tampoco atenuarse, por dicha circunstancia" (Sentencia de 10 de mayo de 1947). (Casación Penal, junio 16 de 1953. T. LXXV Nº 2130)..... ....444, 2ª

— 90 —

COMPRAVENTA

Al vendedor corresponde "entregar la cosa" (artículo 1882 del C. C.). Pero tratán-

dose de venta por cabida, no hay cosa individualizada mientras no se mida, y no hay, por tanto, "cosa" para entregar. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 99, 1ª

— 91 —

COMPRAVENTA (Entrega de lo vendido en caso de venta por cabida)

Como la venta no fue un derecho en un indiviso, sino la superficie de un fundo fijada en diez mil varas, es rigurosamente exacta la afirmación del sentenciador de que la entrega está pendiente. Si lo vendido hubieran sido derechos en una comunidad, podrían valer las declaraciones de los testigos respecto a la ocupación con animales que hizo el comprador de un pedazo de terreno, como entrega material; pero como se trata de una extensión determinada por cabida, es evidente que la entrega no puede verificarse sino mediante la individualización que no se hizo. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....99, 2ª

— 92 —

COMPRAVENTA

(Obligación de ENTREGAR por parte del vendedor)

No basta para la total satisfacción de la obligación de entregar, la mera inscripción del título en el Registro de Instrumentos Públicos, sino que es necesario, para complementarla legalmente, verificar la entrega material de la cosa vendida, para realizar el derecho de goce del comprador.

Si la posesión es la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, es incontrovertible entonces que no se obtiene con el registro del título, porque esta posesión simbólica o figurada no deja de ser una mera ficción legal, contraria por entero a la realidad jurídica. Nada cuenta el derecho a la cosa, que es el único susceptible de ser adquirido por el procedimiento de la inscripción, si falta el hecho de la tenencia material, que es la que da la capacidad física de disfrute sobre la misma. La tendencia de la legislación contemporánea, acorde con la doctrina de los expositores, es la de eliminar las ficciones en el campo del derecho y enjuiciar los problemas y las situaciones jurídicas, desde un ángulo de estricta realidad social. (Casación Civil, julio 31 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 663, 2ª

— 93 —

COMPRAVENTA (Momento en que ha de verificarse la entrega de la cosa)

El artículo 1882 del C. C., establece que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida, inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él. Es decir, la entrega ha de efectuarse en la fecha o época acordada, pero a falta de estipulación expresa, la ley fija el momento en que la obligación ha de cumplirse, y es claro que en tales casos no se necesita requerimiento previo para constituír en mora al deudor, porque las partes lo están por ministerio de la ley si dejan pasar, sin cumplir el contrato, el tiempo señalado por ella misma. (Casación Civil, julio 31 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....664, 1ª

— 94 —

COMPRAVENTA (Caso de que se venda una misma cosa inmueble a dos personas)

El artículo 1873 del C. C., fija las reglas que deben tenerse en cuenta cuando alguien vende a dos personas una misma cosa. Tra-

tándose de un bien raíz, en armonía con lo dispuesto por el artículo 756 del C. C., la tradición o entrega se efectúa por el registro del título correspondiente. Si esto es así, de los dos compradores, el que primero obtuvo la entrega por medio del registro, debe preferirse al que lo hizo con posterioridad. (Casación Civil, mayo 15 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....83, 1ª

— 95 —

CONDENA CONDICIONAL (En procesos por homicidio y lesiones)

De conformidad con el artículo 6º del Decreto Nº 4137 de 1948, quedaron excluídos del beneficio de la condena condicional, el homicidio intencional, cualquiera que sea la disposición violada con el delito, y las lesiones personales intencionales contempladas por los artículos mencionados en dicho precepto, cometidos uno y otras con posterioridad al día doce de julio del año de 1948. Lo que quiere decir que, para que las infracciones nombradas estén favorecidas con dicho subrogado penal, es necesario que además de las condiciones generales exigidas por el artículo 80 del Código Penal, concurra la de que no sean de carácter intencional.

El homicidio y las lesiones personales cometidos con la concurrencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad y que dé lugar a la atenuación de la sanción, son siempre dolosos y se llevan a cabo con dolo directo y determinado, con la conciencia de la ilicitud del hecho punible, queriendo y previendo los efectos dañosos del acto antisocial, o, en otras palabras, se obra con representación del resultado y con la voluntad consciente de producirlo antijurídicamente.

En nuestra legislación, desde el punto de vista del elemento psicológico inherente al hecho de la lesión, no existe la división de las lesiones en voluntarias, ultraintencionales y por culpa; solamente se dividen en voluntarias y culposas, según que el agente haya realizado el hecho intencionalmente con el propósito de inferir un daño, o bien "cuando no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando habiéndolos previsto, c o n f i ó imprudentemente en poder evitarlos". (Casación Penal, julio 13 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... 675, 2ª

— 96 —

CONDENA CONDICIONAL (Facultades del juzgador en el otorgamiento de esta gracia)

La condena condicional, por medio de la cual se confiere al Juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, está sujeta a los requisitos enumerados en el artículo 80 del estatuto represivo, pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término, somete a la convicción de éste la solución del problema, es decir, a algo muy íntimo y subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte, en el recurso extraordinario de casación. (Casación Penal, julio 28 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....718, 2ª

— 97 —

CONFESION (Admisibilidad en posterior juicio civil de la efectuada en juicio penal)

Para que la confesión efectuada en juicio penal sea admisible en posterior juicio civil, es necesario que ella se haya producido entre quienes fueron partes contrapuestas en el debate. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....621, 2ª

— 98 —

CONFESION DEL DEMANDADO(Cuándo es indivisible)

La confesión del demandado tiene todas las características de una confesión indivisible, porque no puede separarse el hecho principal del recibo del dinero con el cumplimiento de la comisión que le fue encomendada; él no se ha declarado deudor del demandante; en forma muy nítida ha sostenido, a lo largo de este proceso, que el dinero lo recibió, pero que cumplió exac tamente el mandato. (Casación Civil, julio 6 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....502, 2ª

— 99 —

CONFESION EXTRAJUDICIAL (Apreciación de la prueba de su existencia)

La decisión relativa a si está probada la existencia de la confesión extrajudicial, o como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluir que "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", "puede tener hasta mérito de plena prueba".

Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley lo deja a su prudente juicio, para estimar que se halla probada, sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto al asignarle determinado mérito probatorio, y más aún para atribuírle el mérito de plena prueba.

Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente -en sobreestimación o subestimación legal de la prueba, no puede enmendarse o corregirse en casación, pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia. (Casación Civil, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... .. ..512, 2ª

—100 —

CONFESION (En materia penal)

De acuerdo con el artículo 255 del C. de P. P., la confesión libre y espontánea hecha por el procesado, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito. Pero, como en el presente caso la negativa del acusado —con respecto al hecho del acoplamiento carnal con la Chaparro— se encuentra desvirtuada con pruebas que merecen credibilidad, y por otra parte aparece plenamente comprobado el cuerpo del delito, tiénese que la confesión de Pinto Ramírez no puede tenerse como indivisible, como la estimó el Tribunal, apreciándola erradamente, dejando, de la misma manera equivocada, de tener en cuenta los testimonios de Leonor Chaparro y de Díaz Mejía, que contradicen abiertamente dicha confesión. (Casación Penal, junio 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 465, 1ª

— 101 —

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

De los artículos 425 a 429 del Decreto Nº 1125 de 1950 (Código de Justicia Penal Militar), que en lo esencial indican la forma de proceder en el acto de la audiencia en el Consejo de Guerra, no se infiere la necesidad de formular a los Vocales el cuestionario o cuestionarios escritos, para que en ellos se haga la calificación de los hechos materia del debate. (Casación Penal, junio 2 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 428, 2ª

— 102 —

CONSULTA (**No están sujetos a consulta los autos proferidos en cumplimiento del trámite del artículo 553 del C. Judicial**)

Los autos proferidos en cumplimiento del trámite del artículo 553 del Código Judicial, constituyen apenas una consecuencia obligada del fallo que ha declarado la obligación de pagar los perjuicios, pero los términos del artículo 508 no dejan lugar a duda de que no son tales autos los sujetos a consulta, sino solamente las sentencias, entendidas éstas como las providencias definidas como tales en el propio Código. (Negocios Generales, mayo 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....239, 1ª y 2ª

NOTA:

Salvamento de voto a la anterior doctrina por parte de uno de los Magistrados de la Sala.

....240

— 103 —

COPARTICIPACION CRIMINOSA

La figura del concurso o coparticipación criminosa implica o exige conjunto de propósitos y de actividades de los partícipes o concurrentes hacia un fin previamente querido y determinado, que —penalmente— es el delito. (Casación Penal, mayo 29 de 1953. T. LXXV Nº 2129) 218, 1ª

— 104 —

CORTE (**Alcance de su competencia para conocer en única instancia de controversias sobre propiedad minera**)

La Corte, en única instancia, tiene competencia para resolver sólo de la propiedad de los petróleos, pero no de todo el subsuelo, entre otras razones, porque el conocimiento del juicio sobre propiedad minera distinta de la de los petróleos e hidrocarburos, no corresponde a la Corte, sino a los Tribunales Superiores. (Negocios Generales, junio 23 de 1953. T. LXXV. 2130).... ..482, 1ª

— 105 —

COSA JUZGADA

Para que se configure la cosa juzgada, es necesaria la concurrencia de una triple identidad de causa, objeto y persona en el pleito definido y el que está por definirse. (Casación Civil, mayo 12 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....77, 2ª

— 106 —

COSA JUZGADA (**Su alcance**)

La fuerza de la cosa juzgada, por lo que a su objeto se refiere, se limita a la acción o derecho sobre el que se ha pedido se resuelva. No se extiende, por lo tanto, a acciones no propuestas. Demandada una cosa por un título, puede demandarse luego por otro distinto. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....391, 2ª

— 107 —

COSTAS (**El Juez no puede decretar de oficio el nombramiento de peritos, en caso de liquidación de costas**)

Como se ve del texto del artículo 582 del C. J., el Juez no puede decretar de oficio, sino a solicitud de parte, el nombramiento de peritos. De otro lado, ellos no intervienen sino después de que el Juez ha hecho la regulación de las agencias en derecho y con posterioridad también a la liquidación comprensiva de todas las costas practicada por el Secretario. Obvio es, por tanto, que

el dictamen de los expertos ha de referirse necesariamente a los fundamentos tanto de la liquidación misma como de las objeciones contra ésta formuladas por las partes, y sobre la base de lo actuado hasta allí, el Juez, mediante una labor de ponderación de todas y cada una de las razones expuestas en favor o en contra de la liquidación, dicta la providencia definitiva. En esta forma, la ley garantiza más eficazmente el derecho de las partes en orden a una justa y equitativa condenación en costas. (Negocios Generales, mayo 29 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....246, 2ª y 247, 1ª 380, 2ª

— 108 —

CUENTAS (Rendición de)

Una cosa es la obligación de rendir cuentas, y otra cosa es rendirlas. Para rendirlas, es decir, para que el juez pueda ordenar su rendición, es preciso que se le pruebe que existe la obligación de rendirlas. (Casación Civil, junio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)

— 109 —

CULPA (Valor de la absolución penal por culpa, en posterior juicio civil)

Donde no hay una infracción penal culposa, puede, con todo, existir una culpabilidad civil que determine para su autor la obligación de resarcir el perjuicio. Por lo cual, la decisión favorable que en el campo penal se pronuncie respecto de la primera, no conlleva la absolución de la segunda, ya que, aún sin una norma legal preestablecida, puede haber un hecho un omisión dañosos —en el sentido puramente patrimonal— determinados por negligencia, descuido o falta de previsión de un objeto previsible y que debió preverse, que es exactamente lo que configura la culpa.

Así lo expuesto también la Corte, en sentencia de Sala Plena que lleva fecha 6 de diciembre de 1951. (G. J. Tomo LXX, números 2107-2108). (Casación Civil, julio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ..647, 2ª

— 110 —

CULPA (Soberanía del tribunal al apreciar la compensación de culpas)

La graduación cuantitativa de la compensación de culpas cuando hay error de conducta en ambas partes, es cuestión privativa del juez, ya que la ley no señala tarifa ni proporción alguna al respecto. Y, como lo ha dicho la Corte, una decisión del sentenciador sobre el particular no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discute la culpa de ambas partes, y de otro no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas, como corresponde según sea éste de derecho o de hecho, el cual, en este último evento, debe aparecer de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. ....283, 2ª y 284, 1ª

— 111 —

CURADURIA LEGITIMA

El artículo 457 del C. C., dispone que la curaduría legítima corresponde en tercer lugar a los acendientes legítimos de uno y otro sexo, es decir, a falta del padre y de la madre del incapaz; pero esa representación no puede ejercerse sin el correspondiente discernimiento. (Casación Civil, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)..171, 1ª

— 112 —

— D —

DACION EN PAGO (Es el mismo pago)

El pago efectivo es la prestación de lo que se debe. El pago libra al deudor de la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si la obligación es de dar una cosa, ésta y no otra debe entregarse para la solución de lo debido. El comprador paga trasladando el precio de lo comparado, así como el mutuario paga entregando dentro de determinado plazo lo mismo que se le dió en mutuo. Principios todos del Código Civil.

El pago debe hacerse bajo todos aspectos en conformidad con la obligación, y el acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la que se le debe, dice el artículo 1627 de aquel Código; pero por un convenio entre acreedor y deudor, la cosa debida puede variarse, modificándose así el pago. Esta es la dación en pago. Dación es "entrega real y efectiva de una cosa", dice Escriche. Y dación en pago, o **datio in solutum** es el acto por el cual se da una cosa en pago de otra que se debía.

Pero la dación en pago, es el mismo pago.

Que la dación en pago equivale al mismo pago, lo está diciendo la circunstancia de que entre los modos de extinguir las obligaciones, a que se refiere el artículo 1625 del C. Civil, no está la **datio in solutum**, ni hay disposiciones civiles sobre esta figura jurídica, que ni siquiera menciona el Código Civil nacional. Apenas se le nombra, sin reglamentarla, en el Código de Comercio de Panamá, adoptado como nacional en 1887 (arts. 215 y 216). (Casación Civil, junio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ..368, 1ª

— 113 —

DACION EN PAGO (No puede existir una dación en pago fiduciaria)

Es contradictoria y no puede tener vida jurídica la dación en pago fiduciaria, porque la dación en pago, que es el pago mismo, consiste en la entrega definitiva y a título de dominio que se hace al acreedor de lo que se le debe, al paso que la entrega que se hace al fiduciario, no es a título de dueño absoluto. En el primer caso hay un derecho de propiedad por parte del receptor o acreedor, que no lo hay en el segundo caso. En el primer caso hay una operación que se desarrolla entre dos personas, el acreedor y el deudor; al paso que en el segundo caso deben intervenir tres personas: el constituyente, el fiduciario y el beneficiario. En el primer caso hay una confusión de patrimonios, que no la puede haber en el segundo. (Casación Civil, junio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....370, 1ª

— 114 —

DELITO DE PELIGRO

El delito de peligro —ya se trate de los de derecho común o de los de derecho especial— "se consuman, según la tesis de Manzini, expuesta en relación con el delito del artículo 266 de la ley penal italiana, análogo al sabotaje, con el hecho de la instigación a uno o varios militares, esto es, apenas la instigación ha sido percibida por el militar o militares", y "para la imputabilidad del delito es necesario **el dolo**, es decir, la voluntad consciente y libre y la intención de instigar a los militares a desobedecer a las leyes". (Casación Penal, julio 24 de 1953 T. LXXV. Nº 2131).... ....692, 2ª

— 115 —

DELITO MILITAR (Elementos)

Para que se configure el delito militar es necesario que existan los siguientes elementos:

a) Violación de la ley penal militar;

b) Que aquella violación sea realizada por militares o civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el ilícito sea cometido con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones inherentes al mismo.

Por manera que, si en la ejecución del hecho delictuoso existen los eventos antes enunciados, se tipifica un delito militar y, en consecuencia, la competencia para su juzgamiento corresponde a la Justicia Castrense. Si por el contrario, los requisitos, anotados no se reunen, el delito pierde su carácter de militar y queda bajo las jurisdicciones ordinarias. (Casación Penal, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)..... ..215, 1ª

— 116 —

DEMANDA (No puede ser corregida oficiosamente por el Juez)

El principio de disposición de las partes es la regla de nuestro procedimiento civil. De acuerdo con él, el juez preside y dirige los debates judiciales, pero esta facultad de dirección está limitada por las iniciativas de los litigantes en lo relacionado con las bases del pleito, entre las cuales se encuentra la determinación de los sujetos de la relación jurídico-procesal: actor y demandado, según los artículos 205 y 227 del C. J., contentivo el último de las definiciones de la respectiva posición procesal del uno y del otro. De donde ha de deducirse que el señalamiento de la persona a quien se pretende vencer en el juicio, depende exclusivamente del actor, y que el juez ante quien se presente una demanda sin demandado o con mal señalamiento de él, no puede oficiosamente enmenderlo o corregirla, cambiando o inventando uno de los sujetos de la relación procesal, por ser la comparecencia en juicio un derecho personal directo, cuyo ejercicio corresponde a las personas, según puedan o no comparecer, de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitraria de los funcionarios judiciales. (Casación Civil, junio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)....306, 2ª y 307, 1ª

— 117 —

DEMANDAS (Deben interpretarse por el del juzgador)

Sabido es que una demanda, cuando adolece de cierta vaguedad, es susceptible de ser interpretada por el juzgador, con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo. (Casación Civil, mayo 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).. 54, 2ª

— 118 —

DEMANDAS (deben interpretarse por el juzgador de manera racional y lógica)

Las demandas deben interpretarse de manera racional, lógica, teniéndose en cuenta su texto completo y no aislando sus peticiones como si fueran partes independientes, pues se trata de actos jurídicos emanados de una voluntad que persigue expresamente determinados fines, tal como ocurre con los contratos. Las dudas que su texto presente, la obscuridad de sus peticiones, inclusive la

equivocada denominación de las acciones incoadas o de los hechos o actos jurídicos que se relacionan, pueden sortearse adecuadamente, si del contexto general resulta en forma suficientemente clara, cuál es su verdadero sentido y alcance. Por eso la Corte ha llegado a aceptar que no obstante hablarse de nulidad respecto a un contrato de carácter ficticio, porque no hubo intención de celebrarlo realmente, se debe admitir que la verdadera petición incoada ha sido la de simulación de dicho contrato.

Pero la facultad de interpretación de las demandas, que es natural en el juzgador, no puede llegar hasta desconocer su claro tenor o su sentido indudable, para hacerle producir efectos jurídicos que el actor no persigue, o para deducir peticiones que no aparecen formuladas ni tienen respaldo claro en los hechos y fundamentos de derecho. (Casación Civil, mayo 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....158, 2ª

— 119 —

DEMANDA (Error en su interpretación)

En señaladas circunstancias puede, y aún debe el sentenciador interpretar la demanda, para evitar que el derecho sea sacrificado a la fórmula; pero en esa senda no le es dado llegar hasta cambiar las bases señaladas a la litis por el libelo y a trocar el litigio efectivo en otro no propuesto. Cuando ocurren dudas sobre la demanda, acerca de lo cual suele haber controversia en las instancias, y con más frecuencia en la casación, ello da lugar al consiguiente cargo de error, y con fundamento en él, o por esta vía, al de violación de tales o cuales disposiciones sustantivas, que en casación deben indicarse, como manda el artículo 531 del Código Judicial. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130.. ....350, 1ª

— 120 —

DEMANDAS (Su interpretación por parte del juzgador)

Las demandas se interpretan científicamente, como los contratos, buscando la clara intención del actor, de manera que si las impropiedades de lenguaje no desfiguran ni ocultan su verdadero contenido, es a éste a lo que debe atenerse el juzgador. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 404, 1ª

— 121 —

DEMANDA DE CASACION

Nuestro Código no habla en detalle de lo que debe ser una demanda de casación, y apenas esboza algunas de sus condiciones (artículo 531). En cambio, la Ley 90 de 1920 enunciaba todos los componentes de esa demanda, y decía que el Magistrado debía examinar "preferentemente si la demanda de casación reune las condiciones de que trata el artículo anterior" (artículos 9º y 10º). La jurisprudencia tiene expresado que el alegato de casación debe reunir las condiciones de una verdadera demanda. Y es claro que si no reune esas condiciones, la demanda es inepta (artículo 333, numeral 1º). Si en un procedimiento general la ley es exigente, más lo es tratándose del procedimiento en casación, rígido y estricto, dentro del cual tiene que moverse la Corte, sin que pueda desviarse del camino que la demanda señala. "El recurso de casación es el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia denunciada, **en los límites fijados por el recurso mismo**". (Chiovenda, "Derecho Procesal Civil", Tomo 2º, página 535). (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....310, 2ª y 311, 1ª

— 122 —

DEMORA EN LA DEVOLUCION DE EXPEDIENTES

La Corte había considerado en providencias del treinta de septiembre y nueve de octubre de 1935 (Gaceta Judicial, Tomo 43, páginas 156 y 367), que devuelto el expediente después de la sentencia de primera instancia y apelada ésta para ante el Tribunal, se reabre allí el proceso para dilucidar la cuestión de fondo, y no simplemente para resolver si la sanción fue bien o mal impuesta.

La actual Sala Civil de la Corte, en sus dos secciones, se ha reunido en pleno, como lo dispone el Decreto de carácter legislativo número 1857 de 4 de septiembre de 1951 para reconsiderar la jurisprudencia allí sentada, llegando a una solución distinta.

Cree la Sala Plena de Casación Civil, que impuesta la sanción por la rebeldía de la parte a cumplir la orden del Juez, tal decisión, si no logra demostrarse una causa exculpativa, o que para llegar a ella no se llenaron las formalidades legales, o que no era el caso de su imposición, quedaría sin ningún efecto, algo menos que inútil, porque el juzgador de segundo grado, aún convencido de su legalidad, la echaría a un lado para entrar al fondo de la cuestión, como si ya no se hubiese condenado a la pérdida del pleito, por la contumacia de la parte a devolver los autos en el tiempo requerido. (Casación Civil, mayo 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....71, 1ª

— 123 —

DESLINDE

No siendo posible la delimitación sino entre predios colindantes, la principal labor del Juez ante quien se demande el apeo de dos propiedades, es determinar si éstas colindan entre sí. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....142, 1ª

— 124 —

DESLINDE. (En estos juicios, es elemento de primordial importancia el reconocimiento que el Juez haga personalmente de los puntos litigiosos)

Los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un hecho y no el reconocimiento de un derecho; las cuestiones de propiedad y posesión le son extrañas.

Tratándose, pues, de una cuestión de hecho, nada más oportuno y apropiado al fin propuesto, que el reconocimiento judicial ordenado por la ley y practicado por el Juez, en asocio o no de peritos. La diligencia consiste esencialmente en el acto por el cual este funcionario se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentran las cosas que la motivan, para obtener mediante el examen personal, elementos de convicción que lo han de guiar en el señalamiento de la línea divisoria.

En esta clase de juicios de determinación de linderos, el reconocimiento que el Juez haga personalmente de los puntos litigiosos, es elemento de primordial importancia.

Si las necesidades de hecho obligan por lo común al juzgador a decidir sobre las declaraciones de las partes (actos públicos judiciales o extrajudiciales, documentos privados, confesiones simples o en juicio), o de terceros (testigos o peritos), es claro que al hacerlo en estas circunstancias con la observación personal de las cosas, cuando sea posible, presenta los mejores caracteres para juicio superior subjetivamente considerado; juicio que será también, como debe ser, óptimo desde el punto de vista objetivo, cuan-

do a la observación personal de las cosas, la acompañen las necesarias garantías para las partes.

