

RECURSO
DE
CASACION



POR EL DR.
Antonio J. Pardo

Recurso de Casación

Remontándonos al origen de este recurso, se encuentran en el Derecho Romano algunas instituciones en que se permitía acudir a las Asambleas del pueblo como el cuerpo de Tribunos o al Príncipe, para obtener, en algunas veces, la infirmación de los fallos judiciales, o por lo menos, la suspensión de la ejecución de la sentencia.

La primera institución se llamaba "Appelatio", cuyo alcance explica Savigny, así: "la appelatio era de una naturaleza enteramente distinta: ofrecía a la libertad individual una protección mucho más amplia y general contra todo acto opresivo de un Magistrado, comprendiendo dentro de éstos las sentencias civiles. Todos ellos, entre los cuales figuraban en primera línea los emanados de la autoridad judicial, podían ser anulados por la simple oposición de varias personas determinadas. Se llamaba esta oposición intercessio, y appelatio la petición por la cual clamaba un particular esta especie de petición. Los actos de un Magistrado podían ser anulados por la simple oposición de cualquier otro Magistrado de un rango igual o superior al suyo (par majori potestas); así, pretor contra pretor, cónsul contra cónsul, cónsul contra pretor, sin que hubiera que examinar si el acto atacado entra en el círculo de las atribuciones del Magistrado que declaraba la oposición. Fuera de toda jerarquía, los Tribunos podían anular los actos de todos los Magistrados sin excepción, aun los de los pretores y los cónsules. Usaban de este derecho ya individual, ya colectivamente, después de una deliberación y una resolución tomada por el cuerpo de los Tribunos. El resultado de esta oposición era puramente negativo; como no prescribía ningún acto directamente en los procesos civiles, servía para proteger al demandado y no al demandante. Así equivalía a una simple casación y no a una nueva instancia, puesto que no sustituía nada al acto que anulaba".

Merece también destacarse como institución que guarbaba alguna analogía o similitud con el recurso de casación "la *supplicatio ad-principem*", que consistía en la facultad que tenía el soberano para revisar, a instancia de parte, los fallos de última instancia dictados por los prefectos del Pretorio. El Emperador apenas ejercía la función de suspender el cumplimiento de la sentencia.

Posteriormente, la *supplicatio* fue delegada a los Prefectos del Pretorio, dando lugar a la *retractatio*, en virtud de la cual aquellos funcionarios tenían la potestad de revisar sus propios actos. Sólo era eficaz, si se intentaba dentro de los dos años siguientes a la expedición de la sentencia.

Más tarde la *supplicatio* fue reglamentada por Justiniano en el sentido de limitar a diez días el término que tenían las partes para la interposición del recurso, a contar de la fecha de la respectiva sentencia. También estableció dicho jurisconsulto que el litigante que quería la ejecución del fallo, debía otorgar caución, es decir, que en el Derecho Romano se conoció la institución de la ejecución provisional de la sentencia sujeta a algún recurso, bajo el riesgo y garantía del litigante triunfador, que reconoce expresamente el artículo 525 del C. J., en lo que respecta al recurso de Casación.

Todas las instituciones de que hemos hablado tenían alguna analogía con la casación, pero en el fondo venían a constituir verdaderos recursos ordinarios que daban lugar a una nueva instancia donde se debatían, en la misma forma que en el primero y segundo grado, el derecho de las partes y las cuestiones que planteaba la controversia.

La institución más afin con el remedio extraordinario de la casación era la "*querella nulitatis*", por medio de la cual se autorizaba la anulación de sentencias civiles por defectos de procedimiento o por ser el fallo contrario a derecho, puesto que consagraba las causales de errores in-procedendo y errores in-judicando que hoy sirven de fundamento a la casación.

El origen moderno del recurso de casación fue Francia de cuya legislación fue tomada por los países latinos y tal vez por el pueblo alemán.

Pór medio de la ley de 10. de noviembre de 1790 se estableció el Tribunal de Casación como una emanación o prolongación del Poder Legislativo, con un fin de vigilancia estricta y se-

vera del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes; de manera que al principio en dicho país aquel Tribunal no formaba parte del Poder Judicial, sino que ocupó un lugar entre el Legislativo y Judicial, para el efecto de establecer la fiel observancia de las leyes sustantivas.