En toda cuestión de límites de inmuebles rurales hay una cuestión geográfica, o sea la determinación de los puntos que fijan las líneas divisorias, en las cuales la inspección local muestra por el solo golpe de vista un conjunto de combinaciones y de datos que difícilmente se obtienen por los escritos. De tal manera que en los juicios de deslinde, no sólo tiene importancia el que el Juez se imponga de los títulos o documentos presentados por las partes y los que las mismas exhiban durante la diligencia en que se reciba la declaración de los testigos y oigan los peritos, sino del conocimiento personal y objetivo de los puntos materia de disputa. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).. ....145, 2ª y 146, 1ª

— 125 —

DESLINDE (Valor probatorio de las aerofotografías que tomadas por una entidad oficial se aportan en este juicio)

Es indiscutible que la aerofotografía de una región es un documento de suma importancia, especialmente si como sucede en nuestro país, es producido por una entidad oficial, encargada de la formación del Catastro Nacional, como lo es el Instituto Geográfico Militar y Catastral, en la determinación de la situación topográfica y geográfica de las tierras. Allí aparecen las vías de comunicación, los setos o vallados que separan las propiedades, las cordilleras, los accidentes de los terrenos, los cursos de los ríos y en ocasiones sus cauces antiguos o abandonados; las vertientes o arroyos, las hoyas hidrográficas de donde éstos se desprenden o forman; los sistemas orográficos y mediante las operaciones matemáticas del caso, las curvas de nivel: basta decir que es la fotografía de la tierra tomada desde el aire, que reproduce con veracidad la situación de los lugares y si a esto se agrega la traslación de estos detalles, con la orientación correspondiente, a un mapa o plano, la prueba es de lo más completo.

Sin embargo en lo que se refiere a la información que necesariamente ha de tomar el Instituto sobre el nombre de los lugares y especialmente si éstos están circunscritos a predios de particulares, que no están acordes en su denominación, el juzgador puede atenerse o no a ella, como en el presente asunto, en que el Juez por otros elementos de convicción, se vió obligado a separarse de algunas denominaciones del Instituto, por hallarlas erradas. Tal sucede con la determinación del cauce de la quebrada que sirve de límite entre los predios en querella. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)..... ....147, 2ª y 148 1ª

— 126 —

DESLINDE (El plano de una finca presentado en este juicio por una de las partes no obliga como prueba ni a su contraparte ni Juzgador.)

En el esclarecimiento de la línea divisoria de los predios interesados en el deslinde, los planos de las fincas de una y otra parte son medios muy valiosos de prueba para la determinación de los lugares, son indicios que están sometidos al recto criterio del Juez, que por lo tanto, es soberano en su apreciación y cuyo concepto puede ser desechado cuando aparezca en ello un error evidente de hecho, que en el caso en estudio no se ha demostrado.

La Corte ha dicho sobre tales elementos de prueba: "De otra suerte este documento (el plano de una finca que presenta su dueño) sólo puede tenerse como dato exhibido por el dueño para aclarar dudas, para cono-

cer mejor los sitios etc., pero nunca como prueba que obliga a su contraparte ni al juzgador." (Casación, 30 de agosto de 1919.) (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....149, 1ª

— 127 —

DESLINDE (La posesión puede constituír un elemento de juicio en el deslinde)

Es bien sabido que la posesión puede ser un elemento de juicio en el deslinde, cuando la naturaleza de los títulos de propiedad aducidos por las partes, y demás pruebas, así lo requieran, por ser insuficientes u oscuros sobre la determinación de los linderos. Pero ese indicio, que como tal tiene el carácter de plena prueba, puede ser superado por otras probanzas, como sucede en el presente caso, en que, fundado en el dictamen de peritos, en el dicho de testigos, en los planos y títulos presentados y por su propia y directa percepción, el juzgador logró identificar el cauce de la quebrada divisoria, hasta su nacimiento y de ahí trazó una línea recta a la cima o filo de la Cordillera inmediata, siguiendo la misma dirección.... (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....150, 1ª

— 128 —

DESLINDE (Puede ejercitarse también contra uno solo de los colindantes)

Nuestro Código, fiel al derecho romano, reconoce en la acción Finium Regundorum, o de deslinde, una pretensión ejercitable por el dueño de cada predio sobre los predios que forman sus límites externos. Contra los respectivos dueños: "Podrá exigir a los respectivos dueños", reza el artículo 900 del C. C. De donde se infiere, por sus propias voces, o sea el mero término respectivos, que la acción bien puede establecerse uti singuli, bien uti universitatis, según lo pida la necesidad de los casos prácticos y con subordinación al interés que es base de la acción,

La de Finium Regundorum presenta esta diferencia notable con otras acciones divisorias, como las de Familiae Erciscundae (partición de la herencia) y Communi Dividundo (división de comunidades). Porque el juicio a que le da cuerpo una acción de deslinde, puede ser simple o particular, y en cambio los de las otras dos acciones son, por lo general, universales. Algo parecido ocurre con los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, en donde también es aplicable la regla del ordinal 5º del artículo 398 del Código Judicial, porque la indivisibilidad de la continencia de la causa, puede hacer necesaria la acumulación; mas el deslinde, aunque también la permita, no impone la determinación total del objeto con citación de todos los colindantes, si el contenido especial del dominio inmueble apenas demandara eliminar discusiones por causa de incertidumbres en uno solo, o en algunos de sus costados.

De no admitir esta interpretación, que es elemental, o de puro sentido común, se correría el peligro de caer en uno de dos extremos igualmente viciosos: o que la indeterminación total de los fundos pusiera en duda la validez de sus títulos, o que la acción de deslinde se confundiera con las de partición de la herencia o con las divisorias de comunidades; en ambos extremos sobraría la acción de deslinde y tendríamos que sería inútil o ineficaz el derecho que consagra el artículo 900 del Código Civil. (Casación Civil, julio 31 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....658, 1ª y 2ª

— 129 —

DESLINDE (Caso de predios anteriormente separados por corriente de agua que cambia de curso)

Sin duda es condición indispensable, para la eficacia de la acción de deslinde, que los predios colinden, y no colindan cuando los separa una corriente de agua de uso público. Pero si la corriente cambia de curso, entonces, debido a que las porciones del antiguo cauce que el río deja definitivamente en seco, entran a formar parte, por accesión, de los predios ribereños, la colindancia se hace indiscutible; mas no así la línea divisoria que puede haber necesidad de definir: ya sea amigable y directamente, ya sea con intervención de la justicia. (Casación Civil, julio 31 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....659, 2ª

— 130 —

DEVOLUCION DE EXPEDIENTES

La pérdida del pleito, como pena o sanción, la impone, pues, la ley al demandante o demandado que en las ocasiones previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 381, no hayan devuelto el proceso cuando el Juez dicta su providencia.

Apelada la sentencia, si la no entrega de los autos tuvo lugar en la primera instancia, devuelto o no el expediente, la segunda instancia se surtirá en la forma ordinaria, según los mandatos de los artículos 755 a 763 del C. J. En el antiguo procedimiento, la segunda instancia se sustanciaba como un auto interlocutorio y se limitaba a determinar si la sanción había sido bien o mal impuesta. Habiendo guardado silencio el nuevo Código sobre el particular, la apelación de la providencia ante el superior se surte como la de toda sentencia ordinaria.

¿Cuál sería, pues, el objeto de la segunda instancia? Indudablemente, determinar si la sanción o pena ha sido debidamente impuesta, ya porque hubo error en el cómputo de los términos, o ya porque la parte condenada a perder el pleito, demuestra que no fue por su culpa la omisión, sino que ésta se originó por fuerza mayor o caso fortuito. Deja la ley al sancionado amplitud para defenderse, con el goce de los trámites ordinarios del segundo grado: término de prueba, traslado para alegar, etc., y además concede el recurso de casación, cuando la naturaleza del proceso lo permita.

La sanción que produce la desobediencia del segundo requerimiento, no es simplemente la de la pérdida de la instancia, sino la del pleito, y esa pena resultaría ilusoria o ineficaz, si por la simple razón del recurso procede la consideración del fondo del negocio.

La pérdida del derecho de sacar el expediente y la multa, no son consecuencia del segundo requerimiento, sino del primero: en aquéllas incurre, auncuando devuelva el expediente antes de pronunciarse la sentencia. (Casación Civil, mayo 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....70, 1ª y 2ª

— 131 —

DOCUMENTO PRIVADO (Cuándo tiene el carácter de auténtico)

Para que el documento privado adquiera la calidad de auténtico, debe ser reconocido por las partes o sus causahabiente ante funcionarios competentes. Es decir, el reconocimiento es un acto distinto del otorgamiento del escrito. En los documentos públicos no se necesita aquél, pues de por sí son auténticos. Los privados, en cambio, adquieren autenticidad sólo por virtud de tal reconocimiento.

En el caso de autos el Notario no hizo otra

cosa que escribir las declaraciones de Correa y poner al pie del texto su firma y el sello. No se cumplió el acto de reconocimiento de las firmas. Siendo un simple documento privado, el acta de reconocimiento era necesaria para que adquiriera el carácter de auténtico. (Casación Civil, enero 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....423, 1ª

— 132 —

DOCUMENTO PRIVADO (Reconocimiento tácito de este documento)

Entre los modos o maneras de reconocer el documento privado, se encuentra, según nuestros códigos civil y judicial, el reconocimiento tácito, el cual resulta de que aquél haya obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada, o de su apoderado, y no lo haya objetado o redarguido de falso, para que la parte que lo presentó pruebe su legitimidad (art. 645 del C. J.). (Casación Civil, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 519, 1ª

— 133 —

DOCUMENTOS PRIVADOS (Alcance del artículo 1766 del C. C.)

En el estudio e interpretación jurídica de escrituras privadas de contraestipulación, el principio contenido en el artículo 1766 del C. Civil, debe precisamente relacionarse con el que consagra el 1761 anterior, para fijar su verdadero alcance.

Dispone el primero, que las escrituras privadas hechas por 'los contratantes' para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Expresiones empleadas por el legislador para significar el valor que las reconoce "entre los contratantes"; pero en manera alguna para sujetar la validez de esas escrituras privadas a la condición de que sean suscritas por todos los contratantes. Porque, si como lo dispone el artículo 1761, el documento privado, una vez reconocido expresa o tácitamente, tiene el valor de escritura pública respecto de la parte a quien se opone, lógica y forzosamente debe tenerlo también para acreditar en favor de quien lo exhibe, los derechos correlativos o que nacen de las declaraciones que en él se contienen. (Casación Civil, mayo 18 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....87, 2ª

— 134 —

DOCUMENTO PUBLICO (No todo instrumento público tiene este carácter)

El documento público debe provenir del funcionario u otorgarse ante él. El que se examina fue escrito por el mismo funcionario, quien, además, puso al pie la palabra "Notario" y el sello de la Notaría. Se trata de documento extendido ante el Notario del respectivo circuito por dictado del causante y lleva la firma de tres testigos. Por el otorgante firma el señor Marco T. Orrego, "rogado por el señor Andrés Corcino Correa", según constancia escrita del puño y letra del Notario.

Sin embargo, no es el caso de estimarlo como documento público. Se trataba de un acto de reconocimiento de hijos naturales y la ley exige la formalidad esencial de la escritura pública cuando ha de cumplirse ante Notario. La autorización del acto por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones lo hace auténtico, pero para que el instrumento en que conste adquiera el carácter de documento público, es indispensable que el acto se haya celebrado con los requisitos de forma exigidos en la ley y por ante funcionario competente. Y la ley, se repite, exigió la formalidad especial de la escritura pública para el reconocimiento de hijos natu-

rales ante Notario.

Además, los Notarios no están facultados para otorgar documentos privados ni para recibir declaraciones de reconocimiento de hijos naturales. Por ante ellos se otorgan escrituras públicas o documentos públicos como actas de estado civil, pero respecto de los privados, su intervención se limita al reconocimiento de las firmas de los otorgantes y a su protocolización, si así lo desea el interesado. De manera que en el caso presente no existió documento público, porque no se expedió con las formalidades legales y porque el Notario no obró con facultad legal para el acto.

Más clara aparece esta conclusión si se relaciona con el artículo 1760 del Código Civil, En efecto, dice este texto que cuando el instrumento público en general (comprendiendo aquí las escrituras públicas) no se requiere como solemnidad imperativa, si queda defectuoso, por faltas en su forma, valdrá como instrumento privado, siempre que esté firmado por las partes. En cambio, no existe texto alguno que le de a la escritura pública el valor de instrumento público cuando aquélla no se perfecciona por defectos en su forma. Dice la primera parte del artículo citado: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esta solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados auncuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Según este inciso, el reconocimiento que Corcino Correa y el Notario de Salento quisieron cumplir, debe mirarse como no celebrado. (Casación Civil, enero 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... .....422, 1ª y 2ª

— 135 —

DOCUMENTOS PUBLICOS (Manera como deben llevarse al juicio)

El sentido más obvio del artículo 636 del Código Judicial es el de que si las partes no tienen en su poder los documentos públicos que consideran adecuados para demostrar los hechos que con ellos se quieren acreditar, como será la ordinaria ocurrencia, le soliciten al juez que los pida al funcionario correspondiente y, si necesitan nota de registro, que se la haga poner del registrador. Pero no quiere significar que, si no se procede en esa forma, no pueden presentarse directamente al proceso, porque contra esta interpretación excesiva militan los preceptos legales que establecen otras maneras de aducir documentos con la finalidad de que formen parte del proceso y su mérito pueda ser estimado. (Negocios Generales, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. ....484, 2ª

— 136 —

DOLO (No es divisible ni comunicable)

Principio de derecho universal es el de que el dolo no es divisible ni comunicable, al menos por el aspecto de los actos reales configurativos del delito, y que, consecuencialmente, cada sujeto debe responder de sus actos. (Casación Penal, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....439, 1ª

— 137 —

DOMICILIO (Delito de violación del domicilio)

El fuero domiciliario está garantizado nada menos que en la Carta Fundamental (artículo 23); y ésta dispone que se tenga facultad para afectarlo, para lo cual se re-

quieren las siguientes formalidades: a) Que exista mandamiento escrito de autoridad competente; b) Que este mandamiento se haya dictado con pleno cumplimiento de las normas establecidas para este efecto en la ley; y c) Que la orden tenga su motivación en hechos o circunstancias previstas previamente en la misma ley.

Para garantizar completamente la consagración y amparo de este derecho, el legislador, en los artículos 320 y siguientes de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), reguló minuciosa o detalladamente los casos, condiciones, circunstancias y formalidades sin cuya observancia no es dable proceder a requisas o allanamientos de la propiedad particular o de fuero domiciliario, so pena de incurrir en delito o delitos.

Si la violación de esta norma constitucional procede de los particulares, se incide en la comisión del delito de violación de domicilio, previsto, definido y castigado en el artículo 302 del Código Penal.

En el caso de que este acto se consume por parte de un funcionario o empleado público, se incurre en el mismo delito así calificado, según lo dispone el artículo 303 ibidem. (Casación Penal, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....437, 2ª y 438 ,1ª

— E —

— 138 —

ENEMISTAD (Recusación por este motivo)

Para que proceda la recusación por enemistad, es preciso que ésta exista y que sea grave, según el precepto contenido en el artículo 78, inciso 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Además, de conformidad con el artículo 76 de la misma obra, a la recusación propuesta deben acompañarse las pruebas y han de exponerse los motivos en que aquélla se funde. (Casación Penal, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....449, 1ª

— 139 —

ENTIDADES PUBLICAS (Es improcedente la representación oficiosa respecto de entidades de derecho público)

La Corte ha sostenido que es improcedente la representación oficiosa respecto de entidades de derecho público, porque los Agentes del Ministerio Público no pueden despojarse del ejercicio de representación sino otorgando poderes dentro de los límites de la ley. (Negocios Generales, mayo 17 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....241, 2ª

— 140 —

ERROR (Errores de hecho y de derecho)

El error en materia jurídica puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción equivocada que se tiene de que una cosa ha sucedido o no; el segundo supone un concepto asimismo equivocado respecto de la disposición aplicada al caso, y por cuyo camino resulta ella quebrantada. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....619, 1ª

— 141 —

ERROR (en la apreciación de indicios)

Sólo en casos excepcionales de un error manifiesto, claro, que a simple lectura hiera la mente por el absurdo que él irradie, la Corte puede, en casación, descalificar el concepto del Tribunal derivado de la apreciación de indicios. (Casación Civil, julio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..634, 2ª y 635 1ª

— 142 —

ERROR COMUN (En qué consiste)

Error de masa o colectivo, error común, es el del vecindario que cree: que una per-

sona, por las apariencias como vive, posee un determinado estado civil, o en la habilidad de un testigo que se deduce de hechos positivos y públicos en el caso del artículo 1069 del C. C., o en la calidad de Notario de quien públicamente actúa como tal. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....124, 1ª

— 143 —

ERROR DE DERECHO

Para que un motivo por error de derecho en la apreciación de la prueba pueda prosperar, es indispensable que se demuestre, en primer término, la violación de las reglas sobre el régimen probatorio, en el sentido de que se refieran al valor, eficacia o fuerza de los medios de prueba, o a la manera de apreciar éstos; y, en segundo, que esa violación medio conduzca a la de la ley sustantiva, violación fin. (Casación Civil, junio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)..362, 2ª

— 144 —

ERROR DE DERECHO (Su apreciación en casación)

Para que pueda ser apreciado un error de derecho en casación, es preciso que se demuestre que el Tribunal ha dejado de aplicar, o ha aplicado indebidamente o violado un precepto regulador de la fuerza, valor o procedencia de determinado medio de prueba, y mediante ese error, ha llegado a la equivocada conclusión que en el recurso se impugna. (Casación Civil, julio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 645, 2ª

— 145 —

ERROR DE HECHO (Cuándo puede ocasionar la invalidación del fallo)

No es el error simplemente probable, sino el manifiesto o evidente, el que conduce a la violación de la ley y consiguiente infirmación del fallo que lo acoge.

Como lo ha dicho la Corte: "Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho, originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". (Casación Civil, mayo 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....67, 2ª

— 146 —

ERROR DE HECHO

Coinciden sentenciador y demandante al deducir de los hechos segundo y tercero de la demanda y de la súplica primera, la acción de nulidad del contrato de compraventa impugnado, por vicio en el consentimiento del vendedor Muñoz Vieira. Discrepan sólo en cuanto a la prueba de los elementos de hecho del caso específico que se trata de resolver, de los acaecimientos concretos que el demandante alega como fundamento de su pretensión, las maniobras del comprador para inducir al vendedor a caer en el error de transmitirle la propiedad de todo el lote, en vez de una parte de él. Así las cosas, no existe el error de hecho en la interpretación de la demanda, por cuanto se trata de una cuestión de prueba, y esa interpretación no tiende a demostrar la ocurrencia de hechos sino a desentrañar el sentido, la significación de las expresiones empleadas en el libelo. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....134, 2ª y 135, 1ª

ERROR DE HECHO

Para que el error de hecho en la apreciación de pruebas, pueda invocarse con éxito

en casación, ha de ser manifiesto, es decir, que aparezca de modo evidente en los autos. "Es preciso que la cuestión de hecho no sea dudosa, pues si ofrece dudas, no puede declararse el error evidente". (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... 142, 2ª

— 148 —

ERROR DE HECHO (prueba pericial)

Conforme a constante jurisprudencia de la Corte, en el análisis que el Tribunal hace de la prueba pericial no cabe error de hecho porque jueces y magistrados tienen soberanía y latitud para determinar la fuerza probatoria del dictamen. Función eminentemente intelectiva, en que no es posible el error de hecho, que, como bien se sabe, consiste en dar por existente en los autos un hecho que en realidad no existe, o al contrario.

En el caso de autos, tanto los peritos como el Tribunal hicieron apreciaciones referentes a los perjuicios materiales ocasionados por el golpe de que fue víctima la señora demandante. Decidir si éstas o aquéllas apreciaciones merecen la adhesión de un Tribunal de instancia, es función en la cual éste no puede incurrir en error de hecho en que pueda fundarse causal de casación. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. .... 292, 1ª

— 149 —

ERROR DE HECHO

Según jurisprudencia constante de la Corte, el error de hecho se produce cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas o desvirtuadas de manera patente o incontrovertible con otros elementos del pleito. En otros términos, para que exista esta clase de error en la apreciación de las pruebas, es necesario que de ellas y de otros comprobantes del proceso resulte demostrado de un modo evidente que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas. También es invariable jurisprudencia de la Corte la de que cuando existe duda en una cuestión de hecho originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurre en ese error al acoger algunas de ellas para formar su juicio y resolver la cuestión controvertida. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).. .....323, 1ª

— 150 —

ERROR DE HECHO (Cuándo puede originar la casación)

Al tratar el Tribunal, en la sentencia, el elemento dominio en cabeza del demandante, para la prosperidad de la acción reivindicatoria, partió del estudio sobre la transformación de la sociedad actora, de que ya se ha hablado, y relacionando esa situación que había dado por establecida definitivamente en el juicio, con la creada por la escritura 491, complementado ese instrumento público con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en que consta que su inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los medios legales, dio por comprobado el dominio de la Sociedad de Zancudo, como continuadora de la establecida el 3 de octubre de 1844, en las carboneras existentes en los terrenos que fueron de Mariano García.

El Tribunal de Medellín tomó aquellos documentos y los enlazó, siendo su apreciación el resultado de la suma y combinación de esos diversos elementos probatorios; en cambio, el recurrente toma aisladamente la escritura 491 de 1864, como base del ataque a la sentencia, lo que, como es obvio, lo con-

duce a un resultado distinto del obtenido por el sentenciador. En estas circunstancias, no es posible achacarle error de hecho evidente al Tribunal, en la apreciación del citado instrumento público, y, por tal virtud, no es admisible el cargo. (Casación Civil, junio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... 361, 2ª

— 151 —

ERROR DE HECHO

Para que el error de hecho prospere en casación, se requiere se presente con caracteres de evidencia tales que a simple vista abrume por su claridad. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... 390, 2ª

— 152 —

ERROR DE HECHO (En la interpretación de un acto o convención)

Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que los errores en que puede incurrir un Tribunal al interpretar un acto o convención, son de hecho y que, como tales, deben aparecer de modo evidente o manifiesto por el contenido mismo de las estipulaciones de cuya interpretación se trata. (Casación Civil, julio 11 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 562, 2ª

— 153 —

ERROR DE HECHO

Se incurre en error de hecho al no estimar justificado lo que con absoluta claridad aparece del texto de un documento, o al admitir la certeza de un hecho distinto o contrario a lo que evidentemente resulta del mismo, pero no al darle determinada interpretación, diferente a la que el recurrente le atribuye, sin alterar su texto ni prescindir de él. (Casación Civil, julio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....645, 1ª

— 154 —

ESCRITURA PUBLICA (Lo simplemente enunciativo o accidental no obliga a quienes no fueron partes en el instrumento)

Lo que en una escritura pública se expresó incidentalmente, no se puede oponer a personas que no intervinieron en esa misma escritura. El artículo 1765 del C. C., dice que el instrumento público hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo. Lo que quiere decir que lo simplemente enunciativo o accidental no obliga a quienes no fueron partes en el instrumento. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 312, 1ª y 2ª

— 155 —

ESTADO CIVIL (Validez de los nuevos medios de prueba)

El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 otorgó a las certificaciones de los párrocos el valor de pruebas principales de tales hechos de estado civil, si se expedían con inserción de las actas o partidas existente en los libros parroquiales. No se dijo allí en forma expresa que estos medios nuevos demostrativos del estado civil tuvieran aplicación a los hechos o actos anteriores a su vigencia: sin embargo jamás la doctrina ni la jurisprudncia emplearon reticencias para reconocerle pleno valor a las referidas certificaciones como medio de prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos antes de entrar en vigencia la ley. Es decir, se estimó como indudable axioma que los medios nuevos de prueba del estado civil de las personas se aplicaban tanto a los hechos y actos posteriores como a los anteriores a la creación legal de aquéllos.

Es indudable que se debe aplicar el mis-

mo criterio para la interpretación de las leyes, ya se trate de la filiación legítima o de la natural. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) ....407, 1ª y 2ª

— 156 —

EXCEPCIONES (La carencia de acción no es propiamente una excepción)

La Corte en repetidos fallos ha sostenido que la carencia de acción no es propiamente una excepción.

El Código Judicial en su artículo 329 define lo que es excepción perentoria diciendo que es "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió"; mejor dicho, la excepción supone la existencia de la acción, sólo que el hecho exceptivo enerva o acaba con la acción. Siendo esto así, no puede sostenerse que exista la "excepción de carencia de acción". Este fenómeno jurídico ocurre cuando el demandante no puede apoyar su acción en preceptos legales como lo sería quien demande cánones de arrendamiento de un terreno sin probar que sea arrendador, o sucesor de éste, o quien demande la nulidad de un contrato de venta de un bien raíz alegando ser acreedor del vendedor, sin que se haya declarado en quiebra o hecho cesión de bienes, o finalmente, quien demande la nulidad de una partición de bienes sucesorales sin que pruebe ser heredero o acreedor de la sucesión o sucesor de éstos. (Casación Civil, mayo 15 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) ....82, 1ª y 2ª

— 157 —

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO O DE VENTA (El callarlas no puede interpretarse como la renuncia a proponerlas)

El callar las excepciones dentro del juicio ejecutivo o de venta, no puede interpretarse como la renuncia a proponerlas. El silencio implica renuncia de derechos únicamente cuando la ley, en forma expresa, así lo establece, y esto no ocurre en el caso que se contempla. Por el contrario, el legislador no ha limitado la revisión de las sentencias proferidas en juicios de tal naturaleza al estudio de las excepciones que se hubieren propuesto y pronunciado en ellos, sino que ha dejado plena libertad para descutir dentro del juicio de revisión, la validez de los títulos ejecutivos o la pertinencia de las excepciones perentorias que en este último se aduzcan. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... .... 585, 1ª

— F —

— 158 —

FALSEDAD

La falsedad punible es la alteración consciente de la verdad para suscitar un juicio equivocado sobre un hecho concreto, a fin de crear, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica. La mutación de la verdad ha de recaer, pues, en algo sustancial que pueda lesionar la fe pública, por medio de un escrito que, si bien tiene las apariencias de una prueba, en el fondo la traiciona, por falta de veracidad en todos o en algunos de los hechos que afirma. (Casación Penal, mayo 29 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....220, 2ª

— 159 —

FALSEDAD (Prueba de la)

Para acreditar el hecho físico de la falsedad o adulteración de un documento, auncuando en éste se consigne una obligación mayor de quinientos pesos, es admisible toda clase de pruebas, pues la limitación consignada en los artículos 1767 del C. C., y 91

de la Ley 153 de 1887, no opera sino cuando entre otras cosas, se trata de demostrar la existencia de una obligación mayor de aquella cantidad. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).....340, 2ª

— 160 —

FIDEICOMISO (Su naturaleza. Cualquier negocio de fiducia que celebre un banco debe estar localizado en la sección respectiva)

El fideicomiso, que bien se puede llamar fiducia, como lo domina el actor, es, en términos estrictos, una convención basada en la confianza. Fideicomiso viene de fiducia, que es confianza, seguridad. Tuvo origen en el derecho romano, donde llegó a ser en su esencia un contrato por el cual se transmitía la propiedad de una cosa con el encargo de volverla a determinada persona cumplidas ciertas circunstancias.

Esta institución romana pasó a la legislación latina con cierto carácter sucesoral y familiar, y de la legislación española la tomó el proyecto del señor Bello, para concretarse en textos legales del Código Civil Chileno, que son exactos a los que rigen en Colombia. Dentro de esa legislación romanolatina, la fiducia proviene generalmente de una disposición de última voluntad del constituyente (Claro Solar VIII, 22), sobre lo cual dan ambiente los artículos 794, 795 y 804 del C. C., en relación con los artículos 1215 y siguientes, relacionados con sustituciones testamentarias.

De acuerdo con textos legales, en el fideicomiso intervienen o deben intervenir tres personas: **El Constituyente**, dueño de la cosa que se va a comprometer en la operación; **El Fiduciario**, en el cual se deposita la confianza plena y quien recibe la cosa con un gravamen de restitución; y **El Fideicomisario**, a quien se debe hacer la restitución. Por eso dice el Código Civil que la propiedad fiduciaria es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona; que la constitución de esa propiedad se llama fideicomiso, y que la traslación del fideicomiso a la persona favorecida con él se llama restitución (artículo 794).

Claro está, pues, que sin estas tres intervenciones no puede haber fideicomiso, estrictamente. Sobre todo, es de la esencia de la institución la presencia del fiduciario, en cuyas manos se debe poner la cosa, y del fideicomisario, a quien se le ha de entregar, cumplida cierta condición, pero sin que ello quiera decir que en el fideicomiso haya un doble derecho de propiedad: sólo hay uno, ejercido sucesivamente por el fiduciario y el fideicomisario. Un autor chileno explica esto así: "Puede compararse esta situación con un tren en marcha entre Santiago y Valparaíso. En el tren no cabe sino una sola persona; al salir el tren de Santiago, lo ocupa el fiduciario, el que continuará ocupándolo hasta que se cumpla la condición. Mientras el fiduciario vaya en el tren, el fideicomisario no puede subir en él; sólo tiene la espectativa de poder subir. Si se realiza la condición, desciende el fiduciario y sube el fideicomisario; se extingue para siempre el derecho del fiduciario y sólo entonces nace el derecho del fideicomisario.'. (Alessandri.— "Derecho Civil Chileno", Tomo sobre "Los bienes", página 249).

Con alguna influencia en la legislación romana se estableció en Inglaterra el Trust, que según esa legislación es la obligación de equidad que contrae una persona (trustee) de administrar un bien que se le entrega (trust) por cuenta de un tercero (beneficiario), quien puede exigir el cumplimiento de esta obligación.

Se ve, pues, que tanto en el trust como en el fideicomiso latino, tres personas desempeñan papel en la operación: el constituyente, quien se desprende de unos bienes; el trustee o fiduciario, en quien se deposita la confianza y toma a su cuidado ese patri-

monio, con amplio poder de disposición, pues propiamente es un propietario ante terceros, pero no lo es ante el constituyente, y el fideicomisario, quien, cumplidas ciertas condiciones, hará suyo el patrimonio.

La fiducia americana fue tomada del trust inglés, y en Estados Unidos la institución ha alcanzado un desarrollo extraordinario, por la flexibilidad de sus normas que permiten aplicar el mecanismo a los grandes y a los pequeños negocios de viudas y de huérfanos.

Esta institución americana es la transmisión de bienes que se hace a una persona en quien se tiene confianza, para que cumpla con ellos ciertos fines lícitos. Más o menos el mismo significado del fideicomiso romano, con la diferencia de que la confianza de entonces, un tanto platónica y abstracta, se ha reglamentado en forma rígida, para verdadera garantía del público, ya que la institución de familiar pasó a tener un contenido absolutamente civil de interés privado.

Era natural que esas normas americanas encontraran sitio en nuestra legislación, y en 1918, por la Ley 51 sobre establecimientos de crédito, se autorizó a los bancos para realizar operaciones fiduciarias; y vino después, por iniciativa de la Misión Financiera Norteamericana, la reglamentación de esas operaciones, según la Ley 45 de 1923, que versa sobre establecimientos bancarios y en que se autoriza a los bancos para establecer, entre otras, la Sección Fiduciaria. Dice la ley en su artículo 7º que "las palabras Sección Fiduciaria significan una sección en un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados". Y agrega: "Se entiende por fideicomiso todo encargo de confianza, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda el encargo". De otro lado, dice el artículo 9º que "Sección" para el caso, significa un Departamento del establecimiento bancario que puede desempeñar ciertas funciones previstas en la ley.

Adelante, en sus artículos 105 y siguientes, reglamenta la ley lo que corresponde a las Secciones Fiduciarias de los bancos, y en el artículo 107 se detallan las operaciones que esas secciones pueden realizar.

De esta suerte, la anterior reglamentación recoge el último significado del trust inglés, y en atención a ella, se puede concluír que cualquier negocio de fiducia celebrado por un banco debe estar localizado en la Sección respectiva. (Casación Civil, junio 24 de 1953 T. LXXV. Nº 2130)..368, 2ª y 369, 1ª y 2ª

— 161 —

FILIACION NATURAL ((Cuando se alega el caso de rapto previsto por el ordinal 1º del Art. 4º de la Ley 45 de 1936, la falta de condena penal por rapto no impide la prueba de éste ante juez civil)

Cuando en la demanda se ejercita una acción sobre reconocimiento judicial de la paternidad natural, alegando el caso de rapto previsto por el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el criterio de apreciación, en el fuero civil, para juzgar el hecho de acuerdo con las pruebas adecuadas, es independiente, o sea, que no está subordinado al criterio que rige ante las autoridades represivas del crimen. Claro es también que, probado el rapto como delito, mediante la sentencia penal, y siempre que ocurran los demás supuestos para reconocer la filiación, aquel hecho quedará establecido con igual eficacia en el fuero civil. Pero de ahí no puede deducirse que la falta de condena penal por rapto, haga imposible la prueba de éste, ante el juez civil para los efectos de la declaración de paternidad natural, como pretende el recurrente; pues aún la sentencia absolutoria del juez penal, sería compatible con la alegación y prueba del rapto como simple hecho inicial de unas relacio-

nes sexuales que hicieron posible el nacimiento del hijo o hijos cuya paternidad se investiga ante el juez civil. Con mayor razón no impide dicha prueba, un mero auto de sobreseimiento, como el invocado en casación. De ahí que tampoco puedan prosperar los cargos formulados con vista de los textos que se citan en el Código de Procedimiento Penal, como si la decisión del caso en ese fuero, hubiera precluído el debate para la acción civil que aquí se ventiló. (Casación Civil, mayo 5 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....30, 2ª

— 162 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

El motivo de declaración de la paternidad natural establecida en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, conlleva en su eficacia probatoria, la natural relación de causa a efecto, respecto de la concepción y posterior nacimiento del hijo que se produce como consecuencia de ella; de ahí por qué la prueba, ya sea directa como en los casos muy excepcionales en que pueda recaer sobre el hecho mismo de la cohabitación, o indirecta para los ordinarios y corrientes en que tales relaciones sólo puedan demostrarse por los medios indiciarios del trato, los auxilios económicos, permanentes o habituales, el reconocimiento explícito de los pretensos padres, etc., no puede tampoco referirse, sino a hechos sucedidos o dentro de la época en que naturalmente ha podido ocurrir la concepción del hijo, o sea "después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". La demostración de hechos de análoga naturaleza pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrá servir desde luego, como un medio de fortalecer el grado de certeza respecto de esto o de alguna otra de las causales que la ley previene, y aún determinar la de notoria posesión del estado civil, cuando los hechos correspondientes tienen la continuidad y duración requeridas para producirlo; pero no es ni puede ser un medio propio para acreditar causales que como la de las relaciones sexuales estables y notorias de que aquí se trata, implican ocurrencias que forzosamente han debido preceder al nacimiento del hijo, por lo mismo que nunca la causa puede ser posterior al efecto. (Casación Civil, mayo 6 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... .....44, 2ª

— 163 —

FILIACION NATURAL (Cuándo la seducción puede probarse por confesión privada)

La confesión privada sólo es admisible en esta clase de controversias, "en el caso de seducción.. siempre que exista, un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y que haga verosímil la seducción". (Casación Civil, mayo 6 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....46, 1ª

— 164 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

El ordinal 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 limita y subordina a dos circunstancias esenciales la declaración de paternidad natural con fundamento en esta causal: a la existencia de relaciones sexuales entre los presuntos padres con las características especiales de notoriedad y estabilidad; y a la vinculación de ésta, a límites temporales precisos, con punto de referencia al momento probable de la concepción, o sea, que a la ley no le baste la simple consideración de las relaciones sexuales, sino que ellas deben

ser notorias y estables, y condicionadas a la fecha del nacimiento del hijo en relación con la época de su comienzo y de su cesación.

De aquí que los hechos que deben ser motivo principal del debate probatorio en la investigación de la paternidad, con apoyo en esta causal, son aquellas dos circunstancias, sin cuya comprobación se hace imposible aplicar, por el juzgador, y por ministerio de la ley, la presunción que se instituye en el ordinal 4º citado. Pues, si no se puede con certeza afirmar el estado de las relaciones sexuales con los caracteres de notoriedad y permanencia anotados, y desde o hasta cierta época, "la presunción queda sin base, sin contenido y sin efectos porque está instituída precisamente sobre un cálculo de días posteriores a la iniciación y anteriores a su terminación". (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... 109, 2ª

— 165 —

FILIACION NATURAL

La Corte ha adoptado unánimemente, a partir del año de 1945, la doctrina de que la acción de la ley 45 de 1936 es procedente contra los herederos del presunto padre. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....113, 1ª

Salvamento de voto de dos Magistrados de la Sala de Casación Civil a la anterior doctrina. 144, S. S.

— 166 —

FILIACION NATURAL (La acción consagrada en la Ley 45 de 1936, es procedente contra los herederos del presunto padre)

El artículo 403 del Código Civil habla de que en los juicios de paternidad el legítimo contradictor es el padre. Tomando pie en este artículo, una vez expedida la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural, los jueces negaban toda demanda sobre filiación natural cuando el presunto padre había muerto; mas se reaccionó contra esta doctrina, y la jurisprudencia se generalizó en el sentido de aceptar como demandados a los herederos, muerto el padre. (Casación Civil, mayo 29 de 1953. T. LXXV Nº 2129).... ....194, 1ª

— 167 —

FILIACION NATURAL (Reconocimiento del hijo por escritura pública)

Para la plena validez de un reconocimiento de hijo natural por escritura pública no es necesario que sea éste el motivo principal o esencial del instrumento. Por el contrario, el legislador, en forma clara e inequívoca, dice en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, que tal cosa puede no ser así. Lo único que importa es que el deseo o intención de reconocer al hijo, aparezca en forma cierta del contenido del instrumento.

Y con mayor razón cuando se trata de demostrar no un reconocimiento, sino la causal 3ª del Artículo 4º de la mencionada Ley 45, para que se produzca la declaración judicial de paternidad, lo único que se requiere es que exista una confesión inequívoca de su paternidad.

Ninguna importancia tiene, pues, el hecho de que la confesión aparezca como parte esencial o accidental del instrumento, o de los escritos privados o papeles de familia. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....406, 1ª

— 168 —

FILIACION NATURAL (Admisibilidad de la acción de investigación de paternidad natural después de muerto el padre)

En numerosas sentencias proferidas a patir del año de 1945, la Corte ha dicho que los artículos 401 a 404 del Código Civil nada tiene que ver con la admisibilidad de la acción en juicios de investigación de la paternidad, iniciados después de muerto el padre legítimo o natural. Dichos preceptos legales se refieren exclusivamente a los efectos de la sentencia proferida: erga omnes, si al juicio ha concurrido legítimo contradic-

tor; los ordinarios de toda sentencia, en el caso contrario.

Los artículos 401 a 404 del C. C., se incorporan al Código para regular los juicios sobre filiación legítima y se aplican a la natural, en virtud del artículo 7º de la Ley 45 de 1936. Es incuestionable que esos textos no excluyen las acciones sobre filiación después de muerto el padre o la madre, consagradas en diversos artículos del mismo Código. Así lo vemos en el 219, sobre impugnación del hijo legítimo, luego de muerto el padre; en el 220, sobre declaración judicial de ilegitimidad del hijo nacido después de expirados trescientos días, contados desde la fecha en que empezó la imposibilidad del marido de tener acceso a la mujer; en el 222 que dá esa misma acción a los ascendientes legítimos del marido en el 247; sobre impugnación del hijo nacido después de celebrado el matrimonio; en el 234, sobre paternidad del hijo de mujer que ha pasado a otras nupcias; y en las partes segunda y última del artículo 406, que dá acción en cualquier tiempo al que se presente como hijo legítimo del padre o madre que le desconoce; y, finalmente, en el artículo 20 de la ley 57 de 1887, sobre hijo concebido durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges, cuya acción de legitimidad debe ser intentada por la madre, por el hijo, directamente, si es mayor de edad, o por medio de un curador ad litem, y dirigida contra el padre, si vive, o contra sus herederos, en caso de haber muerto.

De admitirse la tesis que niega la admisibilidad de la acción de investigación de paternidad natural, con base en los artículos 401 a 404 del C. Civil, sería indispensable aplicarla entonces también a la filiación legítima, para la cual —se repite— fueron incorporados al Código esos textos. Y entonces quedarían sin aplicación las numerosas disposiciones comentadas, con las absurdas consecuencias que ello entrañaría. So pretexto de que se trata de filiación natural, no puede variarse el sentido y alcance de normas que el legislador ha querido se apliquen sin restricción alguna. (Casación Civil, junio 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 407, 2ª y 408, 1º

— 169 —

FUERO (Art. 580 del C. de P. P.)

El artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, como su contenido lo explica con suficiente claridad, está destinado a dar una norma al funcionario instructor o juez de la causa cuando en la investigación de un delito apareciere que en él ha tenido participación alguna de aquellas personas que en virtud del fuero especial que les reconoce la Carta, deben ser juzgadas por el Senado. En este evento, aquella disposición ordena pasar esas diligencias informativas a la Cámara de Representantes, a fin de que ésta decida si propone o no la acusación ante el Senado.

Siendo ello así, como fácilmente se descubre del texto legal, esto sólo tiene cumplimiento cuando en un delito sea partícipe una persona que goce de fuero para su juzgamiento por el Senado. (Casación Penal, mayo 5 de 1953 T. LXXV. Nº 2129) . . . .202, 2ª y 203, 1ª

— H —

— 170 —

HECHOS CRONICOS (Su prueba por medio de testigos)

Sobre los hechos crónicos, la Corte ha expuesto repetidas veces: "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" (G. J., Tomo XXVII, página 66). (Casación Civil, julio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)....632, 2ª

— 171 —

HERENCIA (Pasivo de la sucesión)

La doctrina dominante en lo que se refiere con el pasivo de toda sucesión, es la de que éste está integrado: a) por las deudas hereditarias u obligaciones contraídas en vida por el causante con el carácter de transmisibles; b) por deudas testamentarias que se originan en el testamento y de las cuales no existe siquiera un principio de prueba por escrito, y c) por las costas o gastos comunes a que dan motivo la apertura de la sucesión, la secuela del juicio respectivo, impuestos, inventarios y la partición. (Artículo 1016 del C. C.).

El Código Civil regula la forma de pago de las deudas hereditarias y testamentarias, no así lo relativo a la de las costas o gastos comunes. De aquí, la aplicación analógica del artículo 1142 del C. J., que autoriza el 8º de la ley 153 de 1887, en cuanto el primero prescribe que: "el comunero que haga los gastos que corresponden a todos, tiene derecho a que se le reembolse con parte de los bienes comunes o del producto de la venta".

Y porque: "La posible igualdad de que habla la regla 7ª del artículo 1394 del C. C. y que ha de guardarse en la distribución de los elementos hereditarios, no se rompe porque al heredero que ha sufragado los gastos del juicio de sucesión se le adjudiquen del acervo común bienes suficientes, según la tasación de peritos hecha en la diligencia de avalúos, como reembolso, desde luego que a ese heredero es al único a quien es posible entregársele bienes en tal concepto Los demás como no tienen la calidad de acreedores, están excluídos de la posibilidad de adjudicaciones de tal naturaleza". (Casación Civil, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....163, 1ª y 2ª

— 172 —.

HIJOS NATURALES (Alcance del Artículo 2º de la Ley 45 de 1936)

El artículo 2º de la Ley 45 de 1936 dice que el reconocimiento de los hijos naturales puede hacerse "por escritura pública", y por cualquiera de los otros medios allí señalados. No exige en parte alguna que se trate de una escritura especialmente otorgada para tal fin, ni que sea ese su objeto principal. Como tampoco lo exige para que se produzca el reconocimiento por testamento, —caso análogo—, a sabiendas de que toda memoria testamentaria comprende generalmente disposiciones de índole diversa, y entre ellas algunas en favor de personas distintas del hijos reconocido.

Lo que el legislador ha querido, en esta materia del reconocimiento de hijos naturales, es que la manifestación del padre al respecto reuna la condición esencial de autenticidad. Por eso la ley ha dispuesto en forma limitativa que el reconocimiento no tiene validez sino cuando se produce mediante escritura pública, testamento, firma del acta de nacimiento y manifestación ante juez, hecha en forma expresa y directa. No exige que cuando se emplea este último medio, el acto esté especialmente destinado al reconocimiento o constituye su principal objetivo. Al contrario, expresamente dice el mismo texto citado, que "aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que le contiene", es válido, luego con menor razón se puede exigir tal requisito cuando se trata de escritura pú-

blica. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) .... 13, 1ª y 2ª

— 173 —

HIPOTECA

En sentencia de 29 de mayo de 1941, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

"a) La hipoteca es un derecho real que afecta el dominio y puede afectar a la postre, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, inscrita o material. De ahí que el artículo 2452 del C. C. siente el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido".

"b) El antiguo Código Judicial adolecía del vacío de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria, adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. Según el artículo 1022 de esa extinguida obra, cuando se persiga una hipoteca el ejecutado será el que con juramento y bajo su responsabilidad designe el ejecutante, como actual poseedor de la finca hipotecada. Desarrolla ese mismo principio el artículo 1045 cuando dice que, en tal caso, las notificaciones se entenderán con el deudor obligado o con un defensor que lo represente, que defienda la hipoteca, en cuanto hubiere lugar". (Casación Civil, mayo 26 de 1953 T. LXXV. Nº 2129).... ....175, 2ª y 176, 1ª

— I —

— 174 —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA (Cuándo es causal de nulidad)

La segunda causal de nulidad prevista en el artículo 448 del C.J., no reza con cuestiones de fondo y no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o el demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio, y la correspondiente representación no está debidamente acreditada. (Negocios Generales, julio 7 de 1953 T. LXXV. Nº 2131).... ....740, 2ª

— 175 —

INCONGRUENCIA (Diferencias entre las causales 1ª y 2ª de casación)

Cuando se niegan las peticiones de la demanda, o se accede a algunas y se rechazan las demás, no puede hablarse de incongruencia porque se ha resuelto exactamente sobre las pretensiones incoadas. Para que exista incongruencia se requiere que el sentenciador no haya resuelto puntos planteados en la litis, o incluya decisiones extrañas a lo pedido, o conceda más de lo solicitado, o deje de fallar sobre alguna excepción perentoria siendo el caso de hacerlo. Las violaciones de ley sustantiva son totalmente ajenas a esta causal. Con sujeción a ella, únicamente es posible confrontar si la parte resolutiva de la sentencia no armoniza con las peticiones de la demanda y excepciones del demandado. Pero las cuestiones relacionadas con el fondo del litigio, con los motivos aducidos por el Tribunal para acceder o negar las peticiones y excepciones, son materia exclusivamente de la causal primera, ajenas a la segunda que aquí se invoca. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 19, 1ª

— 176 —

INCONGRUENCIA (Como causal de casación)

El Tribunal declaró probada la excepción de prescripión ordinaria personalmente a

favor de Manuel Loreto Jiménez Cárdenas, cuando lo alegado y pedido por éste, sin haber sido señalado por el actor como demandado, fue la prescripción extraordinaria para la sucesión de su padre Loreto Jiménez.

Así las cosas, el senteciador quebrantó el principio general de derecho procesal de que la sentencia debe corresponder a la acción instaurada, en cuanto que este derecho comprende no sólo al actor, sino también al reo, para la declaración negativa de la relación, que regularmente se ejercita por el último, en la forma de medios defensivos o excepciones, y que implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas; y b) Que el mismo funcionario judicial debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo con fundamento en tales elementos. El fallo en estudio se pronuncia sobre una cuestión no planteada en el pliego de excepciones, porque la prescripción que declara no ha sido pedida y se reconoce con apoyo en elementos de hecho y conceptos diferentes de los que sirvieron de base al excepcionante para invocar el medio defensivo propuesto en la contestación de la demanda, desoyendo así el Tribunal la verdadera razón o causa de pedir.