La Corte de Casación Francesa está formada por tres Salas denominadas Casación Civil, Casación Criminal y de Requetes. Cuando la Sala de Casación Civil infirma el fallo, no se convierte en Tribunal de instancia, es decir, no dicta la decisión que deba reemplazar al fallo casado, sino que pasa el negocio a otra Corte de Apelación para que ésta pronuncie la sentencia.

El fundamento del recurso en el Derecho Francés no es otro que el de violación de la ley sustantiva, aunque también se reconocen como motivos de acusación contra la sentencia los errores in-procedendo, por algún defecto en el fallo mismo o en la actuación anterior a la sentencia.

En Colombia, durante el tiempo en que rigió el sistema federal, en el período de 1854 a 1886, no se pudo establecer el recurso de Casación, porque siendo una de las finalidades de éste la de uniformar o unificar la Jurisprudencia Nacional, dicho objeto no podía obtenerse, cuando los Estados Federales tenían su legislación propia.

Solamente después de que se expidió la Constitución de 1886 que cambió el sistema Federal por el Unitario, se hizo posible la institución del remedio extraordinario de la Casación, en materia Civil y Penal, la cual vino a crearse por la ley 105 de 1890, y reglamentarse más tarde por la 169 de 1896 que determinó las causales de Casación.

Por estos motivos, en el artículo 149 de la ley 40 de 1907 se estatuyó, como una de las condiciones necesarias para la prosperidad del Recurso de Casación, la de que la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior se funde o haya debido fundarse en leyes que rijan o hayan regido en toda la República, a partir de la vigencia de la ley 57 de 1887, que unificó la legislación nacional, o en leyes expedidas por los extinguidos Estados que sean idénticas en esencia a las nacionales que están en vigencia.

Diferencias entre la apelación y la Casación

Por varios aspectos se diferencia el recurso de casación de la apelación.

Este tiene el carácter de ordinario; el primero, de extraordinario; la apelación genera una instancia, la segunda, en tanto que la casación no implica, como algunos lo han creído, una tercera instancia; es más general el recurso de alzada, porque éste se puede interponer contra los autos interlocutorios y sentencias, proferidos en la primera instancia, sin limitación alguna por razón de la calidad o la cuantía del juicio, mientras que la casación sólo tiene cabida respecto de los fallos de segundo grado dictados por los Tribunales Superiores, en los juicios ordinarios o en los especiales, expresamente indicados en el artículo 519 del C. Judicial, siempre que la cuantía de los primeros y de los segundos alcance a tres mil y cinco mil pesos m/l., respectivamente.

Finalmente, se puede decir, que en el recurso de apelación en que hay una verdadera instancia se pueden aducir nuevas pruebas, alegar otras pretensiones y medios nuevos, los cuales están prohibidos en el recurso de casación.

Decisiones sujetas a Casación

Varias condiciones se necesitan para que respecto de una decisión judicial tenga cabida el recurso de casación, a saber: 1a. La decisión debe ser una sentencia de segunda instancia; 2a.—Debe ser pronunciada por el Tribunal Superior; 3a.—Debe ser proferida en juicio ordinario o especial que se haya convertido en ordinario, cuya cuantía llegue a tres mil pesos, o en los procedimientos especiales, indicados en los ordinales segundo y tercero del art. 519 del C. J., siempre que el valor llegue a cinco mil pesos.

También están sujetas al recurso de casación las sentencias proferidas en el mismo grado de jurisdicción por los Tribunales en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil, como por ejemplo, la que resuelve sobre la ilegitimidad del hijo o hace la declaración de filiación natural.

De lo dicho anteriormente se deduce que el fallo contra el cual tiene cabida la casación debe ser de segunda instancia, y además, proferido por el Tribunal Superior.

Si se trata de una sentencia de primera instancia dictada por el Juez municipal, ésta tiene apelación ante el Juez de Circui-

to; al pronunciarse por éste, en el mismo grado de jurisdicción, es apelable el fallo ante el Tribunal Superior; si es ésta corporación la que en primera instancia resuelve la controversia civil, la decisión es recurrible ante la Sala de Negocios generales de la Corte Suprema de Justicia.

Explicando de manera concreta el artículo 519 del Código Judicial se puede decir que el recurso de casación es dable interponerlo contra los siguientes fallos de segunda instancia:

1o.—Los pronunciados en los juicios ordinarios cuando la cuantía de éstos alcance a tres mil pesos (\$ 3.000).