Crea, pues, aquel fallo una situación constitutiva de la incongruencia prevista en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., que lo coloca al margen de las reglas del artículo 471 ibidem, que señalan aquello a que debe ceñirse la sentencia en cada caso en el evento contemplado en el citado motivo 2º, en relación con el artículo 593, que requiere demostración plena y completa de los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, en cuanto fundamenten una decisión judicial. (Casación Civil, junio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....306, 2ª

— 177 —

INCONGRUENCIA (En qué consiste)

El vicio de inconsonancia o incongruencia del fallo acusado consiste exactamente en el hecho de haber convertido el Tribunal en acción de pertenencia, lo que sólo fue invocado por los contrademandados como medio exceptivo o de defensa contra la acción reivindicatoria propuesta en reconvención. Y como, según los términos explícitos de la demanda principal, el objeto de la controversia estaba limitado al dominio de la parte no edificada del inmueble, es claro que al resolver la sentencia sobre el de la otra parte, o sea, la ocupada por la casa, por el mismo hecho cambió el objeto del pleito, haciéndolo por tanto incongruente con las pretensiones aducidas en la demanda. (Casación Civil, julio 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....495, 1ª y 2ª

— 178 —

INCONGRUENCIA (causal 2ª de casación)

Para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado y, en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, sólo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, y es improcedente el examen de las consideraciones que indujeron al Tribunal a pronunciarse como lo hizo en esa parte. (Casación Civil, julio 14 de 1953 .T. LXXV. Nº 2131).... ....623, 2ª

— 179 —

INDICIOS

Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especia-

les, en que su interpretación repugna con la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).. ....124, 2ª

— 180 —

INDICIOS

(Soberanía del Tribunal en su apreciación)

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión de los indicios la confía la ley a la inteligencia y conciencia del juzgador de instancia, quien se mueve a darles el valor de prueba plena cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico; de manera que ese juicio ponderativo —que "es un proceso mental" del sentenciador— es intocable en casación, como que no está ni puede estar sujeto a reglas determinadas, y no puede ,de consiguiente, reputarse como error de éste el hecho de que no haya encontrado fuerza suficiente para convencerse de un indicio o conjunto de indicios sobre los cuales un recurrente manifieste que sí lo ha convencido. En casación sólo es viable atacar la apreciación probatoria del fallador de segundo grado en los siguientes casos excepcionales: cuando se haya dado por probado un indicio, que no lo está; o pasádose por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las deducidas sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado notoriamente a la lógica, por no haber entre los indicios o su conjunto, de un lado, y, de otro, las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstas. ((Casación Civil, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....510, 1ª

—181 —

INDIVISIBILIDAD PROCESAL (Excepciones al principio general de la unidad procesal)

Nuestra legislación en materia de procedimiento penal, al par que acoge la tesis general de la indivisibilidad procesal (artículos 50, 52 y 54), consagra positivamente excepciones, como la prevista en el artículo 430 ibidem.

Es decir, respetando estrictamente el principio de la litis consortio o la llamada continencia de la causa, debe definirse la situación jurídica del ciudadano o ciudadanos respecto de quienes la prolonganción de la investigación, motivada por la existencia de otro u otros responsables, otro u otros elementos probatorios de la imputabilidad o de la inocencia, podría lesionar su derecho constitucional de ser juzgados a la mayor brevedad posible, consultando también el principio universal que aspira a la economía procesal. Ello no significa que se divida la continencia de la causa; el proceso es uno solo. Lo que ocurre es que, respetando su unidad, se define la responsabilidad en distintas etapas o actos procesales.

Otra excepción al principio general de la unidad procesal es la establecida en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando en el proceso se advierte o que el hecho imputado no se ha consumado, o que el acusado o acusados no han ejecutado el hecho o hechos que se dicen delictivos por la ausencia de prueba al respecto, o que el hecho denunciado no está erigido como delito en nuestra norma penal, o porque han advenido hechos que indican al Juez que la acción penal no puede continuarse o proseguirse. En cualquiera de estos supuestos, el Juez está en la imperiosa obligación de dictar la correspondiente sentencia por medio de la cual disponga la cesación del procedimiento, sin perjuicio de ordenar también su prosecución, si existe

prueba de imputabilidad penal contra otro u otros ciudadanos, o porque hay posibilidad de obtener datos comprobatorios indispensables para la ejecución completa de la administración de justicia.

Esta aparente división de la unidad del proceso o de las providencias judiciales no solamente se excepciona en obedecimiento al principio de la economía procesal, sino para resguardar esenciales normas que precisan las nociones de la competencia y la jurisdicción, por ejemplo, cuando en una determinada investigación resultan responsables sometidos por la ley para su juzgamiento a fueros especiales o distintos. De aquí lo dispuesto por el artículo 51 del Código de Procedimento Penal. (Casación Penal, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)..458, 1ª y 2ª

—182 —

INMUEBLES (Requisitos de las demandas relacionadas con esta clase de inmuebles)

El artículo 222 del Código Judicial es terminante, artículo especial, cuya doctrina no se encuentra dentro de las condiciones que debe tener una demanda, según el artículo 205 del mismo Código, y el cual expresa que si en la demanda se tratare de un bien raíz, se deben especificar los linderos de éste, en forma inconfundible. Qué hace un juez que al ir a fallar un negocio encuentra que no está definido el inmueble de que allí se trata, por medio de un preciso encerramiento, o que no está definida legalmente la personería de una de las partes, dos ocurrencias anotadas en la sentencia recurrida? No entrar a considerar el fondo del negocio, y declarar una excepción que no destruye la acción, pero sí el juicio. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)..314, 2ª y 315, 1ª

— 183 —

INMUEBLES (Su identificación)

Cuando se manifiesta que el globo de terreno que los demandados poseen está dentro del inmueble de mayor extensión que se alindera, cabe entender que aquél colinda por todos sus costados con éste, sin necesidad de decirlo. Se trata de una deducción obvia y necesaria.

En tales circunstancias, pues, no puede afirmarse que no está suficientemente identificado. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....545, 1ª

— 184 —

INSPECCION OCULAR (Su valor probatorio cuando se practica extrajuicio)

Una inspección ocular practicada extrajuicio y sin intervención de la parte a quien se opone, a lo sumo tiene el valor de "una presunción más o menos grave conforme a las reglas generales, según la naturaleza de la prueba misma y de los hechos examinados", como lo dispone el artículo 732 del C. Judicial. (Casación Civil, mayo 12 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....79, 1ª

— 185 —

INTERESES (Cuando el legislador impone la necesidad de condenar al pago de ellos).

El legislador, cuando impone la necesidad de condenar al pago de intereses, en realidad está considerando que son el lucro cesante mínimo que el acreedor ha sufrido. Se trata, pues, de un punto de derecho que no está supeditado al examen del aspecto probatorio del juicio. ((Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) ....10, 2ª y 11, 1ª

— 186 —

INTERESES (Desde qué momento nace la obligación de pagar intereses)

No nace la obligación de pagar intereses, sino desde que se ha producido la mora o retardo. Y cuando por sentencia se impone la obligación de restituir una semana de dinero, que no se había recibido bajo término o condición, la mora o retardo sólo pueden surgir una vez vencido el término expreso que para el pago se señale en la misma sentencia, o el implícito, a falta de aquél, de la ejecutoria conforme al artículo 542 del C. Judicial. (Casación Civil, mayo 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....11, 1ª

— 187 —

INTERVENCION EN POLITICA (Alcance de las palabras "DEBATE POLITICO" que emplea el Código Penal al hablar de este delito)

Pueden hacerse las más variadas interpretaciones sobre las palabras "debate político", que emplea el Código Penal al tratar del delito de intervención en política. Mas, en todo caso, no resulta ser jurídica la que circunscribe esa noción al simple significado electoral, en el sentido de que la Ley sólo prohibe con el texto penal la actividad dirigida a fines de naturaleza electoral. Ello traería como consecuencia que de no tener aquel carácter, ese hecho estaría excluído de la sanción penal. La norma quiso sentar una prohibición categórica para los empleados públicos, porque consideró que esas actividades son incompatibles con las funciones públicas. De manera que quien en calidad de funcionario tome parte en un debate político, delinque, cualquiera que sea la situación en que esté colocado, porque la violación de la ley penal está determinada por el carácter del empleado que actúa en funciones que no le corresponden.

No es menester, pues, que el hecho se cometa cumpliendo actividades propias del cargo, sino que esta calidad se tenga cuando se ejecutan actos que la persona que los cumple está imposibilitada legalmente para realizarlos. (Casación Penal, mayo 5 de 1953. Nº 2129).... ....201, 1ª

— 188 —

IRA O INTENSO DOLOR

La Corte, en diversas ocasiones, ha sostenido que el artículo 28 del Código Penal dice relación a toda clase de homicidios y a toda clase de lesiones personales, siempre que no se trate de hechos por culpa. (Casación Penal, julio 13 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. 676, 1ª

— J —

— 189 —

JUSTICIA MILITAR (Articulo 398 Decreto 1125 de 1950)

El artículo 398 del Decreto Nº 1125 de 1950 dice relación al caso de procesos en que los sindicados son personal de soldados, suboficiales, marinería o personal auxiliar civil que forma parte de las fuerzas militares, conforme a lo dispuesto por el artículo 386 del mismo Decreto; pero dicho artículo no es aplicable cuando los sindicados son particulares sometidos a la Justicia Penal Militar, en cuyo caso las disposiciones aplicables son las contenidas en los artículos 425 a 429 del mencionado Decreto. (Casación Penal, junio 2 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)..428, 2ª

— L —

— 190 —

LEGITIMA DEFENSA

El objeto de prueba de la legítima defensa comprende los varios elementos que la integran y que la doctrina ha clasificado y ordenado así: agresión o ataque injustos al bien o interés jurídicamente protegido (la integridad física, por ejemplo), actualidad o inminencia del ataque o agresión en forma tal que constituyan un riesgo o peligro no evitables de otro modo, consiguiente necesidad inaplazable de ejercer la defensa, y proporcionalidad entre el ataque y la defensa o reacción defensiva. (Casación Penal, junio 2 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 431, 1ª

— 191 —

LESION ENORME

Según lo estatuído en el artículo 1496 del Código Civil, el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Para determinar, por este aspecto, la naturaleza de un contrato hay que partir del momento en que se perfecciona, pues si una vez que esto ocurre, surgen obligaciones para ambos contratantes, el contrato es bilateral, y si desde ese instante, sólo una queda obligada, es unilateral. Así, por ejemplo, la compraventa en lo general se perfecciona desde cuando hay acuerdo entre las partes en la cosa y en el precio, en ese momento nacen dos obligaciones recíprocas para las partes, la de entregar la cosa y pagar la prencio: luego es bilateral. El depósito y la prenda se perfeccionan con la entrega de la cosa, y cuando esto ocurre, sólo nace una obligación, que es la de conservar y restituir la cosa por parte de quien la recibió: luego es unilateral.

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición o entrega de la cosa a que se refiere (artículos 1500); es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro (artículo 1497). Este se subdivide en conmutativo y aleatorio. 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 se llama aleatorio, cuando el equivalente consiste en una contigencia incierta de garantía o pérdida (artículo 1498 ibidem).

Lo que caracteriza al contrato es que las prestaciones a que dá nacimiento deben ser equivalentes y conocidas ciertamente desde el momento mismo de su celebración o perfeccionamiento; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta.

En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues no hay equivalencia en las prestaciones y los contratantes no prevén, en el momento de su celebración, el alcance de aquéllas o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que tanto la una como la otra están subordinadas o dependen de una contingencia incierta.

De allí que la acción rescisoria por lesión enorme se conceda sólo y en los casos precisados por la ley, para algunos contratos conmutativos, cuando se rompe en la medida legal la equivalencia de las prestaciones, y que dicha acción, en principio, no se otorgue por la ley para los contratos aleatorios. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....327, 1ª y 2ª

— 192 —

LESION ENORME (Prueba del verdadero valor)

En el ejercicio de la acción rescisoria por causa de lesión enorme, el factor que es materia de disputa y sobre el cual debe recaer el fallo, es si en realidad la cosa fue vendida por un precio írrito, o por uno superior y desproporcionado a su valor venal, y si por esa circunstancia, el contratante lesionado ha padecido laesio ultra dimidium. Por ese aspecto, lo conducente en el debate judicial y lo que constituye la cuestión litigiosa, es la confrontación y examen del precio estipulado en la compraventa y del justo valor de la cosa vendida, en la fecha de la convención, para deducir judicialmente si entre los dos existe una diferencia tan apreciable, que ésta se eleva a más de la mitad del justo precio, o a más del doble del estipulado en el contrato.

Siempre que se ejercite este motivo procesal y se pretenda averiguar si el vendedor padeció lesión enorme, hay que acudir a las pruebas conducentes, de la cuales, la señalada es el avalúo de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad, cuál era el justo precio del inmueble, al tiempo del contrato. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....556, 2ª

— 193 —

LESIONES (Aplicación de pena cuando dejan varias consecuencias)

En diversas ocasiones, la Corte ha sostenido que cuando se causa una lesión o herida en el organismo humano, la primera consecuencia que se observa en el ofendido es la incapacidad para trabajar como antes, que se traduce en el tiempo que éste necesite para recuperar su salud y volver a ocuparse de sus labores ordinarias. De ahí que la incapacidad se defina en Medicina Legal como el tiempo necesario que se requiere para hacer entrar la parte enferma en las condiciones que constituyen la salud.

Pero aparte de la incapacidad para trabajar, pueden producir las lesiones otros trastornos mediatos o inmediatos que causen alteraciones en la anatomía y estética del cuerpo, y en este caso, la ciencia y el estatuto represivo los llaman deformidad física o bien perturbación funcional, cuando afectan un órgano o miembro. En estos casos, pueden presentarse a un mismo tiempo la incapacidad, la deformidad y la perturbación funcional, como en la amputación de un miembro, en la pérdida de los ojos, en la anquilósis de los dedos de la mano, etc.

Por eso la ley penal, a fin de evitar un exceso en la determinación de la pena, cuando se presentan varias secuelas como resultado del mismo acto lesivo de la integridad personal, tiene en cuenta únicamente el daño mayor que produzcan las heridas. (v. artículo 377 del C. P.). (Casación Penal, julio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. ....709, 2ª

— 194 —

LESIONES (La ley penal emplea los vocablos "órgano" y "miembro" en sentido funcional y no en sentido anatómico)

La ley penal emplea los vocablos 'órgano' y 'miembro' en sentido funcional para los efectos penales, y no en sentido anatómico, y por eso dice el artículo 374: "si la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro..", "si la perturbación funcional o psíquica fuere permanente..", de suerte que está refiriéndose a las perturbaciones en las funciones producidas por el hecho de las lesiones, y no a los casos en que la lesión causa solamente trastornos en los elementos anatómicos que integran el órgano o miembro, sin que tengan

capacidad para alterar la función de éstos, situaciones en las cuales sería inaplicable el artículo 374 del Código Penal. Esto tendría lugar en los siguientes ejemplos: en la simple pérdida de la yema de un dedo, en un ligero desgarramiento del pabellón de la oreja, en la pérdida de un diente, etc., en los que no se debilitan ni restringen las operaciones de la aprehensión, la audición y la masticación. (Casación Penal, julio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)....710, 1ª y 2ª

— 195 —

LETRAS DE CAMBIO (Aplicación del art. 22 de la ley 46 de 1923)

Para los efectos del artículo 22 de la Ley 46 de 1923, es indiferente que el hecho previsto en esta norma sea autorizado previamente o ratificado con posterioridad a su cumplimiento, pues tanto en aquel como en este caso media el consentimiento, que es esencial para el nacimiento de toda obligación convencional. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)....129, 2ª y 130, 1ª

— 196 —

LEYES (Requisitos de las que decretan auxilios)

La Corte en diferentes oportunidades se ha pronunciado en el sentido de que las normas de la Ley 71 de 1946 son de ineludible observancia por el Congreso, porque tal estatuto no es otra cosa que la reglamentación o desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución en vigor que el mismo Congreso realizó en acatamiento de la voluntad suprema de la constituyente de 1945. (Sala Plena, mayo 28 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....5, 1ª

— 196 bis —

LEYES EXTRANJERAS (Prueba de la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia)

Para comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras que en determinados casos hayan de tener aplicación en Colombia, se presenta copia debidamente autenticada de la respectiva ley y en la parte conducente y de no, se pide el testimonio de dos o más abogados autorizados que ejerzan su profesión en el país donde haya sido expedida la ley (art. 659 del C. J.) (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)....615, 2ª

— M —

— 197—

MAGISTRADOS DEL TRABAJO

La Corte carece de competencia para conocer de procesos seguidos contra Magistra de los Tribunales Seccionales del Trabajo, porque no existe disposición legal que se la atribuya. La ley que creó la jurisdicción especial del Trabajo guardó silencio sobre la competencia para conocer y decidir sobre responsabilidades de los Magistrados y Jueces de esa rama de la administración de justicia y de los delitos que estos funcionarios puedan cometer con ocasión del desempeño de su cargo.

Las disposiciones legales concernientes a la competencia son de orden público, no pueden aplicarse por analogía ni por vía de interpretación o hermenéutica y es preciso que la misma ley la asigne o señale inequívoca, clara y categóricamente.

Por esta razón no puede entenderse que el silencio de las leyes laborales sobre esta materia, de la competencia, equivale o significa que de los ilícitos en que puedan in-

currir los Magistrados de los Tribunales Seccionales del Trabajo deba conocer la Corte, aplicando por analogía lo dispuesto para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, en el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....679, 2ª

— 198 —

MINAS (Juicio de perturbación)

El juicio de perturbación de minas es breve y sumario, y el juez correspondiente lo decide, sin previa citación ni audiencia del demandado, teniendo en cuenta la prueba sumaria de la perturbación que se acompañe a la demanda, y si a ésta la encuentra fundada, previene a aquél, dentro de veinticuatro horas, que se abstenga en lo sucesivo de violar el derecho del demandante, y que preste una fianza, a satisfacción del juez, de no repetir los hechos que constituyen la perturbación (artículos 413, 427 y 429 del Código de Minas). El objeto o finalidad de este juicio es, pues, el de mantener al demandante en la posesión tranquila y pacífica de la mina que le corresponde. (Casación Civil, mayo 12 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....77, 2ª

— 199 —

MINAS (Explotación de las ubicadas en ríos navegables)

De la especie de restricciones que corresponden al derecho público nacional, es la consignada en la Ley 13 de 1937, que estableció que las minas descubiertas o que se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional, sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el gobierno con excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado, de acuerdo con la ley. (Negocios Generales, marzo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....228, 2ª

— 200 —

MINAS

La presunción establecida en el artículo 173 del Código de Minas, ningún efecto puede producir tratándose de minas reservadas por el Estado, como las ubicadas en el cauce de los ríos navegables, ya que la respectiva disposición legal hizo jurídicamente imposible el denunciar, el restaurar, en una palabra, el hacer de la mina en cuestión un patrimonio particular y privado. (Negocios Generales, marzo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....229, 2ª

— N —

— 201 —

NULIDAD (Venta de inmuebles por menores de edad)

Para la Corte no es dudoso que la exigencia de la previa autorización judicial y posterior enajenación por medio de subasta pública, son requisitos exigidos por la ley en consideración al simple estado de incapacidad en que se halla el menor para hacer directamente la enajenación; y que, por lo tanto, su inobservancia conduce apenas a la nulidad relativa del acto o contrato, saneable por la prescripción cuatrienal, y no a la absoluta que sólo es susceptible de purgarse por el medio de la prescripción extraordinaria.

Los actos o contratos de los absolutamente incapaces, afectados de nulidad absoluta

en conformidad con lo prevenido por el inciso segundo del artículo 1741 del Código Civil, no son aquellos que se ejecutan o celebran por quienes tienen su representación, o en que el incapaz se encuentre o pueda hallarse interesado; sino los efectuados por él directa o personalmente, en consideración a la ausencia de capacidad civil en que se halla para ejecutarlos por sí mismo. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 301, 1ª

— 202 —

NULIDAD (La del contrato de hipoteca no afecta el título del rematante)

Cuando un menor vende un inmueble y el comprador, a su vez lo transfiere a un tercero, aquél puede ejercitar su acción de nulidad contra el primer contrato y reivindicar contra el tercero, sin que éste pueda alegar en su defensa que pagó un precio serio y que, por ende, su título tiene causa y objeto lícitos y consentimiento exento de vicios. Entonces se trata de los normales efectos de la nulidad, pues cuando ella afecta el título de un adquirente, contagia inexorablemente los títulos de quienes deduzcan de éste sus derechos sobre el mismo bien. Así ocurre en virtud del principio elemental de que nadie transfiere más derechos de los que tiene, los cuales traspasa con las limitaciones y defectos de que adolecen. Sencillamente, el tercero adquirente recibe un título de quien no había adquirido dominio, por razón de la nulidad de su contrato, que solamente la prescripción podría sanear.

Pero en el caso de remate en juicio de venta, lo mismo que cuando se vende el bien hipotecado a un tercero, para cancelar la deuda hipotecaria, el vicio que afecta el contrato de hipoteca, nada tiene que ver con el contrato de compraventa que el deudor celebra. Porque entre el acreedor hipotecario cuyo título es nulo, y el comprador del inmueble, no existe vínculo jurídico alguno: entre ellos no se realiza tradición de ninguna clase. Por el contrario, el comprador o el rematante (según sea voluntaria o forzada la venta), adquiere su título directamente del propietario (deudor de la hipoteca). Son los vicios y calidades del título de este vendedor voluntario o forzado, los que se transmiten al comprador o rematante. Y si tal título de dominio es perfecto y sano, el adquirente del inmueble lo recibe también libre de todo vicio. Cosa totalmente distinta a adquirir de quien, por haber comprado al menor, tenía su título afectado de nulidad.

En cambio, sí existiría nulidad en el título de cesión onerosa o gratuita de un crédito, si éste emanara de un contrato nulo. Entonces, la acción de nulidad de dicho contrato afectaría necesariamente el título del acreedor cesionario.) (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) ....584, 1ª y 2ª

— 203 —

NULIDAD (Por haber intervenido Magistrado que no integra la Sala)

El principio del artículo 449 del C. J., de que no puede alegarse nulidad si proviene de falta de repartimiento o de haberse hecho éste indebidamente, es aplicable al caso en que para estudio se pase el proyecto a un Magistrado en lugar de otro que por reglamento integra la Sala, faltando éste. (Casación Civil, julio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....629, 1ª y 2ª

— 204 —

NULIDAD ABSOLUTA (Requisitos para que el Juez pueda declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato)

Para que el juzgador de primera instancia, pueda declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato deben concurrir

tres requisitos esenciales: a) Debe existir un juicio, que obligue al juez a dictar sentencia, en la cual puede hacer dicha declaración. En otros términos: es necesario una contradicción legítima; b) En el juicio debe hacerse valer el acto o contrato que esté viciado de nulidad absoluta. Esto porque, de otro modo, el Juez no podría comprobar si el negocio jurídico es nulo; y c) El vicio o defecto que origina la nulidad absoluta debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato.

El requisito de mayor importancia entre los enumerados es el último, en orden a que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato en que éste consta y que se hace valer en el juicio.

A este respecto la jurisprudencia universal y la nuestra aceptan que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Júez aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, y que como el legislador no ha definido el vocablo "manifiesto", y como no corresponde a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, en el que, conforme al Diccionario de la Lengua, tiene el significado de "descubierto", "patente", "claro", "escrito" en que se justifica y manifiesta una cosa". Que a reforzar este concepto, viene la frase determinativa y restrictiva "en el acto o contrato", lo que no permite poner en duda que el legislador, al apartarse en esta situación excepcional del principio normativo general, según el cual en materia civil el Juez no puede adoptar un rol activo, sino que debe proceder a instancia de parte, ha querido evidentemente dar a comprender que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad debe hallarse de presente, constar, aparecer, estar patente, saltar a la vista, en el instrumento mismo que da constancia del acto o contrato anulable y no que ese vicio resulte de la relación que existe o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios.

La doctrina anterior, tiene mayor relieve en los casos en que la nulidad absoluta proviene de la omisión de una formalidad. En estos eventos, puede formularse la regla general de que es "propio de esa nulidad por defecto de formalidad aparecer de manifiesto en el acto que de ella carece", porque las formalidades tienen por objeto, en la mayoría de los casos, dar testimonio fehaciente de la celebración de un acto jurídico, constituir una prueba que sirva para acreditar la existencia del acto o contrato, como en el otorgamiento de testamento abierto, solemne o público, donde debe aparecer de manifiesto la nulidad absoluta por omisión de un requisito de forma exigido para su validez, sin necesidad de recurrir a otros antecedentes para establecerlo. (Casación Civil, mayo 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)..

53, 1ª y 2ª

— 205 —

NULIDADES (La causal 2ª del art. 448 del C. Judicial se refiere á la personería adjetiva y no a la sustantiva)

Se ataca el fallo recurrido, porque el Tribunal consideró al demandado con la personería sustantiva necesaria para comparecer en el juicio. No por la adjetiva que implica el quebrantamiento de la forma del procedimiento y que produce la simple nulidad de la actuación. Planteado y formulado en esas condiciones, él entraña una cuestión ajena a la prevista en el inciso 2º del artículo 448 del C. J., puesto que afecta directamente a la acción ejercitada. La representación motivo de los ataques, por ministerio de la ley, envuelve la calidad misma con que se reclama el derecho y se pretende deducírsele al demandado, cuestión de fondo que debe decidirse en la sentencia definitiva, pues, es de las que no requieren previo y especial pronunciamiento, como que ella constituye uno de los medios de defensa de-

nominados excepciones perentorias: la ilegitimidad de la personería sustantiva. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....108, 1ª y 2ª

— 206 —

NULIDADES (No es causal de nulidad el que en un juicio actúe una persona que no es abogado titulado e inscrito)

Sólo pueden ser invalidados como nulos ciertos actos procesales, por determinados vicios que expresamente la ley consagra, como ya se advirtió. Es lo contrario de lo que acontece en los actos civiles, en que son nulos los que se ejecutan contra expresa disposición legal (artículo 6º del C. C.).

Esto sentado, se tiene: el artículo 40 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo número 1º de 1945) establece que: nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones que indique el legislador.

En desarrollo de tal precepto, la ley 69 de 1945 recogió el mismo principio en su artículo 1º y señaló las excepciones al respecto, como, entre otras, la que permite litigar a los no inscritos, en causa propia o ajena, en los juicios cuya cuantía no excede de cien pesos ($ 100.00), etc.; pero entre estas excepciones, que son muy limitadas, no está la que permitiera a quien no es abogado inscrito litigar en causa propia ante los Jueces de Circuito, en asuntos de mayor cuantía, como es el caso planteado en el negocio que se estudia.

Como pena por la violación del precepto, no se señaló la de nulidad de lo actuado, ni del juicio, ni sanción especial para el litigante, en contravención con su mandato. La ley se limitó a prohibir el hecho, lo que impide que quien haga gestiones judiciales en dichas condiciones, pueda ser oído; pero, si a pesar de la prohibición, se le oye por algún Juez, Magistrado o funcionario jefe de oficina, la sanción no es otra que una multa hasta de doscientos pesos ($ 200.00) a la autoridad judicial o administrativa que le haya dado curso a la solicitud, por primera y segunda vez, y en caso de reincidencia, será sancionado con la pérdida del cargo y de las prestaciones que pudieran corresponderle, por la tercera vez; sanciones que, de oficio o a petición de cualquier persona, deberá imponer el respectivo superior. (Casación Civil, mayo 27 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....185, 1ª y 2ª

— 207 —

NULIDADES (Su diferencia con la simple invalidez)

La simple invalidez de un acto procesal, no apareja el deber para el Juez de decretarla de oficio y anular los actos subsiguientes, y por consecuencia, la retroacción del procedimiento. Estos efectos son posibles sólo cuando se declara la nulidad de lo actuado, con base en las causales taxativamente enumeradas en el art. 448 del C. J. (Negocios Generales, julio 3 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....730, 1ª y 2ª

— 208 —

NULIDADES EN PROCESOS PENALES

Como lo ha dicho la Corte, en los procesos penales se pueden presentar dos clases de nulidades: absolutas o sustanciales, y relativas o formales. Las primeras son aquellas que violan normas positivas del derecho penal, o que lo afectan en su contenido esencial y que son insubsanables por el decurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervinieron en el juicio. Son aquellas que salvaguardia ampliamente nuestra Carta en su artículo 26. Tales disposiciones, por ser de orden público, son obligatorias, en su aplicación, para

los funcionarios y las partes. No se pueden desatender, omitir o violar, sin incurrir en nulidad absoluta de lo actuado, la que puede y debe ser declarada por el juzgador, aún oficiosamente. Las segundas hacen referencia a las disposiciones reguladoras del procedimiento penal; son subsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervienen en el juicio.

Estas últimas nulidades que miran a las normas procedimentales, son contingentes y, por consiguiente, subsanables, y no producen efectos sino cuando las partes reclaman su declaratoria, por considerar que, al dejar vigentes los vicios que las configuran, podrían lesionar su derecho de defensa. Constituyen una protección que el legislador confiere al ciudadano en la legislación positiva procedimental, la cual entraña la potestad de renunciarla, si así se quiere. Puede solicitarse su declaratoria dentro de los términos y del modo establecido en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

Las nulidades absolutas o sustanciales no son taxativas; advienen cuando por algún aspecto se viola la norma constitucional (artículo 26). En esto se diferencian de las relativas o formales, atinentes al proceso penal, que son taxativas, esto es, que deben estar previamente consagradas en la legislación para que el fallador tenga potestad de declararlas. Por esta razón, para interpretarlas, no es aplicable el criterio analógico, sino el restrictivo: el juzgador no puede, por motivo alguno, deducirlas, crearlas o fundamentarlas en hechos o actos que la ley no ha previsto. Esta función es privativa del legislador. (Casación Penal, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)..... ....453, 2ª

— 209 —

NULIDADES **(Porque uno de la lista de jurados no reune las calidades necesarias)**

El hecho de que una de las personas incluídas en la lista elaborada por el Tribunal no hubiera tenido las calidades necesarias para servir el cargo de jurado, en el momento en que aquél elaboró dicha lista, no es causal de nulidad, porque auncuando la ley ha querido que la lista sea de doscientas personas hábiles, en la mayoría de los casos, en el momento del sorteo, este número ha disminuído, por muerte, por ausencia, por impedimento, por excusa, etc., de alguna o algunas de ellas. (Casación Penal, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).....454, 2ª y 455, 1ª

— 210 —

NULIDADES **(Por haber fallecido una persona que figura en la lista de jurados)**

La demostración de que uno de los ciudadanos que figuraba en la lista elaborada por el Tribunal y que fue pasada al Juzgado Superior para servir el cargo de Jurado, en el momento de esa elaboración y en el acto de los sorteos, había fallecido, no puede estimarse como causal de nulidad constitucional o como nulidad formal o adjetiva. (Casación Penal, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....455, 1ª

— 211 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES **(Son aceptables sólo en situaciones excepcionales)**

La Corte ha sentado que fuera de las nulidades a que se refieren los artículos 198 y 199 del C. de P. P., existen otras de carácter sustancial, llamadas constitucionales, porque violan el artículo 26 de la Carta. Em-

pero estas últimas son aceptables sólo en situaciones excepcionales, cuando la irregularidad cometida es tan grave que quebranta las bases de la defensa, o perjudica notablemente a otra de las personas que intervienen en el proceso. Es decir, cuando la anomalía influye decisivamente en el desenlace de la acción penal y causa un daño evidente a quien alega la nulidad. (Casación Penal, julio 28 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..717, 2ª y 718, 1ª

— O —

—212 —

OPOSICION A PROPUESTAS PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR MINAS RESERVADAS POR EL ESTADO

(Quien alega contra el Estado la propiedad privada de las minas, debe siempre asumir en el juicio a que dé origen tal oposición la calidad de actor)

Incorporado el artículo 53 de la Ley 292 de 1875 en el Capítulo XXII del Código de Minas que trata de los Juicios Ordinarios Sobre Minas, los cuales, según el artículo 382 ibídem, son "no sólo los que se promueven directamente con todas las formalidades de un juicio común ordinario, sino también aquellos en que se ventilan la posesión y la propiedad, y que son originados por las oposiciones que pueden hacerse al practicarse las diligencias conducentes a su adquisición", es obvio que la excepción del numeral 1º de dicho artículo 53, sólo rige para esa clase de oposiciones, mas no para las que se hagan a las concesiones de minas reservadas por el Estado.

Fue la Ley 85 de 1945 la que vino a regular estas últimas oposiciones, y el artículo 1º —inciso 3º— de la misma, dispone claramente que "formulada la oposición con base en la propiedad de los minerales, el Ministerio enviará las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial, de la jurisdicción en la cual estuviere situado el respectivo terreno, para que allí se decida por medio del juicio ordinario de mayor cuantía si es el Estado o el opositor el dueño del yacimiento de que se trata. En este juicio será actor el opositor, y el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación".

Como puede observarse, esta regla general no tiene excepciones en ninguno de los otros preceptos de la misma Ley 85.

Por consiguiente, no cabe duda que tratándose de oposiciones a propuestas para explorar y explotar minas pertenecientes a la reserva nacional, quien alega contra el Estado la propiedad privada de las minas, debe siempre asumir en el juicio a que dé origen tal oposición la calidad del actor.

Es que en este conflicto de derechos entre un particular y el Estado, la presunción de propiedad legal de las minas que constituyen la reserva nacional, obra en favor del último, y de ahí que la ley le asigne la calidad de demandado en el pleito en que habrá de controvertirse esa propiedad. El proponente del contrato de concesión apenas puede coadyuvar la defensa de la Nación. (Negocios Generales, enero 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. .... 725, 1ª y 2ª

— P —

— 213 —

PARTICION (Pago de honorarios a los peritos)

El hecho de que hubiera prosperado la tacha presentada contra el dictamen no implica que los avaluadores no prestaran sus servicios y que no tengan derecho a percibir su correspondiente remuneración la que según la ley se debe desde la fecha del auto que ordena el traslado a las partes de la di-

ñgencia de avalúo. (Casación Civil, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)....163, 2ª

— 214 —

PARTICION (En casación no se puede proponer nuevas objeciones contra el trabajo)

El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no da campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino la del término del traslado que de la cuenta dá a las partes el Juez. (Casación Civil, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....164, 2ª

— 215 —

PENAS (Acumulación jurídica)

La conexión formal de procedimientos penales (así llamada porque son conexos los procedimientos, pero no los delitos) produce (según Manzini) una extrínseca unificación de procedimientos en una causa individual, es decir, en un único juicio y en una única decisión. Esta unidad procesal, por lo tanto, mantiene su fuerza aún en la aplicación de la pena, en cuanto que ésta se adapta, no ya en relación con cada uno de los delitos en sí, vistos independientemente los unos de los otros, sino en su conjunto, en relación con la unidad en que se ha reintegrado, de modo que lo que se sanciona es la suma de una actividad delincuencial.

Esta doctrina, consagrada en el sistema de la acumulación jurídica (artículo 33 de la ley penal), excluye el de la acumulación aritmética.

Adaptada la pena mediante el sistema vigente, ella es única, comprende todos los delitos unitariamente juzgados, de modo que la agravación por la reincidencia se aplica —no a uno solo de los delitos acumulados— sino a la unidad resultante del sistema, como se aplicaría a cada delito, si hubieran sido separadamente juzgados. (Casación Penal, mayo 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) ....213, 1ª y 2ª

— 216 —

PENAS (Conversión de)

El artículo 45 del Código Penal fijó la duración de las penas para los delincuentes normales, y respecto de la de presidio, dijo que sería de uno a veinticuatro años, es decir, que no se puede imponer una sanción de esa clase inferior a un año ni mayor de veinticuatro. Pero, como en la práctica se presentan situaciones en que por la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad no es posible aplicar las sanciones dentro de los precisos límites establecidos por el precitado artículo 45, para resolver esta dificultad, se estatuyó en el artículo 60: "Cuando al aplicar las sanciones que establece la ley penal sea necesaria sustituir una privativa de la libertad por otra de la misma especie, hacer cómputos o determinar proporciones, tres días de arresto equivalen a dos de prisión, y tres de ésta a dos de presidio".

Con esta norma, la posible contradicción entre la parte general del Código y la parte especial, en lo relativo a los máximos y mínimos de las sanciones, quedó solucionada, y el fenómeno que se observa tiene un aspecto secundario y no esencial, porque no se rompe la unidad del sistema.

Acerca del punto debatido, la Corte, que en un principio sólo había aceptado la conversión de unas sanciones por otras para los casos de concurso de delitos, sancionados con penas diferentes, sentó, posteriormente, la siguiente doctrina:

"Pero cabe observar a esa doctrina que no es aquél precisamente el caso indicado pa-

ra que la conversión opere, como que la sanción aplicable entonces es la correspondiente al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, se entiende que con pena de la misma calidad, y, además, la conversión que en un evento dado aumenta la cantidad, al cambiar, por ejemplo, presidio por prisión, permite conceder beneficios como la condena condicional. Ocurrencias en que cabe tener en consideración el citado artículo 60, cuya finalidad se llena en situaciones como la aquí contemplada". (Sentencia de 6 de julio de 1949; G. J., Nos. 2075-2076, página 410).

Por lo tano, al imponer el Tribunal, en su sentencia, la pena de ocho meses de presidio y no convertir o negarse a convertir esta sanción por la de prisión, violó los mencionados artículos 45 y 60 del Código Penal. (Casación Penal, junio 16 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....443, 1ª y 2ª

— 217 —

PERITAZGO (su valor probatorio)

El problema de autos, no es otro que el contemplado por el artículo 723 del C. J., en que el Juez le otorga al dictamen el valor correspondiente, teniendo en cuenta o mediante el estudio o apreciación de las presunciones, referencias, juicios y deducciones que se hubieren hecho por los peritos y que el Juez aprecia conforme a las reglas de las sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de éstos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Dejando la ley al buen criterio del Juez, conforme a las reglas de la sana crítica, como se deja dicho, la apreciación de la prueba pericial, no cabría error de derecho al aceptarla, porque no serían revisables en casación las consideraciones al respecto, ya que éstas fueron sujetas al criterio del Juez. (Casación Civil, mayo 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....148, 2ª

— 218 —

PERITAZGO (Soberanía del juzgador en su apreciación)

Ni el artículo 722 del Código Judicial ni el 723 ibidem constriñen al juzgador a fijarle sin discriminación alguna el valor de plena prueba al dictamen pericial, aunque aparezca explicado y debidamente fundamentado; por el contrario, aquél disfruta legal y jurídicamente de gran amplitud de criterio para analizar estas circunstancias y para asignarle su fuerza probatoria, según que en su concepto lo encuentre o no suficiente y debidamente explicado y fundamentado. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....323, 2ª y 324, 1ª

— 219 —

PERITAZGO (Alcance del Artículo 721 del C. J.)

Según el artículo 721 del C. J., "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba". Si bien es cierto que tal artículo le dá al concepto pericial, como se acaba de ver, la categoría de plena prueba, también es verdad que en el mismo precepto se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No determina el artículo en estudio una aceptación mecánica del juez, sino que es indispensable que el concepto pericial esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es lo esencial de la prueba pericial, es donde tiene

oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..556, 2ª y 557, 1ª

— 220 —

PERITAZGO (Libertad del juzgador para escoger entre los dos dictámenes periciales producidos en las instancias del juicio)

A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.); pero en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el juzgador no queda obligado a decidirse por el últimamente practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadero y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos, si llega a estimar que carece de debida fundamentación. (Casación Civil, julio 13 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....569, 1ª

— 221 —

PERITAZGO

No es constitutivo de error de derecho el que el sentenciador hubiera escogido entre los dos dictámenes periciales producidos en un pleito, el practicado en la segunda instancia, por estimar que tenía una fundamentación más aceptable, pues, por el contrario, era su deber escoger entre los dos y decidirse por el que a su juicio estuviera más ceñido a las prescripciones legales. Si el juzgador tuviera necesariamente que escoger el de primera instancia, por las circunstancias de contener un concepto uniforme de los dos peritos y por no haber sido objetado, carecería de sentido en gran número de casos el artículo 718 del C. J., que concede a las partes el derecho de pedir sobre un mismo punto el dictamen de peritos "una vez en cada instancia". (Casación Civil, julio 13 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..569, 1ª

— 222 —

PERITAZGO (El dictamen de los peritos sobre un avalúo o regulación en cifra numérica tiene que estar debidamente fundamentado)

En los artículos 721 y 722 del C. J. no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica, con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre calidades y requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien lo reconoce o niega, para aceptar o negar la fuerza probatoria al dictamen de peritos. (Casación Civil, julio 13 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....569, 1ª y 2ª

— 223 —

PERITOS

El artículo 716 del Código Judicial vigente es más explícito que el 656 del abolido

código judicial, en cuanto "con el fin de procurar un mejor y deliberado estudio" de las cuestiones sometidas al examen de los peritos, expresamente dispone que ellos "deliberen juntos sobre tales cuestiones"; pero esa previsión sobre deliberación conjunta estaba también contenida, cuando menos de manera implícita, en el artículo 656 del código anterior, pues éste disponía que los peritos "practicarán la diligencia juntos", la cual consistía "en examinar la realidad de los hechos o cosas sobre que deban emitir concepto; el estado físico o moral de las personas; hacer las mensuras y las apreciaciones necesarias, y presentar fundadamente su dictamen por escrito". También preveía esa norma que los peritos cuando estuvieran conformes, extendieran su dictamen en una sola declaración firmada por ellos, o por separado, cuando hubiera desacuerdo.

Y refiriéndose a ese último artículo, dijo la Corte:

"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 informidad, de suyo insuficientes 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 G. J.), y la de 31 de julio de 1914 (Tomo XXIV, G. J.), (Casación, julio 22 de 1931, Tomo XXXIX, pág. 222).

Luego la omisión que se considera puede influír, cuando ocurre y ello se demuestra, en el valor de convicción que a la prueba debe asignársele, según las circunstancias y demás condiciones que reuna, y siempre a juicio del juzgador de instancia, que es a quien le corresponde examinar las calidades del dictamen y señalarle, en consecuencia, el valor probatorio respectivo. De suyo, esa omisión no tiene la virtualidad de despojar de toda eficacia al experticio. (Casación Civil, julio 13 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 570, 1ª

— 224 —

PERJUICIOS (ocasionados por el incumplimiento de un contrato)

El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratista incumplido en todo o en parte de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante, y por éstos debe entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesaria y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo del contrato; y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones; y de éstos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 385, 1ª

— 225 —

PERJUICIOS (La acción de reparación de los perjuicios originados en el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, tiene la calidad de accesoria de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente)

De acuerdo con la ley, la doctrina ha establecido que la acción de reparación de los perjuicios originados en el incumplimiento, por parte de uno de los contratantes, de lo estipulado en el contrato, tiene la calidad de

accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que, por lo tanto, no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones, destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....553, 1ª

— 226 —

PERJUICIOS (Su estimación en proceso penal)

La simple lectura del artículo 24 de la Ley 4ª de 1943, que reemplazó al artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, lleva a esta conclusión: que cuando haya de practicarse una prueba pericial para la valoración de los perjuicios causados por la infracción, el Juez tiene la facultad de nombrar un solo perito o varios, pues la norma mencionada le dá esa facultad discrecional. (Casación Penal, julio 10 de 1953. T. LXXV Nº 2131).... ....672, 1ª

— 227 —

PETROLEOS (Para acreditar la propiedad privada del subsuelo petrolífero es indispensable la determinación precisa del predio que se reclama)

La jurisprudencia constante de la Corte tiene establecido que para acreditar la propiedad privada del subsuelo petrolífero, es indispensable la prueba de ciertos requisitos que hacen relación por una parte a la suficiencia jurídica de la titulación actual y a la existencia del título emanado del Estado, con los cuales los interesados pretenden demostrar sus derechos. Además, es indipensable que se establezca la determinación precisa del predio que se reclama como de dominio particular.

En el orden lógico a seguir para comprobar estos requisitos, está primero la identificación del terreno, ya que si éste no se identifica plenamente, carece de objeto entrar a estudiar la titulación, pues la declaración de dominio debe hacerse sobre una porción concreta de terreno. (Negocios Generales, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 737, 1ª

— 228 —

PETROLEOS (Identificación del terreno en la transferencia del subsuelo petrolífero por parte del Estado)

El hecho de que los títulos originarios, mediante los cuales el Estado transfiere el dominio del subsuelo a particulares adolezcan de imprecisión en los elementos necesarios para individualizar el predio a que dicho título se contrae, no vicia su validez aunque en la práctica no pueda producir los efectos de la identificación del terreno. El vicio, informalidad o defecto que son objeto de la prescripción extraordinaria, no puede hacer referencia en ningún caso a las declaraciones contenidas en el título. La nulidad relativa que vendría a sanearse por el transcurso del tiempo sería cuando en el acto jurídico han intervenido personas relativamente incapaces, cuando el consentimiento adolece de vicios (error, fuerza, dolo) o cuando no se han cumplido los requisitos exigidos por la ley en atención a la calidad de las partes, condiciones éstas que no pueden nunca encajar en una relación de linderos, parte integrante de un título escritu-

rario. (Negocios Generales, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....738, 1ª

— 229 —

PETROLEOS (Determinación del respectivo terreno)

El requisito de la determinación precisa del respectivo terreno, es exigible aún en el caso de que la controversia gire alrededor del dominio privado sobre minas de petróleo adjudicadas por el Estado mientras estuvo en vigencia el artículo 112 de la Ley 110 de 1912. (Negocios Generales, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. ....738, 2ª

— 230 —

PETROLEOS (Condiciones que hay que establecer plenamente en negocios de petróleos)

La Corte ha sostenido invariablemente que en negocios de petróleos es necesario establecer plenamente y sin lugar a dudas las siguientes condiciones:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o las adjudicaciones como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912;

b) La determinación precisa y objetiva del terreno materia de la demanda; y

c) Que el terreno titulado y determinado conforme a los apartes anteriores, esté comprendido dentro del perímetro del terreno señalado para la concesión. (Negocios Generales, julio 27 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 757, 1ª

— 231 —

PETROLEOS (Títulos de minas de petróleo expedidos durante la vigencia del Art. 112 de la Ley 110 de 1912)

Es lógico admitir que cuando se trata de un título de minas de petróleo expedido durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, no se puede ni se debe exigir los títulos que específicamente señalan los apartes a) y b) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936. Pero la exigencia del aparte c) del mismo artículo 7º sobre "la determinación precisa del terreno de que se trata", es obligatoria en gestiones sobre petróleo con cualesquiera clase de títulos, o sea de los emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o de los correspondientes a adjudicaciones de minas de petróleo durante la vigencia del art. 112 de la Ley 110 de 1912. (Negocios Generales, julio 27 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. ....760, 1ª

— 232 —

POSESION

No es posible presumir ánimo de señor y dueño en quien adquiere una casa reconociendo al propio tiempo que el terreno sobre el cual fue edificada pertenece a otra persona. (Casación Civil, mayo 9 de 1953. T. LXXV. 2129).... ....74, 1ª

— 233 —

POSESION (El artículo 252 del Código Político y Municipal no se refiere a la prueba de la posesión del empleado, sino al acto mismo)

Al axpresar la ley que las irregularidades de la diligencia de posesión y "aún la omisión de ellas", no anulan los actos del empleado, ni lo eximen de responsabilidad, está refiriéndose al lleno de las formalidades y requisitos que entraña el acto de "tomar posesión" y no simplemente de la prueba de él como sería el acta que se escribe en un libro y que firman el empleado y quien lo posesiona.

El recurrente confunde la diligencia de

tomar posesión con la prueba de ellas.

La ley no toma la diligencia judicial por el acta en que se hace constar. Así al hablar de la diligencia de inspección ocular expresa que ella tiene por objeto el exame y reconocimiento que hace el Juez, acompañado de peritos o testigos de cosas o hechos litigiosos, etc. "Llegados el día y la hora señalados, el Juez y los peritos o testigos proceden al examen y reconocimiento de que se trata luego se extiende la correspondiente acta." (Subraya la Sala.)