2o.—Los proferidos por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios que versen sobre el estado civil de las personas, legitimidad o ilegitimidad de un hijo, filiación natural, etc., sin tener en consideración la cuantía del litigio;

3o.—Los que se dicten, en segundo grado, por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios indirectos, es decir, especiales que se convierten en ordinarios por la oposición de alguna de las partes o porque así lo disponga la ley, cuando el valor del litigio llegue a tres mil pesos o exceda de este valor, tal como ocurre en los juicios sobre declaración de bienes vacantes y mostrencos (842 C. J.), de capellanías laicas (849), deslinde y amoniamiento (870), pactos accesorios de la compraventa (1.096) y de rendición de cuentas (1.132).

4o.—Los de segunda instancia proferidos por los Tribunales Superiores aprobatorios de particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión o de liquidación de sociedades civiles, comerciales y conyugales, disueltas, cuando el valor del juicio llegue a cinco mil pesos (\$ 5.000.00); y

5o.—Los de graduación de créditos pronunciados por los Tribunales, en segunda instancia, en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores, cuando alcancen el valor expresado en el numeral anterior.

No están sujetas al recurso de casación las sentencias sobre graduación de créditos que dicten, en segunda instancia, los Tribunales Superiores, en los juicios sobre quiebras, con arreglo al Decreto número 750 de 1940, aunque la cuantía del juicio pase de cinco mil pesos.

Por lo tanto, dicho recurso extraordinario no puede interponerse contra las sentencias de segunda instancia proferidas por

los Tribunales Superiores, aunque el valor de las acciones exceda de cinco mil pesos, en los juicios especiales de alimentos, expropiación, imposición, variación o extinción de una servidumbre, posesorios, autorización para que el hecho debido se ejecute por un tercero a expensas del deudor, pago por consignación, ejecutivos, pactos accesorios de la venta, a menos que éste se convierta en ordinario, tenencia o lanzamiento del arrendatario o restitución de la cosa por el mismo, rendición de cuentas, división de grandes comunidades, prestación o relevo de fianza, acción hipotecaria y prendaria, asuntos varios, procedimiento verbal y de separación de bienes, cuando se adopta la vía especial, y finalmente, el mismo recurso resulta ineficaz, contra las sentencias dictadas por los Tribunales de Arbitramento, y las de segundo grado emanadas de los Tribunales Superiores en asuntos de jurisdicción voluntaria.

Es bueno advertir, también, que el artículo 559 de la ley 94 de 1938 consagra el recurso de casación para las sentencias de segunda instancia dictadas por las Salas Penales de los Tribunales Superiores en procesos de la misma índole, en lo que respecta a la indemnización de perjuicios originada por el delito, cuando esta excede de tres mil pesos (\$ 3.000) y que el art. 3o. de la ley 75 de 1945 otorga igual remedio extraordinario contra las sentencias proferidas por los Tribunales Seccionales del Trabajo en juicios cuya cuantía exceda de mil pesos, o cuando quiera que la decisión implique cuestiones fundamentales de principios en el Derecho del Trabajo, casación que se concede hoy ante el Tribunal Supremo del Trabajo, entidad denominada antes Corte del Trabajo.

Tiempo en que se debe interponer el recurso de casación

Según el artículo 521 del C. Judicial dicho recurso se puede establecer desde que se publica la sentencia hasta el último de los quince días siguientes al en que quede surtida a todas las partes la notificación del fallo o la del auto recaído a la solicitud que se haga sobre aclaración o adición del mismo, período, que como se ve, es bastante amplio, porque después de la publicación de la sentencia, es menester dejar transcurrir diez días para la notificación de la misma, por edicto, el cual se fija por el plazo de cinco días.

Quiénes pueden interponer el recurso

De acuerdo con el artículo 522 del Código Judicial el recurso de casación se puede interponer por persona hábil, entendiéndose por tal, el demandante o el demandado, el codemandante o codemandado, si hay litis-consorcio activo o pasivo, el interviniente denunciado, y también, el interviniente litis consorcial, o sea, aquel tercero que comparece al litigio, porque la sentencia le aprovecha o perjudica.

El interviniente puro y simple que desarrolla en el proceso una actividad coordinada con la de la parte a quien adyuva no puede establecer el recurso de casación, si el litigante en cuyo favor interviene, no lo ha interpuesto.

Así ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia, entidad que ha reconocido el derecho indiscutible del interviniente litis consorcial para acudir al medio extraordinario de casación.