Claramente se ve pues que una cosa es la "diligencia" refiriéndose a un asunto legal y otra cosa es el acto que de ella se asienta y firma como prueba. Luego al decir el artículo 252 del Código Político y Municipal "que la omisión de tal diligencia" (la de posesión) no se refiere a la prueba sino al acto de "tomar posesión". Es decir, los actos del empleado que no ha tomado posesión no son nulos, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. (Casación Civil, mayo 20 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 123, 2ª

— 234 —

POSESION (la pérdida de la posesión o la circunstancia de no haberla tenido nunca, no significa que el propietario carezca del derecho a ejercerla)

El recurrente confunde la posesión material con el usufructo del inmueble, pues en forma insistente habla de nuda propiedad por la circunstancia de no gozar de la posesión material los demandantes, cuando es algo elemental que la nuda propiedad no existe sino cuando el titular del dominio no es dueño del derecho de usufructo, el cual pertenece, por título legalmente otorgado, a otra persona. La pérdida de la posesión o la circunstancia de no haberla tenido nunca, no significa que el propietario carezca del derecho a ejercerla. La circunstancia de que un tercero detente la posesión material e impida su disfrute al dueño, no afecta para nada el derecho de éste al dominio pleno. (Casación Civil, junio 5 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....276, 1ª

— 235 —

POSESION (Presunción de la buena fe del poseedor)

La falta de todo título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal, que no permite generalmente presumir la buena fe. La presunción que la ley establece a este respecto en el art. 769 del C. C., requiere, pues, como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos, la existencia, en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslaticio de dominio,esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivativamente la propiedad de las cosas, sin la cual es imposible la conciencia de haber adquirido una cosa por los medios que autoriza la ley. Sin esta prueba básica sobre la fuente de la posesión, no tiene en qué reposar la presunción legal, y está bien que así sea, porque las ventajas muy apreciables que en materia de frutos concede la ley al poseedor de buena fe, no tienen otra función que la honestidad de su creencia, ya que en realidad esas ventajas son recortes que se hacen al derecho del verdadero propietario. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. ....546, 2ª

— 236 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL (Su prueba)

Para tener como comprobada la posesión notoria del estado de hijo natural, no puede exigirse que los testigos depongan por separado necesariamente sobre un lapso mí-

nimo de diez años, porque eso sería confundir los requisitos que la ley establece para la prueba de la posesión de estado, con lo que la ley procesal determina para la validez de cada testimonio. Importa solamente que del conjunto de declaraciones aparezca, en forma clara e indudable, que el presunto padre trató al demandante como hijo, proveyendo a su educación y sostenimiento, presentándolo como tal, y que sus deudos y amigos, o el vecindario en general, lo hubieran reputado así durante un período no inferior a diez años. Ningún impedimento puede haber para que algunos testigos depongan sobre un tiempo distinto, ulterior o anterior, siempre que respecto de cada período exista un conjunto de testimonios de los cuales deduzcan en forma clara y precisa las condiciones que se acaban de explicar y, además, que del conjunto de ellos aparezca demostrado que tales hechos ocurrieron durante diez años contínuos, por lo menos. (Casación Civil, enero 21 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....424, 2ª

— 237 —

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL

Es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al juez en la apreciación del "conjunto de testimonios fidedignos que se aduzca para demostrarla", ha de ser muy estricto, desde luego que el art. 399 del C. C. expresamente requiere que esa posesión se establezca "de un modo irrefragable", es decir, que no se pueda contrarrestar.

La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente y presentándole en ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres. Esa posesión, para que pueda legalmente recibirse como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años contínuos, por lo menos (artículo 398 C. C.), y deberá probarse en juicio, mediante un conjunto de testimonios dignos de fe que la establezcan de un modo irrefragable (artículo 399). Esos caracteres de la posesión, determinados en el Código para cada caso especial, constituyen así mismo condiciones de esencia de esta última prueba supletoria del estado civil detalladamente reglamentada en la ley. No basta, dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo, y la fama, para tener por establecido el estado de que se trata; se requiere, además, establecer, con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años contínuos, por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable la fama pública. (Casación Civil, julio 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..524, 2ª y 525, 1ª

— 238 —

PRESCRIPCION ORDINARIA

Para la prescripción ordinaria, no basta el simple lapso de diez años de posesión que previene el artículo 2.529 del C. C.; se requiere además que esa posesión sea regular, esto es, que vaya acompañada de justo título y de buena fe (artículo 764 ibidem). (Casación Civil, julio 4 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....496, 1ª

— 239 —

PRESCRIPCION (En contrato de transporte)

Ratifica la Corte su doctrina sentada en

sentencia de 6 de abril de 1951, conforme a la cual "Lo que el numeral (el 4º del artículo 313 del Código de Comercio) está diciendo, sin lugar a la menor duda, es que se trata de prescripción de un año, cuando el transporte se refiere a más de un Departamento o al extranjero". (Negocios Generales, mayo 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 255, 1ª

— 240 —

PRESCRIPCION ADQUISITIVA (Los fallos que se pronuncian en estos juicios producen un efecto general)

En las sentencias, como acontece en general con todos los actos jurídicos, debe siempre distinguirse, entre los efectos y consecuencias que están destinadas a producir, y el valor probatorio del instrumento con que debe acreditarse sus existencia. Los primeros dicen relación exclusiva a las partes que en ellos intervinieron, y a sus causahabientes, y se traduce respecto de las sentencias, en lo que se denomina la autoridad de las cosa juzgada; el mérito probatorio en cambio, puede invocarse aún respecto de terceros, a fin de establecer dentro de la controversia que con ellos se promueve, la realidad o exactitud del hecho que se juzgó por la primera a que fueron extraños. Por esto, como lo observa el profesor Ricci: "Si no cabe oponer a los terceros la sentencia como cosa juzgada, no está prohibido al Juez apreciar el valor de la sentencia misma como documento, para obtener de él elementos de convicción, porque el valor de la sentencia como documento y la cosa juzgada, no son la misma cosa. Esto implica que se debe estar a lo decidido, sin examinar nuevamente la cuestión; mientras que el documento presupone el nuevo examen de la misma, y no es más que un medio de prueba y de convicción". (Tratado de las Pruebas, tomo 2º Nº 374.)

De esta suerte, y ante el simple contenido del artículo 2534 del C. C., según el cual, "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes o de derechos reales constituídos en ellos, pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción", no era posible entender que por el solo hecho del registro, el fallo sobre pertenencia tuviera los efectos de la cosa juzgada contra quienes no fueron parte en dicha controversia, en términos de serles factible invocar contra él otro título de igual o superior categoría, como exactamente acontece con los actos y contratos que se hacen constar en escritura pública, a los cuales se le asimila. Significaba apenas, dentro de la posibilidad procesal de personas ausentes del debate, que siendo uno de los fines primordiales de la inscripción, el de "dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble" (artículo 2637 del C. C.), los fallos no registrados, auncuando susceptibles de probar entre las partes, no podían serlo respecto de quienes por haber sido extraños al juicio dentro del cual se declaró la pertenencia, seguían ignorando la verdadera situación jurídica del objeto sobre el cual recayó.

No es ésta sin embargo la situación que hoy se contempla frente al llamado "procedimento por edictos públicos", de que tratan los artículos 6º y s. s. de la ley 120 de 1928, para obtener la declaración de pertenencia por usucapión, "en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se puede alegar la prescripción". Dentro de la naturaleza de dicho procedimiento, los edictos públicos a virtud de los cuales se cita al juicio a todo el que quiera intervenir en él, tienen la virtud jurídica de hacer parte a todo el mundo, para

que el fallo que en él se pronuncie pueda así mismo producir ese efecto general erga omnes. Por donde se comprende claramente, que no es por obra de una excepción, que el legislador, por razones de orden público o de simple conveniencia general, hubiera podido establecer al principio sobre relatividad de la cosa juzgada, por lo que los fallos así pronunciados tienen ese efecto general, como sucede con los que se dictan en los juicios sobre legitimidad de los hijos (artículo 401 del C. C.), sino simplemente, porque dentro de tales procedimientos no hay ni puede jurídicamente haber personas extrañas al juicio.

Este el sentido exacto que en la exposición de motivos se le asignó a la que luego fue la ley 120 de 1928.

Es verdad que este alcance general en que se inspiraba el proyecto fue luego desechado del texto mismo de la ley, al disponer en su artículo 12: "La sentencia que se pronuncia en el juicio sobre prescripción adquisitiva del dominio, no funda la excepción de cosa juzgada sino contra las personas que intervinieron como parte en el juicio"; pero no lo es menos que, al derogarse posteriormente esta disposición, mediante el Parágrafo del artículo 7º de la ley 51 de 1943, el pensamiento original de la ley 120 de 1928, tenía que recobrar virtualmente su vigencia, ya que de otra suerte tal derogatoria carecería de toda significación. (Casación Civil, mayo 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)

60, 2ª y 61, 1ª

— 241 —

PREVARICATO (cometido por miembros del jurado)

La violación personal que los jueces de conciencia realizan con menoscabo de los deberes que les impone la ley, no implica el desconocimiento de las garantías procesales que el poder público debe amparar y proteger en la celebración del juicio. El quebrantamiento de un deber impuesto por la ley como norma que debe guiar la conducta de los jueces de conciencia en la celebración de la audiencia, constituye un delito de prevaricato, al tenor del artículo 529 del Código de Procedimiento Penal.

Pero ese mismo hecho —violación personal de un mandato legal— no entraña omisión alguna en el cumplimiento de las formalidades propias del juicio. Si ese hecho tuviera fuerza para generar una nulidad constitucional, también debería erigirse en nulidad del mismo orden la violación de las normas impuestas a las partes o al público por el artículo 530 del Código citado. Y el elogio o la censura que los defensores o el público hacen a los miembros del Jurado en la audiencia, no implican omisión o violación de normas procedimentales. (Casación Penal, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)

456, 2ª

— 242 —

PROMESA DE CONTRATO (Obligaciones que dimanan de la promesa de celebrar un contrato)

Las obligaciones que dimanan de la promesa de celebrar un contrato, son distintas de las que se originan del contrato prometido. De la promesa nace la acción para pedir su cumplimiento, de acuerdo con lo pactado, y el pago de los perjuicios que se demuestre haberse causado con el simple retardo; y de la promesa incumplida, nace el derecho a la indemnización por los perjuicios que emanan del incumplimiento, y que se ejercita mediante la acción resolutoria del contrato de promesa.

Del contrato celebrado, nacen las acciones por las obligaciones contraídas, propias del contrato, de suerte que si es de venta, el comprador que ha pagado el precio tiene la de entrega de la cosa, y el vendedor que ha he-

cho la tradición, la del pago del precio, y el uno y el otro, la resolutoria con la consiguiente indemnización de perjuicios. (Casación Civil, julio 10 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....552, 1ª

— 243 —

PRUEBAS (Soberanía de los tribunales en la apreciación de su conducencia)

Las decisiones judiciales deben fundarse en hechos conducentes a lo alegado por las partes, si la verdad de esos hechos aparece demostrada, expresa el artículo 593 del C. J. Las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, dice el artículo 601 del C. J. Las pruebas deben ceñirse al asunto litigioso, y "son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces", expresa el artículo 596. Inadmisibles, es decir, que no se admitan. Esta es la frase que usa el C. de P. P., en su artículo 208: "No se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer los hechos que son materia del proceso". No es entonces que se declare una nulidad, como lo dice el recurrente; es que el Juez debe desechar las pruebas que nada tienen que ver con el punto del debate.

Consideró el Tribunal que las escrituras cuestionadas no podían probar el dominio de un inmueble determinado, y las desechó ¿Puede la Sala decir cosa contraria a lo que expresó el Tribunal, sin haberse alegado siquiera un error evidente. No, porque ello sería convertir la casación en nueva instancia, alegando contra lo alegado por el Tribunal y refutando conceptos y convicciones de éste, lo cual no es función de la Corte. (Casación Civil, mayo 6 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....38, 1ª

— 244 —

PRUEBAS (Negaciones indefinidas)

Las negaciones indefinidas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas, y las afirmaciones indefinidas tampoco se pueden demostrar. (Casación Civil, mayo 5 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... 23, 2ª

— 245 —

PRUEBAS (Dictamen grafológico)

La prueba resultante del cotejo o dictamen grafológico no tiene ni en la materia para la cual la consagra la legislación nacional (artículos 653 a 656 del C. J.), el valor de plena prueba; pues apenas puede alcanzar el de un indicio grave, y este mérito tampoco puede asignársele, como es obvio, fuera del campo que le es propio. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 324, 2ª

— Q —

— 246 —

QUEJA (No se concede este recurso para obtener revocación o reforma de resoluciones judiciales)

El recurso de queja se concede respecto del Juez, para hacer efectiva la responsabilidad en que haya incurrido por violación de la ley en los casos definidos en el código penal, pero en manera alguna para obtener revocación o reforma de resoluciones judiciales. (Negocios Generales, junio 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....477, 2º

— R —

— 247 —

REGISTRO (De sentencias)

Como se deduce de la recta interpretación del artículo 2674 del C. C., las sentencias dictadas en negocios civiles determinan la vinculación de las partes en el juicio, aún antes de ser registradas, aunque sin esa formalidad no producen efecto contra terceros.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte en fallos repetidos. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... 343, 2ª

Salvamento de voto por parte de uno de los Magistrados de la Sala a la anterior doctrina.

....346

— 248 —

REHABILITACION DE LOS DERECHOS POLITICOS

La solictud de rehabilitación puede comprenderse dentro del principio general de petición que consagra el artículo 45 de la Carta y, por tanto, el propio interesado puede formularla, sin necesidad de requerir los servicios de abogado inscrito. (Casación Penal, julio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 713, 1ª y 2ª

— 249 —

REIVINDICACION

Cuando el poseedor, además de ampararse en su posesión, presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante,, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no puede triunfar. (Casación Civil, mayo 6 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....35, 1ª

— 250 —

REIVINDICACION (Qué se requiere para que la acción pueda prosperar)

El artículo 946 del C. C., define lo que es acción reivindicatoria, que es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituir. De consiguiente, es condición indispensable para que prospere una acción de esta naturaleza que demuestre quien la ejercite ser dueño de un bien determinado, no estar en posesión del mismo, y que ese bien lo posea la persona que se designe como demandada. Sin que estos tres hechos fundamentales se demuestren con plenitud, no puede decirse que la acción reivindicatoria puede prosperar. (Casación Civil, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 169, 2ª

— 251 —

REIVINDICACION (Identificación del bien)

La acción de dominio, según la propia definición que dá la ley, se ejerce sobre cosas singulares, expresión que equivale a decir que la cosa que se trata de reivindicar, debe determinarse con absoluta precisión, para que no haya lugar a confusiones, ni a violaciones de derecho ajeno (artículo 946 del C. C.).

El título en que apoya su derecho el rei-

vindicador debe ser claro, preciso y ajustado a las exigencias de la ley.

No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título o en un plano topográfico levantado conforme a las pretensiones del actor, o a la interpretación que éste por su parte dé a los linderos de su propiedad, sino que hay que poner en relación uno y otro, con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador, no solamente el instrumento escriturario debidamente registrado, sino la prueba plena, inequívoca acerca de la identidad del bien que reclame como propio. (Casación Civil, mayo 27 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) ....188, 1ª y 2ª

— 252 —

REIVINDICACION

La acción reivindicatoria tiene como objeto, según el artículo 946 del Código Civil, una cosa singular, determinada y cierta, y ha de presentarse al fallador identificada claramente, con el objeto de precisar que lo que se reivindica por el demandante, es lo mismo que posee el demandado. También puede ser objeto de esta acción una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, según el artículo 949 del mismo Código. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....390, 1ª

— 253 —

REIVINDICACION (La principal condición para reivindicar, es que se acredite la calidad de dueño del demandante)

La reivindicación o acción de dominio es la ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietaria. Se funda en la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin obtener la posesión, en virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del C. C., mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal presunción, debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste.

La principal condición para reivindicar, es que se acredite la calidad de dueño del demandante. No demuestra esta calidad quien de ella se ha despojado, por haber transmitido su dominio a un tercero. (Casación Civil, junio 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 390, 1ª

— 254 —

REIVINDICACION (Hechos que debe probar el actor)

El artículo 946 del Código Civil, inicial de la reivindicación, por lo cual cubre toda la materia, establece lo que el actor debe probar en relación con el dominio de la cosa, a fin de que el demandado "sea condenado a restituírla". Son varios hechos y una condenación impetrada: la restitución. Sobre esto, sobre la restitución debe versar el fallo, después de que los hechos sean enunciados y probados. Y esos hechos son: cosa determinada, derecho de dominio en el actor. posesión material en el demandado, identidad entre esa cosa y la enunciada en el libelo. Pero éstos son hechos que, como tales, se deben expresar en la demanda y que el juzgador debe hallar probados, para poder pronunciarse sobre sobre la restitución.

(Casación Civil, julio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....528, 1ª y 2ª

— 255 —

REIVINDICACION (El actor no está obligado a pedir que se le declare dueño de la cosa, sino que le basta probar que lo es)

Quien establece una acción reivindicatoria, no está obligado a pedir que se le declare dueño de la cosa que reivindica, sino que le basta probar que lo es; el carácter de propietario es mas bien materia de un hecho que de una petición en la demanda. (Casación Civil, julio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 528, 2ª

— 256 —

REIVINDICACION

Según los términos del artículo 214 del C. J., es en la contestación de la demanda donde debe expresarse que el demandado no tiene la cosa en su poder. (Casación Civil, julio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2131)..530, 2ª

— 257 —

REMATE (Cuando el juicio en que se lleva a cabo el remate es nulo, también éste queda afectado de nulidad. Pero en el caso de la revisión no existe nulidad del juicio y mucho menos nulidad del remate)

Cuando lo que se declara es la nulidad del juicio en que se hizo el remate, aquélla implica la invalidez de éste, el cual queda sin efectos, necesariamente.

Esta doctrina responde, sin duda alguna, a la naturaleza de la nulidad, pues no existiendo para el caso ninguna excepción de ley, que limite los efectos generales que toda declaración de nulidad procesal conlleva, es decir, la invalidación de lo actuado desde la ocurrencia del vicio hasta el momento de su declaración, no se ve por qué no haya de sufrir esa suerte el remate como acto del proceso afectado por tal vicio.

Además, como la nulidad del juicio ejecutivo o de venta se produce por motivos ocurridos dentro del mismo juicio, el rematante debe sufrir las consecuencias de aquella declaración.

Pero muy distinta es la situación en los casos de revisión de la sentencia proferida en el juicio de venta o ejecutivo, por motivos que miran la obligación del demandado y al derecho del actor. La situación del rematante en el caso de la revisión respecto de excepciones que no fueron formuladas, o se rechazaron, o le fue imposible conocer, es muy distinta de la del rematante cuando se trata de nulidad por motivos procesales que ha podido conocer mediante el examen del expediente. Las dos acciones de naturaleza muy diferente, (la de revisión y la de nulidad), no pueden producir los mismos efectos.

El juicio cuya sentencia está sujeta a revisión no deja de ser procesalmente válido. Tampoco adolece de nulidad alguna el remate allí producido, si se hizo con las formalidades de ley y por partes capaces, y su precio fue consignado oportunamente. Otra cosa es que en el juicio de revisión se resuelva en sentido distinto a lo dispuesto en la sentencia revisada, sobre los derechos controvertidos, y, en consecuencia, prospere la revisión, como excepción fundamental y especialísima al principio de la cosa juzgada. Pero el remate, acto procesal y acto jurídico contractual, limpio de vicios, no está sujeto a la revisión, que sólo recae sobre la sentencia y debe permanecer inalterable, auncuando el derecho del ejecutante o acreedor hipotecario se declare inexistente o nulo y, en consecuencia, se absuelva al demandado.

De manera que el principio de la contaminación de la nulidad, que invalida todos los actos procesales posteriores, inclusive el remate, no puede aceptarse para el caso de la revisión, en juicio ordinario, de las sentencias de ventas o de excepciones y de pregón y remate, porque se trata de causas opuestas y de acciones que difieren en su naturaleza, motivos y efectos.

Pero hay algo más. Si el juicio donde se produjo no es anulado, se necesita, para que desaparezcan los efectos legales del remate, que su nulidad se produzca por falta de alguno de los requisitos esenciales en su trámite, o por ausencia de las condiciones sustantivas indispensables para la validez del contrato, tales como consentimiento exento de vicios, y objeto y causa lícitos.

A todo lo anterior cabe agregar que si en el juicio de venta o en el ejecutivo tiene el demandado excepciones qué proponer con fortuna pero no las aduce oportunamente, y, por tal motivo, se profiere en su contra sentencia de venta o de excepciones y de pregón y remate, a su culpa exclusviamente debe atribuír el que tal cosa suceda. Resultaría contrario a la equidad y a la lógica que el tercero rematante, basado en la existencia de sentencias en firme, y con desconocimiento absoluto de las excepciones, en el juicio ordinario de revisión de tales fallos viniera a sufrir las consecuencias de aquella omisión.

Como una excepción a esta norma, es posible admitir el caso en que el mismo acreedor hipotecante y actor en el juicio de venta, sea quien verifique el remate como mejor postor. Entonces, la ausencia de tercero cuya buena fe debe protegerse, por ser ajeno a los motivos que produjeron la revisión, justifica que el remate así realizado, y que viene a ser la consumación de la acción incoada en beneficio exclusivo del demandante, caiga también por falta de causa. En tal evento, parte, al menos, del precio del remate queda pagada con el valor del crédito que se invalida. Pero si el rematante es un tercero, el precio pagado ha sido real y cierto; por lo cual escapa a toda contaminación del vicio sustantivo que causa la revisión de la sentencia.

Muy distintos son los casos en que el menor o el demente que han contratado, concurren luego al juicio ejecutivo o de venta iniciado con fundamento en el mismo título viciado de nulidad, bajo la misma situación de incapacidad. Entonces se presentaría la causal de nulidad del juicio consistente en la ilegitimidad de la personería del demandado. La acción que entonces se incoaría sería la de nulidad del juicio, que al prosperar, conllevaría la nulidad del remate como acto procesal. Pero en el caso de la revisión, como ya se demostró, no existe nulidad del juicio y mucho menos nulidad del remate, si éste se ha realizado cumpliendo todos los requisitos procesales de rigor. (Casación Civil. Julio 14 de 1953. T. LXXV, Nº 2131).

579, 580, y 581.

— 258 —

REMATE (El contrato de remate es un acto jurídico totalmente distinto al contrato de hipoteca, auncuando sea su consecuencia)

El contrato de remate es un acto jurídico totalmente distinto al contrato de hipoteca, auncuando sea su consecuencia. El contrato de hipoteca declarado nulo, deja sin causa el pago que se le hizo al acreedor hipotecario, con el producto del remate. Pero nada tiene que ver esto con el contrato de remate, que se hizo en forma legal y válida. En él hubo: un precio real que pagó el rematante; consentimiento pleno de éste y del juez, en representación del dueño; objeto lícito, causa real lícita, consistente en el precio recibido y en la adquisición del inmueble.

Lo que carece de causa es el pago del crédito; no el contrato posterior de remate.

La restitución, consecuencia obligatoria de la nulidad, consiste, por lo tanto, en que

se obligue al acreedor hipotecario a reintegrar lo que se le pagó por su crédito, con el producto del remate. Así quedan cumplidos los efectos de la nulidad de la hipoteca.

No importa que el remate se haga como resultado de una obligación que se declare inválida, porque aquél es la consecuencia procesal necesaria de no haber formulado la demanda de excepciones para que se invalidara el título, dentro del juicio de venta. Esto produjo el remate como acto contractual distinto e independiente, con vida jurídica propia, entre el rematante y el Juez. De ahí que, salvo el caso de nulidad del juicio o del remate por falta de los requisitos exigidos en la ley para su trámite, el acto jurídico en que consiste el remate queda plenamente válido, a pesar de que las obligaciones que se exigieron al demandado en el juicio de venta sean posteriormente invalidadas. (Casación Civil, julio 14 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).. ....581, 2ª

— 259 —

RENTA VITALICIA (características de este contrato)

De los artículos 2287 y 2292 del Código Civil resulta que el contrato de renta vitalicia ostenta las siguientes características:

Es aleatorio, porque el alcance integral de la prestación a cargo del debi-rentista no se conoce en el momento de la formación del contrato, pues ella depende de la contingencia incierta de la duración de la vida de otra persona, y será mayor o menor según que ésta viva más o menos tiempo.

Es oneroso —no gratuito— no sólo porque así lo estatuye el artículo 2287, sino porque el derecho a percibir la renta surge del pago del precio, el que debe consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles (artículo 2290), y porque constituído gratuitamente, degenera en donación o en legado (artículo 2301 ibídem).

Es solemne, porque debe precisamente otorgarse por escritura pública.

Es real, puesto que no se perfecciona sino por la entrega del precio.

Es unilateral, ya que de su definición resulta que es un contrato "en que una persona se obliga" a "pagar a otra una renta o pensión" por cuanto que como sólo se perfecciona con la entrega, el contrato no existe antes de que ella se cumpla, y una vez perfeccionado, apenas surge la obligación a cargo del debi-rentista de pagar la pensión acordada. Tal ocurre con el mutuo, el depósito y demás contratos reales, en que las obligaciones del deudor no nacen sino por virtud de la entrega, que es cuando el respectivo contrato queda perfeccionado. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....327, 2ª y 328, 1ª

— 260 —

RENTA VITALICIA (Libertad de los contratantes para fijar la renta)

El artículo 2291 del Código Civil establece perentoriamente la libertad de los contratantes de un contrato de renta vitalicia para acordar "la pensión que quieran" y prescribe además que "la ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio", por lo cual las partes pueden fijar la renta libremente, en más o en menos, sin tener en cuenta, si lo consideran del caso, el mayor o menor valor de los bienes que se entregan como precio de ella, pues la ley no les manda observar proporción alguna entre la una y el otro.

Y esto parece lo lógico dentro de la naturaleza del contrato. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130)....328, 2ª

— 261 —

RESPONSABILIDAD (Caída de objetos de edificio en construcción)

En tratándose de la caída de un objeto de la parte alta de un edificio en construcción, no es aplicable el artículo 2355 del Código Civil, sino el artículo 2356 del mismo Código, porque no se trata aquí de una cosa caída o arrojada de la parte superior de un edificio **habitado** por una o varias personas (caso previsto por el artículo 2355), sino de un edificio en **construcción**; es decir, de una obra en desarrollo, mediante una serie de operaciones con materiales de distinta naturaleza, y para las cuales se requiere no sólo una adecuada pericia en los artífices u obreros que las ejecutan, sino las particulares diligencia y cuidado encaminados a evitar la caída intempestiva de algunos de esos materiales y el consiguiente daño a las personas que pueden encontrarse o accidentalmente transitar por los sitios aledaños a la obra, principalmente cuando ella se realiza sobre una vía pública en la que el continuo y denso tráfico hacen en extremo peligroso el desprendimiento desdo lo alto de cualquiera de esos objetos. De aquí la necesidad que comporta esta elemental previsión para los artífices de la obra, de colocar en sus contornos las defensas necesarias y suficientes para que, desprendido el objeto, éste caiga dentro de las guardas, antepechos y mallas de protección que le aislan del paso acostumbrado de los particulares.

Muy otras son las condiciones y circunstancias en que se hallan las personas que habitan la parte alta de un edificio **habitado**. Allí, dentro de las circunstancias ordinarias, no hay el ajetreo con elementos de construcción, que sean movilizados de un lugar a otro para su colocación en los muros y adherencias de la obra que se adelanta, ni existen por consiguiente los riesgos que implica la obra en construcción, para quienes se hallan en la necesidad de transitar por sus alrededores.

En tratándose de una obra que se construye, las posibilidades de causar daños a terceros son análogas o semejantes a las que ofrecen los casos contemplados en los ordinales 2º y 3º del artículo 2356 del C. C.; por lo cual la obligación de indemnizar que en éstos se produce, debe también proceder en el de daños causados por concepto de la obra en construcción. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) ..288, 2ª y 289, 1ª

— 262 —

RESPONSABILIDAD (Relación de dependencia entre el director de una obra y sus obreros)

La relación de dependencia entre personas, que contempla el artículo 2347 del Código Civil, o sea la del hijo menor respecto de sus padres, la del pupilo con su guardador, la de la mujer casada con su marido, la de los discípulos o aprendices respecto de sus maestros, etc., no es de la misma naturaleza de la que origina el contrato de trabajo, entre el director de una obra y sus obreros; por lo cual la exoneración de responsabilidad que determine el ejercicio de la autoridad y cuidado prevista en aquella disposición, resulta completamente extraña a la que se ofrece en este último, en que se comprueba una falta concreta del cuidado y diligencia que ha debido emplearse para prevenir el daño. (Casación Civil, junio 9 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) ....289, 1ª y 2ª

— 263 —

RESPONSABILIDAD (Cuando el acto del funcionario se produce fuera del servicio)

Cuando el acto del funcionario se produz-

ca fuera del servicio, es posible que ello implique de parte de la Administración una falta de supervigilancia, y por ende una falta del servicio público que determine la responsabilidad de la Administración. (Negocios Generales, julio 15 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....744, 2ª

—264 —

REVISION. (El hecho nuevo o la prueba como causales de este recurso)

El hecho nuevo o la prueba pueden tenerse como causales del recurso de revisión, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: primera, que no hayan sido conocidos (el hecho o las pruebas) al tiempo de los debates, y segunda, que se establezcan la inocencia o irresponsabilidad de los condenados o por lo menos graves indicios de tales inocencia o irresponsabilidad.

No existe en la ley colombiana como causal de revisión, la condena fundada en sentencia posteriormente revocada, que lo está en leyes de otros países. Pero, a falta de tal causal, la noción del hecho nuevo no está sujeta a restricción alguna, cuando se han cumplido los presupuestos de la ley.

La absolución de los autores principales, como consecuencia del recurso de casación, implica —efectivamente y en estricta lógica— indicio grave de que los coatures del hecho son igualmente irresponsables, y —como consecuencia— la revisión del proceso, a fin de que en uno nuevo se subsane el error cometido. (Casación Penal, mayo 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....206, 2ª

—265 —

REVISION (Recurso de)

El recurso de revisión no es una tercera instancia y para que éste prospere, es necesario demostrar la existencia de alguna de las causales que taxativamente se hallan enumeradas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

En este recurso sólo se discute si la persona que está sufriendo la pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. La apreciación de elementos probatorios referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, y a las circunstancias da mayor o menor peligrosidad que influyan en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión. (Casación Penal, julio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....706, 1ª y 2ª

— 266 —

RIÑA (Cuándo es aplicable el artículo 28 del C. P.)

La tesis de que "la provocación" de la riña imputada al occiso comprende esencial y necesariamente la imprevisión, es contraria a la doctrina que la Corte ha reafirmado desde la vigencia de la ley penal.

Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad —tales como la excusa de la provocación y la imprevisión de la riña— deben enunciarse, cuando se aceptan, de acuerdo con la fórmula adoptada por la ley, a fin de excluír la posibilidad de confusión con circunstancias de menor peligrosidad, dada la diversidad de competencias para calificarlas y la diversidad de repercusión en la pena.

Así, en el primer caso, la provocación —como excusa— requiere la gravedad y la injusticia, y en el segundo, la riña requiere la imprevisión, ya que si el jurado las omite, no podrían los Jueces —por carencia de jurisdicción —reconocerlas, a menos de incurrir en una clara violación de la ley por cuanto si la calificación de las circunstan-

cias de peligrosidad es atributo de los Jueces, la de las circunstancias modificadoras lo es del jurado (artículos 480 y 499 C. de P. P.). Ello no obsta para que, en ciertos casos, los Jueces ejerzan la potestad de admitir o no una circunstancia de menor peligrosidad que, como riña no imprevista, explícitamente reconoció el jurado, sin que ello implique infracción de las normas mencionadas.

Si la ley, pues, estableció determinadas condiciones para que la provocación en el caso del artículo 28 y la riña en el caso del artículo 384 adquieran la categoría de circunstancias modificadoras, es indispensable que tales condiciones se reconozcan y determinen clara e inequívocamente. (Casación Penal, mayo 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 210, 1ª

— 267 —

RIÑA

El factor de la imprevisión es la condición para que la riña adquiera categoría de circunstancia modificadora. (Casación Penal, mayo 29 de 1953. T. LXXV. Nº 2129) 217, 2ª

— 268 —

RIÑA (Imprevisibilidad de la riña)

La imprevisibilidad de la riña es lo que da al homicidio o a las lesiones, dentro de ella causandos, el carácter de circunstancia modificadora de que trata el artículo 384 del Código Penal. La riña asume los caracteres de imprevista, cuando se presenta de modo tan inesperado y casual que el combatiente no haya tenido tiempo para presumir siquiera su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales,no debía producirse. De tal suerte que no puede considerarse imprevista la riña para el que en cualquier forma la suscitare o para quien habiendo podido evitarla, incurrió en ella o la propició por aceptación más o menos calculada de la contienda. (Casación Penal, julio 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... .... :... ....668, 2ª

— S —

— 269 —

SABOTAJE

El delito de sabotaje —de reciente creación en la ley penal militar— perteneciente a la categoría de los llamados formales o de peligro, tiene analogía en sus características esenciales con otros delitos comunes, cuyo análisis comparativo coadyuva a precisar la figura jurídica del primero.

Ellos son: el del artículo 127, consistente en la invitación formal —durante guerra con el extranjero— a las tropas u oficiales del Ejército Nacional a desertar o a servir al enemigo; el del artículo 149 (casi idéntico al del artículo 133 de la ley militar), en la invitación —formal y directa— a la rebelión o sedición, en la instrucción o indicación de medios para consumarlas, y el del art. 209, en la invitación o incitación, pública o directa, a cometer un deilto determinado, aunque no señalado en la norma. Es la invitación o incitación, por lo tanto, el elemento común a estas infracciones, como es el bien o interés que protege la norma, previa y expresamente determinado, así como la época o circunstancias en que se realizan, lo que las distingue. (Casación Penal, julio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 690, 2ª y 691, 1ª

— 270 —

SECUESTRE (No es parte interesada en el juicio)

El secuestre no es parte interesada en el

juicio en donde preste sus servicios, y no tiene por ello obligación de estar atento al desarrollo del proceso. De allí que de toda providencia susceptible de inferirle perjuicios deba dársele noticia, bien mediante oficio en el que se le haga saber el contenido del auto, o mediante notificación personal de la providencia que con él se relaciona. No teniendo, pues, el secuestre el deber de vigilancia del negocio, no podría presumirse que conoce ésta o la otra providencia proferida dentro del juicio, así sea la que le ordene prestar una fianza para responder de sus funciones como tal. Tampoco las partes tienen obligación de informar al secuestre de las providencias que con él se relacionan. (Negocios Generales, julio 3 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....731, 1ª

— 271 —

SEGUROS (Con el pago del valor del seguro no se extingue ni se modifica la responsabilidad que pueda caber al transportador por la pérdida de las mercaderías)

El solo hecho de que el dueño de las mercancías perdidas haya contratado el seguro, de ellas no releva de responsabilidad a la empresa transportadora, por la pérdida resultante de su hecho o culpa, de conformidad con las normas legales sobre la materia. Basta observar para llegar a este convecimiento, que la ley comercial contempla el caso de subrogación de la empresa aseguradora en los derechos y acciones del asegurado contra la empresa transportadora de las mercancías, por pérdida o avería de éstas (artículo 677 del C. de Co.). Lo que implica que dichas acciones subsisten a pesar del seguro, pues si no existieran para el asegurado, en qué se subrogaría el asegurador? Y si subsisten dichas acciones, no se ve por qué razón haya de modificarse en este caso el grado de responsabilidad del transportador, limitando su medida al dolo o a la culpa grave equivalente a él, cuando la ley ha dicho, sin distingos ni limitaciones, que tal responsabilidad se extiende hasta la culpa leve. Por lo que hace a las consecuencias que para la empresa transportadora, para el asegurado y para el asegurador se producen por el pago del valor del seguro, ellas están claramente señaladas en el artículo 677 del Código de Comercio, disposición que, como se ha dicho, confirma la tesis de que en ese pago no se extingue ni se modifica la responsabilidad del transportador por la pérdida de las mercaderías. Si el asegurado cede al asegurador sus derechos contra el porteador, queda el asegurador ocupando el lugar del cedente en sus relaciones contractuales con el porteador, sin que se produzca para ninguno el enriquecimiento sin causa. Y si no hay cesión, el asegurador que paga queda frente al porteador responsable de la pérdida, en la situación del damnificado por culpa extracontractual de otro. En este último caso se modifica únicamente el sistema de presunciones que favorece al asegurado en orden a la responsabilidad del transportador en el advenimiento del caso fortuito, porque la acción del asegurador ya no es nacida del contrato de transporte, cuyas acciones no le fueron cedidas, sino de un hecho o culpa extracontractual que le ha inferido daño. (Negocios Generales, mayo 30 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)....650, 2ª y 651, 1ª

— 272 —

SENTENCIAS

No es sentencia el proveído de la Sala Unitaria del Tribunal dictado ocasionalmente dentro del juicio. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ..311, 2ª

— 273 —

SENTENCIA (su valor probatorio en otro juicio)

Una sentencia, más propiamente, su parte resolutiva, puede utilizarse en otro juicio aún contra terceros en calidad de prueba y no como cosa juzgada, para demostrar el derecho que reconoce a la parte favorecida, mientras no se le contraponga prueba en contrario que la desvirtúe. Mas lo que sí resulta equivocado es admitir que los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia, y mucho más cuando ella es pronunciada en juicio en que se utiliza la prueba sumaria, puedan darse como plenamente establecidos en otro juicio ordinario, aunque los litigantes sean los mismos. Eso determinaría, en muchas ocasiones, situaciones incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería al juez de la causa a quien correspondería valorar y analizar las pruebas, para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego que estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción. (Casación Civil, mayo 12 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... .... 78, 1ª

— 274 —

SIMULACION RELATIVA

En la simulación relativa existen dos actos: el aparente, ostensible, que todos los pueden leer, pero que es irreal en todo o en parte, y el otro, que es el real, el efectivo, que está escondido, disimulado, esperando el momento de entrar en lucha con aquél, buscando la prevalencia del oculto sobre el ostensible.

En la simulación relativa coexisten, pues dos declaraciones bilaterales: la ostensible y la real, contradeclaración o contraescritura.

En un mismo acto no pueden coexistir la convención irreal o simulada y la convención oculta o real. Resultaría ello absurdo. (Casación Civil, junio 24 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 371, 1ª

— 275 —

SOCIEDADES (su representación)

Por punto general, la representación de una sociedad cualquiera, hay que establecerla con pruebas directas: escrituras, documentos, actas, etc. Alguna prueba documental que dé razón de la elección o nombramiento de Presidente o Gerente. Afirmar en la demanda que el demandado es presidente de una sociedad, y tratar de probar ese hecho, ni siquiera con una prueba indirecta coetánea, sino con una posterior a la demanda, es jurídicamente inaceptable. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....312, 2ª

— 276 —

SOCIEDAD ANONIMA (Responsabilidad del accionista frente a acreedores de la sociedad)

La responsabilidad del accionista de una sociedad anónima durante la vida social, con respecto a acreedores de la misma, es simplemente hasta concurrencia de su aporte, y una vez disuelta la sociedad y distribuído entre los asociados el capital existente al tiempo de su disolución, la responsabilidad subsiste hasta el valor de lo percibido. Se desprende, pues, como elemento indispensable de la acción de cobro, demostrar que el accionista de la anónima contra quien se obra como tal por haber desaparecido la persona moral obligada, percibió determinados bienes para cubrirle su interés social.

La obligación de la persona jurídica anónima pasa al accionista cuando ha recibido en la liquidación bienes que eran la garantía de las obligaciones sociales. Su carácter de adjudicatario es lo que lo obliga a responder, hasta concurrencia de su valor, de las deudas insolutas. Es pues, necesaria, para la viabilidad de la acción de cobro, establecer dicho presupuesto procesal. (Casación Civil, junio 19 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 355, 2ª y 356, 1ª

— 277 —

SOCIEDAD ORDINARIA DE MINAS (Una cosa es el contrato mismo de sociedad minera y otra cosa es su prueba en juicio)

El contrato sobre sociedad ordinaria de minas puede realizarse hasta verbalmente, pero esto no significa que no sea necesario comprobar el hecho de que determinada persona ha celebrado ese contrato, para que en juicio se pueda decidir que ella es socio de la mencionada sociedad.

Una cosa es el contrato mismo de sociedad minera, y otra cosa es su prueba en juicio. (Casación Civil, junio 16 de 1953. T. LXXV. Nº 2130).... ....312, 2ª

— 278 —

SUCESION (Es una comunidad)

La sucesión hereditaria es un fenómeno jurídico complejo. Además de la adquisición de elementos patrimoniales activos y pasivos, por ella el heredero como representante del difunto toma para sí, las relaciones jurídicas de éste, y queda investido de todos sus derechos y obligaciones transmisibles, como si originariamente hubiesen surgido en la persona de aquél.

Cuando concurren varios llamados a una misma herencia, surgen, a la vez, una serie de relaciones jurídicas entre los coherederos, como el acrecimiento de la cuota vacante, la colación e imputación, así como la presencia de una comunidad. Todo lo cual implica que la sucesión no es tan sólo la adquisición de derechos preexistentes y asunción de preexistentes obligaciones, sino que es también causa de extinción de relaciones jurídicas y de creación de obligaciones nuevas que tienen su título en la ley, tal como acontece en los casos de confusión de los patrimonios del causante y su heredero, en relación con las acreencias y deudas del difunto.

La circunstancia de que a una misma herencia sean llamadas distintas personas conjuntamente, origina, como se tiene dicho, entre ellas, una comunidad que comprende todo elemento patrimonial activo o pasivo que se distribuye entre los coherederos en proporción a sus cuotas. Se sale de esta comunidad por la división, la que se rige por los principios generales de la de los bienes comunes: formación de la masa y estimación de los bienes que la integran. Esto es, activo y pasivo sucesoral. (Casación Civil, mayo 26 de 1953. T. LXXV. Nº 2129)..163, 1ª

— T —

— 279 —

TESTAMENTO

Si en realidad, la facultad de testar es indelegable, en cuanto que el testamento es un acto o manifestación personal de la voluntad del testador, esto no impide que en ocasiones, aquél pueda inquirir de terceros, especialmente de juristas, consejos en relación con la forma de ajustar sus disposiciones testamentarias a la ley, pues ésta autoriza para presentar por escrito el testamento abierto, al tiempo de otorgarse. (Artículo 1074 del C. C.). Entonces, no hay delegación de la facultad de testar, porque el testador hace sus disposiciones de última voluntad

con autonomía, limitándose la labor del tercero a enmarcarlas dentro de la ley, y se despeja el peligro de que éste desvíe la auténtica voluntad de aquél, situación que es la que la ley busca al prohibir la delegación (Casación Civil, mayo 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....52, 2ª

— 280 —

TESTIMONIO

No se opone forzosamente a la veracidad y sinceridad de la prueba testimonial la circunstancia de que la respuesta del testigo coincida con la pregunta que sobre un punto se le hace, pues aquellas condiciones las desprende el Juez de la impresión que en su ánimo le cause el texto íntegro de la declaración y de las razones o motivos por los cuales el testigo exprese tener conocimiento de los hechos. Y mucho menos fuerza tiene aquella coincidencia cuando el testimonio se rinde con intervención del apoderado de la parte contraria y cuando después de las repreguntas de éste, la declaración sale limpia de toda tacha. (Casación Civil, julio 8 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 524, 1ª

— 281 —

TESTAMENTO (Presunción de la capacidad y del estado sano mental del testador)

La ley, la jurisprudencia y la doctrina se inclinan cada día más a salvar la voluntad del testador, para que ésta prevalezca sobre los ataques sobrevinientes por herederos que se crean defraudados en sus aspiraciones, en virtud del testamento de su causante. La capacidad y el estado sano mental del testador se presumen y lo amparan, de modo que es sólo cuando esa presunción se destruye plenamente, cuando su voluntad expresada en el acto testamentario no tiene eficacia legal. Para destruirla no basta simplemente la duda en el juzgador ni puede éste tampoco basarse al respecto en pruebas deficientes, sino que, por lo mismo que es tan grave y trascendental e irreparable no darle prevalencia a la voluntad de un testador que no pueda defenderla, es preciso que la prueba se destaque y brille con absoluta nitidez y precisión para que pueda anularse el efecto de lo consignado en el testamento. Además de la presunción sobre capacidad y estado mental del testador, existe otra de carácter general, y es la de que siendo los notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad que no puede destruírse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla. Cuando el notario declara que el testador se halla en su entero y cabal juicio y en el pleno uso de sus facultades mentales, esa aseveración rige y prima, mientras no sea desvirtuada. (Casación Civil, julio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 640, 1ª y 2ª

— 282 —

TESTAMENTO (presunción de capacidad y estado sano mental del testador)

En previsión de las colisiones que puedan surgir entre la voluntad del testador y los posibles derechos de sus herederos, que éstos consideran vulnerados con las disposiciones testamentarias del causante, el legislador como garantía de la preeminencia que aquélla debe tener sobre éstos, ha instituído las presunciones específicas de la capacidad y estado sano mental del testador, la que, en los casos de testamentos abiertos, operan en concatenación con la general de veracidad o autenticidad de los actos o contratos autorizados por los Notarios, permitiendo, como es obvio, la contraprueba de los hechos que desvirtúan las situaciones de verosimilitud en que descansan aquellas presun-

ciones. (Casación Civil, mayo 7 de 1953. T. LXXV. Nº 2129).... ....51, 2ª

— 283 —

TESTAMENTO ABIERTO (Qué es lo substancial en este testamento)

Lo que constituye la esencia del testamento abierto, de acuerdo con el artículo 1072 del C. C., "es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere y a los testigos". Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del Notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos. (Casación Civil, julio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ....640, 1ª

— 284 —

TESTIGOS (A quiénes se aplica el término "amanuense" de que trata el numeral 9º del artículo 1068 del C. C.)

En el término amanuense no se entiende comprendido el copista o escribiente que frecuentemente acude a las notarías en busca de trabajo ocasional e incierto, por el cual recibe un estipendio variable, y conforme al cual sólo se aplica tal calificativo a los empleados que el Notario ocupa de manera permanente y por una remuneración fija, que son los únicos que, por estar así, deben considerarse como de sospechosa veracidad, en razón de la influencia de su superior, que es la razón que justifica y explica la inhabilidad consagrada en el numeral 9º del artículo 1068 del C. C. (Casación Civil, julio 22 de 1953. T. LXXV. Nº 2131).... ..641, 1ª

— 285 —

TRANSFERENCIA BANCARIA (Su naturaleza, definición y características de esta operación bancaria.)

La transferencia bancaria podría definirse diciendo que consiste en el acto ejecutado por un banquero que debita la cuenta de un cliente con cierta cantidad de dinero, para acreditarla inmediatamente a la cuenta de otro cliente. Es indispensable que ambos clientes tengan su cuenta en el mismo banco, para el normal funcionamiento del mecanismo de la operación. Con todo la operación es posible, como se comprende, entre dos o más cuentas de una misma o varias personas. Se ejecuta bajo la orden de un cliente y ella es, en principio, indiferente para el banco: basta con que el ordenador tenga saldo suficiente en su cuenta, no hay cambio de acreedor; ocurre lo mismo que hubiera pasado si el ordenador retirara del banco cierta cantidad de dinero y luego la consignara directamente en la otra cuenta, llevada por el mismo banco. Por cuanto la transferencia bancaria evita el desembolso de dinero efectivo, se ve cuánta sea su utilidad y, desde este punto de vista, aventaja al cheque, porque el portador de éste puede exigir el pago, mientras que el acreedor beneficiado con la transferencia deja en su cuenta la suma abonada.

Hay transferencias simples y complejas: las primeras tienen lugar cuando un mismo banquero maneja las dos cuentas en que se asientan el débito y el crédito; las segundas cuando las cuentas se llevan por distintos banqueros, y todavía más cuando se trata de un reglamento colectivo de banqueros, como en las cámaras de compensación (clearing hoyses). Conforme a la práctica bancaria habrá de decidirse en cada caso si las sucursales o agencias de un mismo establecimiento, situadas en lugares diferentes, ya sea dentro de una misma ciudad, o en ciu-

dades distintas, permiten tener tales dependencias como extremos diferenciados o unificados de las transferencias; pero las responsabilidades del banquero son siempre las mismas, bien se trate de dependencias de la misma institución o establecimiento bancario dentro de la misma ciudad o en ciudades distintas. Dejando de lado los casos complejos, bastará detenerse a examinar las transferencias ejecutadas por un solo banquero, comprendido el supuesto de las sucursales dependientes del mismo, aunque la técnica pueda introducir y observar prácticas variadas que no alcanzan a madificar la responsabilidad jurídica unificada.

La transferencia contable es, pues, una operación bancaria que se realiza por medio de inscripciones materiales hechas en las cuentas llevadas por el banquero. Lo que constituye esencialmente la transferencia es el doble asiento contable. La operación hace recordar la **Transcriptio a persona ad personam**, del antiguo contrato litteris del derecho romano. El formalismo es diferente en derecho moderno, pero la idea en el fondo queda la misma: se requiere una operación material para alcanzar efectos jurídicos. Por lo demás, la práctica bancaria inventó desde hace mucho tiempo las transferencias o traspasos, a que se refieren los ordinales 3º y 10, en su orden, de los artículos 85 de la Ley 45 de 1923 y 10 de la Ley 57 de 1931.

Los traspasos o transferencias llegaron a tener su gran desarrollo actual, gracias a la multiplicidad y regularidad de las cuentas, pero las funciones del banquero siguen siendo iguales, pues consisten en efectuar la operación mecánica, de la cual depende que la voluntad de los interesados produzca efectos.