Aunque el artículo 522 del C. J. expresamente establece que el recurso de casación se interpone por medio de escrito, es decir, por medio de un memorial separado que la parte misma o el apoderado o su representante legal dirige al Tribunal, la Corte ha interpretado esta disposición en el sentido de que el recurso queda eficazmente propuesto, si el demandante o el demandado o cualquiera parte manifiesta que lo interpone en el acto de la notificación personal del fallo, dejándose de esta declaración la debida constancia.

Dicha corporación ha estimado que esa constancia literal equivale al escrito que como requisito o formalidad exige el artículo 522 del C. J.

Concesión del recurso

El Tribunal Superior para otorgar la casación necesita estudiar varios puntos. Es el primero, si el recurso se interpuso en tiempo, es decir, dentro de la oportunidad indicada por el artículo 521 del C. J.; en segundo lugar, debe examinarse si se estableció por persona hábil, o sea, demandante o demandado, litis consorte, interviniente denunciado, interviniente litis-consorcial, apoderado o representante legal de alguna de las partes; y finalmente, si se trata de una sentencia que se puede impugnar por ese medio extraordinario, al tenor del artículo 519 de dicho código.

También debe considerarse por el Tribunal Superior el interés jurídico del recurrente, pues ha establecido la jurisprudencia

cia de la Corte que si la parte se conforma con el fallo de primera instancia, sin establecer apelación, y la decisión de la segunda es confirmatoria de la sentencia de primer grado le está vedado al litigante interponer casación, por la falta en absoluto de interés jurídico en el recurso.

Fácil es para el sentenciador de segundo grado resolver si la casación se hizo valer oportunamente y si el recurso se interpuso por persona hábil o parte legítima. Lo que sí puede presentar alguna dificultad es determinar la cuantía del litigio para saber si debe o no conceder dicho remedio extraordinario.

Determinación de la cuantía

Cuando la acción versa sobre un valor conocido, expresado en cifras numéricas en las peticiones de la demanda, como en el caso de que se inicie un libelo ordinario para la declaración de que el demandado debe tres mil pesos m/l. por concepto de mutuo, resulta indiscutible que el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior está sujeto al recurso de casación. La cuestión de determinar la cuantía del pleito no es de fácil solución, cuando la acción recae sobre cuantía indeterminada, a pesar de la estimación que haga el actor en el libelo de demanda, como serían, reivindicación, la reivindicatoria de bienes inmuebles o muebles o la que verse sobre una obligación de entregar especies o cuerpos ciertos, o especies indeterminadas de género, o tenga por objeto la resolución, rescisión o nulidad de un contrato, con el aditamento de las prestaciones mutuas.

La Corte Suprema de Justicia había establecido la doctrina de que la estimación hecha por el demandante en el libelo de demanda, no contradicha por el reo, servía de base indiscutible para determinar si era procedente o no el recurso de casación.

Pero esta jurisprudencia que no fue uniforme, pues algunos Magistrados de la Sala de Casación en lo Civil la combatieron acre y tenazmente, vino a ser modificada o cambiada posteriormente.

En efecto, la Sala de Casación ha sostenido últimamente que la estimación de la cuantía hecha por el demandante en el libelo de demanda sólo trata de establecer si la acción es de mayor o de menor cuantía, es decir, si corresponde el conocimiento del juicio al juez de Circuito o Municipal; pero que en manera alguna puede reputarse como base irrefragable para la concesión

del recurso de Casación, y que, por consiguiente, en caso de duda por parte del Tribunal acerca del valor del pleito, puede usar de la facultad que le confiere el artículo 524 del Código Judicial, o sea, nombrar peritos para que éstos fijen el interés económico de la demanda.

De acuerdo con la primera doctrina sustentada antes por la Corte, si el demandante, tratándose de una acción reivindicatoria de un inmueble había apreciado la acción en más de tres mil pesos (\$ 3.000), sin contradicción del reo, y en ese negocio dictaba sentencia de segunda instancia el Tribunal Superior, necesariamente debía concederse el recurso de casación, a pesar de las dudas que pudiera abrigar el Tribunal Superior sobre el verdadero valor del litigio y aunque hubiera pruebas suficientes de que el interés de la acción no llegaba a dicha suma. En cambio, si el actor, en el mismo ejemplo propuesto, hubiera fijado como máximo de la cuantía del litigio la suma de dos mil ochocientos pesos (\$ 2.800) no obstante la existencia de datos en el juicio que pudiera indicar que el valor de la acción sobrepasa a tres mil pesos (\$ 3.000), debía negarse por el Tribunal la Casación que cualquiera de las partes interpusiera contra el fallo de segunda instancia, sin que se pudiera apelar al procedimiento señalado por el artículo 524 del Código Judicial.