Se distinguen la **Orden de Traspaso** y el **Traspaso Mismo**, llamado también transferencia, como se ha visto. Aquélla es un título bancario; el banco puede girar por virtud de cualquier orden escrita, por ejemplo la de una carta misiva, pero ordinariamente se utilizan órdenes especiales en formularios impresos. El título es negociable (efecto de comercio) y le confiere al portador derecho de propiedad sobre la provisión. Se parece al cheque en sus efectos. La orden de traspaso no hace sino preparar la operación de transferencia; pues mientras el banco no la haya cumplido, la persona a cuya cuenta debe acreditarse tampoco ha recibido el pago. Pero por ello la orden no deja de ser, como ya se dijo, un título cuya emisión produce efectos jurídicos, porque el ordenador se constituye deudor de la cantidad expresada en la orden.

El banquero no puede negarse a cumplir una orden de traspaso dada por un cliente suyo cuya cuenta disponga de fondos suficientes, de la misma manera como tampoco puede negarse al retiro de los mismos, y es responsable por cualquier retardo en la operación. No tiene por qué averiguar cuál sea la causa jurídica de la orden. La operación es legalmente abstracta; pero tiene su causa, como es natural: un pago, un préstamo, etc. Como el banquero la desconoce, la validez del traspaso no depende del negocio jurídico ejecutado mediante ella. No hace falta, por tanto, averiguar si quien da la orden es persona plenamente capaz para el acto o contrato que la motiva. Pero si el acto causal resultare nulo, el ordenador sólo tendrá un crédito contra el beneficiario del traspaso o transferencia, pues aquella nulidad no impide que el beneficiario se haga dueño de la cantidad girada y abonada en su cuenta.

Los juristas han creído ver en la transferencia bancaria una especie de **delegación**, como también lo sugieren respecto de la letra de cambio. El ordenador (delegante) invita al banquero (delegado), a pagar al beneficiario del giro (delegatario). Esta delegación que sería perfecta, pertenecería a la

clase de la novación, a diferencia de la que resulta cuando se emite una letra de cambio; porque allá el delegante se descarga, mediante el giro bancario, de su obligación para con el delegatario. El beneficiario que acepta el pago por traspaso, consiente en la delegación y, por lo mismo, deja libre a su deudor. Este análisis que intenta explicar por las reglas del derecho civil los mecanismos técnicos del derecho mercantil, no parece exacto: en la delegación, el delegado desempeña un papel activo, se obliga para con el delegatario; mientras que el banquero no la asume determinadamente, pues se limita a pasar el crédito a nombre de la persona designada. Con todo, respecto del beneficiario, aquél está obligado a efectuar la inscripción en el haber de su cuenta. El giro se descompone en dos operaciones: la segunda es una consecuencia de la primera, pero cada una de ellas se perfecciona por la concurrencia de dos sujetos, de tal modo que hay sucesión en lugar de unidad jurídica. La situación del beneficiario es la misma bien porque el banquero haya cumplido la transferencia mediante una orden reglamentaria hecha, bien porque la haya admitido en descubierto. Se advierte mejor la índole de la operación cuando se piensa en una transferencia ejecutada entre dos cuentas abiertas a la misma persona y en el mismo banco, pero con garantías diferentes: no podría hablarse de pago, mucho menos de una delegación. Lo mismo sería si una persona tuviera cuenta en dos bancos diferentes y quisiera traspasar una cierta cantidad de la primera cuenta a la segunda, o viceversa; tampoco se podría sostener que allí hubiera pago o delegación. La operación tiene, pues, una fisonomía típicamente bancaria. El elemento de una cuenta penetra dentro de la otra y la teneduría de libros regula los derechos de los interesados. No se puede decir, por consiguiente, que la transferencia contable fuera un acto consensual; no: es una operación técnica bancaria, que radica en una doble inscripción.

Queda por examinar cuáles son las consecuencias del traspaso que se ha estado estudiando. En primer lugar, la persona que da la orden expresa simultáneamente su consentimiento al manifestar su voluntad para que se haga el giro. El banquero ha prestado la suya desde cuando consintió en la apertura de la cuenta. Resta el consentimiento del beneficiario; dicho consentimiento debe presumirse de dos hechos concurrentes: por tener cuenta en el banco, y que se trate de operaciones corrientes que se cumplen de manera habitual mediante cheques o traspasos. Si un traspaso ha sido ejecutado erróneamente por el banquero, como si se abstuvo de verificar previamente el crédito del ordenador, queda, a pesar de todo, obligado para con el beneficiario desde que éste haya recibido su abono. Pero todo ello es cierto, con tal de que el beneficiario haya retirado la cantidad o aceptado la cuenta. Mientras tanto, la transferencia puede ser revocada. El banquero tiene la obligación de proceder cuanto antes a practicarla y a dar aviso al beneficiario, quien puede rechazarla. Las relaciones jurídicas entre el ordenador y el beneficiario quedan fuera de esta cuestión. Dependen de la causa del traspaso; pero éste sigue siendo una operación abstracta como la tradición de una suma de dinero. (Casación Civil, julio 14 de 1953. LXXV. Nº 2131)....600, 1ª y 2ª y 601, 1ª y 2ª

— 286 —

TRANSACCION (Entrega de la cosa objeto del contrato)

A falta de disposiciones expresa que regule la obligación del tradente de un bien raíz en el pacto de transacción, es aplicable por analogía el artículo 1882 del Código Civil, según la regla del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por gobernar aquel precepto un caso semejante. La transacción, lo mismo

que la compraventa, tiene los caracteres de bilateral, onerosa y conmutativa. (Casación Civil, julio 31 de 1953. T. LXXV. Nº 2131) 664, 1ª

— 287 —

VIOLENCIA CARNAL

El primer inciso del artículo 316 del Código Penal tipifica el delito de violencia carnal por el hecho de someter a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física o moral. Es decir, que el delito tiene su cumplimiento, desde el punto de vista material u objetivo, por la penetración del miembro viril en la vagina o en el ano de la víctima. Por lo tanto, es autor principal de dicho delito quien realice esa clase de acciones físicas y psíquicas. (Casación Penal, junio 23 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....465, 1ª

— 288 —

VIOLACION DE DOMICILIO (Este delito se estructura por la mera penetración al domicilio, en forma clandestina)

El bien jurídico tutelado por el artículo 302 del Código Penal, y que el delincuente lesiona, es el de la paz y autonomía de la persona dentro de su domicilio o morada, el derecho de vivir pacíficamente en él, libre de la presencia del intruso.

Jurídicamente, para los efectos de la incriminación, no es necesaria la prohibición expresa del habitante de la casa, hecha al que invade su domicilio. Basta que, por las circunstancias en que el hecho tiene su cumplimiento, se deduzca claramente la voluntad contraria del morador, o en otros términos "que el medio empleado contenga en sí mismo implícito ese rechazo, como ocurre con la clandestinidad y el engaño". Es decir, que el delito se estructura por la mera penetración al domicilio, en forma clandestina. (Casación Penal, junio 23 de 1953. T. LXXV Nº 2130).... ....462, 2ª

— 289 —

VIOLACION DE DOMICILIO (Cuando el responsable viola el domicilio ajeno para cometer otro delito)

El artículo 302 del C. P., —sobre inviolabilidad del domicilio— no exige de parte del responsable un dolo específico de violar el domicilio ajeno; sólo consagra un dolo genérico, o sea, el conocimiento y voluntad de entrar en una morada ajena, contra la voluntad de su morador, o de una manera clandestina. De tal suerte que si el responsable viola el domicilio ajeno para cometer otro delito, en principio, puede darse el concurso de infracciones, de jure condito. (Casación Penal, junio 23 de 1953. T. LXXV. Nº 2130) 462, 2ª y 463, 1ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES CIT ADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL TOMO LX XV DE LA GACETA JUDICIAL

NOTA—Las cifras puestas bajo la pala bra números se refieren a los apartes de este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION NACIONAL	
23	137
26	209; 211
40	206
45	248
76, ord. 20	196
CONSTITUCION DE 1886.	
151	18
CODIGO CIVIL	
6	206
219	168
220	168
247	168
398	237
399	237
401	168; 240
402	168
403	166; 168
404	168
406	168
457	111
756	94
762	253
764	238
769	235
794	160
795	160
804	160
828	62
830	62
900	128
946	250; 251; 252;
949	252
1016	171
1068, num. 9º	284
1069	142
1072	283
1074	279
1215 y sigts.	160
1394 regla 7ª	171
1496	191
1497	191
1498	191
1500	191
1503	17
1524	81
1625	13; 112
1627	112
1741	201
1760	134
1761	133
1765	154
1766	133
1767	159
1861	13
1873	94
1882	90; 93; 286
2287	259
2291	260
2292	259
2301	259
2347	262
2355	261
2356	261
2452	173
2529	238

Artículos	Números
2534	240
2637	240
2674	247
Lib. 4º, Tit. XI	13
CODIGO DE COMERCIO	
215	112
216	112
313 num. 4º	239
677	271
CODIGO FISCAL	
77	16
CODIGO PENAL	
25	77
28	188; 266
33	215
45	216
60	216
80	95; 96
127	269
149	269
178	2
208	14
209	14; 269
302	137; 288; 289
303	137
316	287
374	194
377	193
384	266; 268
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
252	233
CODIGO JUDICIAL	
171	11
205	116; 182
214	256
222	182
227	116
269	9
270	9;10
329	156
333, num. 1º	121
381, nums. 1º y 2º	130
398, ord. 5º	128
448	207
448, inciso 2º	174; 176; 205
449	203
471	65;176
472	63
482	7
508	102
520, num. 1º	33; 42; 44; 46; 52; 56; 60; 65; 82; 84
520, num. 2º	46; 65; 66; 67; 74
520. num. 3º	69
531	43; 119; 121
538	36
542	186
553	102
582	107
593	176
596	243
601	243
606	170
636	135
645	132
653 a 656	245
659	196 bis
716	223
718	220; 221
721	219; 222
722	53; 218; 222
723	217
755 a 763	130
1142	171
CODIGO JUDICIAL DEROGADO	
656	223
1022	173
1045	173
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
42, num. 6º	197
50	181
51	181
52	181
54	181
73, inciso 5º	138
76	138
153	181
198	208; 211

Artículos	Números
199	208; 211
208	243
255	100
320 y sigts.	137
529	241
530	241
567, num. 1º	77
567, num. 2º	77
567, num. 3º	78
480	260
499	260
571	265
580	169
CODIGO DE MINAS	
173	200
382	212
413	198
427	198
429	198
LEYES ESPECIALES	
Ley 292 de 1875	
53	212
Ley 61 de 1886	
—	18
Ley 57 de 1887	
20	168
22	155
Ley 153 de 1887	
8	171; 286
91	159
Ley 95 de 1890	
1	80

Artículos	Números
Ley 110 de 1912	
112	229; 230; 231
Ley 71 de 1917	
6	16
Ley 51 de 1918	
—	160
Ley 90 de 1920	
9	121
10	121
Ley 45 de 1923	
7	160
9	160
85, num. 3º	285
105	160
107	160
Ley 46 de 1923	
22	195
Ley 47 de 1926	
7	16
Ley 120 de 1928	
6 y sigts.	240
12	240
Ley 57 de 1931	
10, num. 10	285
Ley 45 de 1936	
2	167; 172
4, ord. 1º	161
4, ord. 3º	167
4, ord. 4º	162; 164
7	168

Artículos	Números
Ley 160 de 1936	
7, apartes a) y b)	231
Ley 13 de 1937	
—	199
Ley 4ª de 1943	
24	226
Ley 51 de 1943	
7, parágrafo	240
Ley 69 de 1945	
8	4
9	4; 5
—	3
Ley 85 de 1945	
1, inc. 3º	212
Ley 71 de 1946	
—	196
DECRETOS	
Decreto Nº 4137 de 1948	
6	95
Decreto Nº 1125 de 1950	
398	189
425 a 429	101; 189
Decreto Nº 1591 de 1951	
4	14
Decreto Nº 1857 de 1951	
—	122

INDICE ALFABETICO

— A —

Alarcón Pimiento Alfredo.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de abuso de autoridad 720

Aldana Víctor Julio contra Angel María Rojas.—Juicio ordinario 85

Alonso Robayo Miguel contra Abigaíl Cediel. Juicio ordinario 559

Alvarez o Alvis Enrique contra Graciela Mesa.—Juicio ordinario 68

Amado Arizala Sixto.—Casación por homicidio 681

Angel Luis Arturo contra Juan Antonio Cortés.—Juicio ordinario 178

Asaf Moisés contra la Nación.—Juicio ordinario. Súplica de un auto 483

— B —

Barberi Carlos y otros.—Casación por delitos militares 204

Bocanegra Emiliano contra Carlos Jiménez Cárdenas y otros.—Juicio ordinario 303

Borrero Aristides contra Ricardo Ossa.—Juicio ordinario 516

— C —

Cabrera Illera María Dolores y otros contra Carlos Ignacio Muñoz Ayerbe.—Juicio ordinario 20

Calderón Reyes Rafael y otra contra "Child, Dávila, Luzardo & Cía., Limitada".—Juicio ordinario 285

Campo Guillermo contra los herederos de Librada Campo.—Juicio ordinario 554

Cardona Granada Eduardo y otro contra María C. Castaño de Gallego. Juicio ordinario 81

Cardoso Arturo.—Casación por lesiones personales 470

Cardoso B. Bernardino contra Valerio Oliveros.—Juicio ordinario 116

Castro, Carmen E. Arroyo de, contra el Banco de Londres y América del Sur.—Juicio ordinario 364

Cerón María Elina contra Rosario Sánchez de Cerón.—Juicio ordinario 630

Cifuentes Jesús M., contra Clara Rosa Cifuentes y otros.—Juicio ordinario 47

"Compañía Explotadora del Nechí" y otra contra la Nación.—Juicios acumulados... 221

"Compañía Explotadora del Nechí" y otra contra la Nación.—Solicitud de aclaración 233

"Compañía Explotadora de Petróleos. S. A." contra la Nación.—Juicio ordinario 734

"Compañía Explotadora de Petróleos, S. A." Oposición a la propuesta Nº 422 hecha por Jorge Vallejo, sobre exploración y explotación de petróleo nacional. 752

Coronado Reinaldo contra Cecilio Holguín y otros.—Juicio ordinario 121

Cortés Gonzalo contra Rosa María Parra v. de Rodríguez.—Juicio ordinario 616

Costa Domizio.—Solicitud de exequatur de sentencia extranjera 613

Cubillos Cubillos Jacinto.—Casación por lesiones personales 667

Cuéllar Miguel A. contra Leopoldo Chimbaco.—Juicio ordinario 401

— CH —

Chacón Carmen Emilia contra el Municipio de Cali.—Juicio ordinario 89

Chaverra López María Elena y otros contra la Nación.—Incidente de liquidación de perjuicios 238

— D —

De Castro Enrique contra Graciela Nieto de Reyes.—Juicio ordinario 548

De Hoyos Ramón P.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de responsabilidad como Gobernador del Departamento de Bolívar..... 433

De la Hoz José Francisco contra "Magdalena Fruit Company".—Juicio ordinario .. 661

Departamento de Cundinamarca contra "Almacenes Bogotá, S. A.".—Juicio ejecutivo. Incidente de nulidad 740

Díaz José de la Paz o Pacífico. — Casación por violación de domicilio y violencia carnal 460

Dorada Railway Company (The) contra la Nación y los Departamentos del Tolima, Huila y Caldas.—Juicio ordinario. Súplica de un auto 245

Durán Cortés.—Proceso contra este abogado por faltas contra la moral profesional .. 479

Escobar R. Pablo Emilio contra Alejo Nicolás Moreno.—Juicio ordinario 63

Estrada F. Bernardo contra Tulio Sánchez. Juicio ordinario 308

Estrada G. Hermanos. — Juicio ejecutivo contra esta Compañía.—Apelación de unos autos 731

— F —

"Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato" (Fabricato) contra los Ferrocarriles Nacionales.—Juicio ordinario 248

Fadul Bitar Jorge.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de responsabilidad 468

Falla Falla Alberto.—Casación por lesiones personales 441

— G —

Gaitán Marco Aurelio.—Recurso de revisión 706

García Herrera Alvaro.—Casación por sabotaje militar 684

Giraldo Vicente contra José y Estanislao Cardona.—Juicio ordinario 341

Gómez Villegas Octavio contra Bela Matías. Juicio ordinario 498

Gómez Hurtado Rafael.—Se deplora su fallecimiento 1

González, Beatriz Gaitán de, contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.". Juicio ordinario 564

González Archila Guillermo. — Colisión de competencias para conocer de un proceso contra aquél 214

Gutiérrez Casallas María Mercedes y otros contra Griselda Villarraga de Casallas. Juicio ordinario 636

— H —

"Hacienda de Perodías, Ltda." contra Enrique Caicedo.—Juicio ordinario 182

Herrera Gabriel. — Casación por homicidio 208

— I —

Iglesia Parroquial de Chaparral contra Benjamín Criollo M.—Juicio ordinario 56

— J —

Joyería y Platería Bogotá contra la Nación. Juicio ordinario 742

— L —

Latorre Márquez Pablo E. contra Clemente Suárez y otros.—Juicio ordinario 626

Leguizamón José del Carmen y otros.—Colisión de competencias 475

Londoño E. Aristides contra el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario 642

López Fructuoso y otro contra Mario Estrada.—Juicio ordinario 278

López Pastor y otra contra el Departamento del Valle.—Juicio ordinario.Apelación de un auto.... 235

Lozano Arciniegas Jorge contra la Nación. Juicio ordinario. — Excepciones dilatorias 481

Lozano María Helena contra Luis Rogerio Ardila Gómez.—Juicio ordinario 526

Llaña Vesga Hermando contra Alfonso Caicedo.—Juicio ordinario 151

Llaña Vesga Hermando.—Juicio contra este abogado por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión 260

Llinás Pimienta Diego.—Recurso de queja 477

— M —

Marín Pinzón Jorge.—Casación por estafa .. 714

Martínez, Antonia Martínez v. de, contra Guillermina Martínez v. de Martínez.—Juicio ordinario 330

Martínez José Manuel contra Cantalicio Ferro.—Juicio ordinario 650

Maya Rosa Evelia y otros contra Zoila Emilia Saldarriaga de Restrepo.—Juicio ordinario 491

Medina Lorenzo contra "Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A.".—Juicio ordinario 388

Molina, María Arias v. de, contra Avelino Muñoz.—Juicio ordinario 126

Molta G. Luis Alfonso.—Casación por lesiones personales 708

Mondragón, Carmen E. Saldarriaga de, contra Margarita Saldarriaga.—Juicio ordinario 316

Mora Hermanos & Cía. contra Paulina Uribe de Mejía.—Juicio ordinario 94

Municipio de Repelón contra la Nación. Juicio ordinario.—No se admite la demanda 241

Municipio de Repelón contra la Nación.—Recurso de súplica 242

Muñoz Camilo y otro contra Luis Carlos Ayala.—Juicio ordinario 273

Muñoz Vieira Ruiz contra Elena y Luis Vélez.—Juicio ordinario 131

— N —

Navarrete José María contra Alfredo Paredes.—Juicio sobre cuentas 392

Neira Medina Alfonso.—Casación por delitos de robo 211

Niño Parra Roberto contra Pedro J. Porras S.—Juicio ordinario 505

— O —

Ocaña Bucheli Jorge.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de responsabilidad 665

Ordóñez Ceballos Antonio.—Proceso contra él por intervención en política 196

Ortíz Márquez Julio y García Herrera Alvaro.—Casación por sabotaje militar y otros delitos 684

Osorio Pedro contra Rafael Osorio.—Juicio ordinario 348

— P —

Patiño Cifuentes Rita y otros contra José Joaquín Muñoz.—Juicio ordinario 6

Pérez, Rafaela Pinillos v. de.—Juicio de sucesión.—Objeción al trabajo de partición 161

Piedrahita Londoño Ana María y otros contra Jesús Vargas.J—Juicio ordinario 105

Pinto Valderrama Roberto y otros contra Bárbara vda. de Ortíz.—Juicio ordinario 136

Proyecto de ley (1948) "por la cual la Nación coadyuva a la formación del Barrio Obrero "Jorge Eliécer Gaitán" de Girardot.—Objetado por inconstitucional 2

— Q —

Quintero Ricardo Luis.—Casación por lesiones personales 674

— R —

Ramírez Melo Manuel.—Casación por lesiones personales 430

Ramírez Miguel A. contra Deogracias Román.—Se impone multa al apoderado de éste Dr. Manuel José Porras y Porras .. 625

Rengifo o Díaz César contra Aminta Rengifo Guzmán y otros.—Juicio ordinario .. 521

Restrepo Moisés contra Jesús Antonio Macías.—Juicio ordinario 32

Reyes Daza Rafael. Oposición a la propuesta de contrato formulada por el Dr. Reinaldo Perdomo, sobre exploración y explotación de minerales de galena y plomo.—Apelación de un auto 722

Reyes Daza Rafael.—Recurso de súplica.. 727

Romero, Florentina Herrera de, y otros contra Segundo Foción Rodríguez y otros. Juicio ordinario 571

Romero Roberto e Isidro.—Casación por lesiones personales 216

Rozo Luis A. contra Venancio Durán.—Juicio ordinario 72

Ruenes Uldarico contra el Banco de Bogotá. Juicio ordinario 593

— S —

Salazar Gómez Marco Fidel.—Casación por homicidio y robo 450

Salazar Segismundo y Rodríguez Marín Pedro Elías.—Casación por homicidio 670

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Enrique Cuervo A., a la sentencia de la Sala de Casación Civil en el juicio de Ana María Piedrahita Londoño y otros contra Jesús Vargas 114

Del Magistrado Dr. Gualberto Rodríguez Peña, a la misma sentencia 120

Del Magistrado Dr. Agustín Gómez Prada a la providencia que la Sala de Negocios Generales profirió en la segunda instancia del incidente de liquidación en el juicio de María Elena Chaverra López contra la Nación 240

Del Magistrado Dr. Luis Rafael Robles a la sentencia de la Sala de Negocios Generales en el juicio ordinario de "Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato" contra los Ferrocarriles Nacionales 257

Del Magistrado Dr. Luis E. Cuervo Araos a la sentencia de la Sala de Casación Civil en el juicio ordinario de Vicente Giraldo contra José y Estanislao Cardona 346

Del Magistrado Dr. Luis Gutiérrez Jiménez a la sentencia de la Sala de Casación Penal en el proceso contra los Dres. Julio Ortíz Márquez y Alvaro García Herrera 695

Del Magistrado Dr. Angel Martín Vásquez, a la misma sentencia 699

Santos Eduardo contra Ernesto Cubillos. Juicio ordinario 588

Sardi Garcés Carlos y Maya Germán H.—Casación del procedimiento por cargos de responsabilidad, en cuanto hace al prime-

ro; y declaración del incompetencia por lo que se refiere al segundo 677

Segura Félix.—Casación por asonada y homicidio 426

"Sociedad de Zancudo" contra Bernardo J. y Martín Bernal B.—Juicio ordinario 358

— T —

"Tejar de Santa Mónica, S. A." contra Henry J. Eder.—Juicio ordinario 352

Torres, Aura María Bernal de, contra Pablo Emilio Gutiérrez.—Juicio ordinario.. 336

Triana Jesús contra Gustavo Efrén Roa y otro—Juicio ordinario 540

Tropical Oil Company contra la Nación. Juicio ordinario. —Auto sobre excepción de inepta demanda 745

— U —

Urdaneta Navarro Alejandro contra Lastenia Maldonado de Rodríguez y otros juicios ordinarios acumulados 297

Uribe Rangel Roque.—Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos de falsedad 219

Urrea Salazar José Joaquín. — Solicitud de rehabilitación de derechos políticos 712

— V —

Valencia Mena Facundo. — Recusación del Magistrado Dr. Rogerio Patiño G. para conocer de un proceso contra aquél 448

Vargas Clara y otros contra Hilario Gumercindo Tovar y otros. — Juicio ordinario.. 42

Venegas Isaías contra José de los Reyes Plazas.—Juicio ordinario 534

Velásquez, Magdalena Angel de, contra Manuel Angel.—Juicio ordinario 172

— W —

"Whelpley López & Cía." contra Miguel Bustamante H. y otro.—Juicio ordinario 75

— Z —

Zajar Teófilo contra Teresa Dussán de Esguerra. — Juicio ordinario 381

Zapata Marco Antonio y otros contra Pedro Vicente Correa y otros.—Juicio ordinario 413

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nª 13-56—TEL. 14325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 14325, y será atendido inmediatamente.