En los casos expuestos, según tesis de la Corte, el Tribunal Superior puede acudir al dictamen pericial.

Avalúo por peritos

Este tiene lugar, decretado de oficio por el Tribunal Superior, y por medio de peritos que la misma Corporación designa, cuando interpuesto el recurso de casación concurren las siguientes circunstancias: 1a.—Que sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda; y 2a.—Que haya verdadero motivo de duda acerca de este punto.

Por consiguiente, lo que se dispone en el artículo 524 del C. J. no tiene aplicación, cuando la acción versa sobre cuantía conocida en forma de que no haya duda acerca de su valor, y cuando no es necesario tener en consideración el interés económico de la demanda, por tratarse de un fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior, en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil.

El justiprecio por peritos se hace a costa de la parte recu-

rrenté, y si deja de practicarse por culpa de ella, dentro del término que el Tribunal señala, se da por no interpuesto el recurso y se devuelve el proceso al juzgado de primera instancia.

Este es uno de los casos de desistimiento tácito del recurso de casación, y contra la providencia que lo declare no interpuesto, no se concede el de hecho, el cual sólo tiene cabida cuando se deniega la casación.

Apenas se puede interponer contra el proveído que dé por no interpuesta la casación, el recurso de reposición.

Si de acuerdo con el avalúo dado por los peritos, una vez que esté en firme, no es procedente la casación, con arreglo al artículo 519 del C. J., el Tribunal debe negar el recurso, providencia contra la cual se puede establecer el recurso de hecho.

Si, por el contrario, resulta del justiprecio dado por los expertos que la cuantía de la acción, tratándose de juicio ordinario o especial convertido en ordinario, llega a tres mil pesos (\$ 3.000) o excede de este importe, o pasa de cinco mil pesos (\$ 5.000), en los juicios especiales indicados taxativamente por el artículo 519 del C. J., incumbe al Tribunal Superior la concesión del recurso de casación.

Es claro que el dictamen de los peritos debe ponerse en conocimiento de las partes, y que cualquiera de éstas, dentro de la oportunidad legal, puede objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

En caso de que éllo ocurra se sustancia la correspondiente articulación para decidir sobre las glosas formuladas al experticio. Si resultan fundadas, se dispone nuevo avalúo por peritos designados por el Tribunal; en el evento contrario, el avalúo queda en firme y servirá de base a dicha corporación para conceder o rechazar la casación.

Ejecución provisional de la sentencia

Implica una innovación lo dispuesto por el artículo 525 del Código Judicial. Esta disposición permite, no obstante la concesión del recurso de casación, el cumplimiento de la sentencia, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1o.—Que la parte favorecida con el fallo pida la ejecución; y 2o.—Que la misma parte preste caución real suficiente, es decir, hipotecaria o prendaria, no personal, a juicio de la corporación, para responder en su caso de la restitución de cuanto ella reciba y del perjuicio que por la ejecución se origine.

La solicitud del litigante favorecido con el fallo debe hacerse dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto que concede el recurso, lo que quiere decir que si ya ha vencido este plazo, el derecho ha precluido, fuera de que el Tribunal Superior ha perdido absolutamente la jurisdicción en el negocio con la ejecutoria de la providencia que admite dicho recurso extraordinario.

Cuando el Tribunal niega el recurso de casación a la parte desfavorecida con el fallo, y ésta acude a la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, por la vía del recurso de hecho, y éste es admitido, la solicitud del litigante beneficiado con la sentencia, para que ésta se ejecute provisionalmente, debe formularse ante la Corte dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que declara procedente el recurso de hecho y admite la casación.

Si tal cosa ocurriere, el expediente debe devolverse al Tribunal Superior para que resuelva sobre todos los ordenamientos del artículo 525 del Código Judicial, los que una vez cumplidos, obligan a la restitución del juicio ante la Corte a fin de que ésta tramite el incidente sobre admisión del recurso.

La caución real que corresponde otorgar a la parte favorecida debe prestarse dentro del término que señale el Tribunal, el que no puede pasar de quince días, y si la seguridad consiste en una fianza hipotecaria, la respectiva Sala de decisión debe intervenir en el otorgamiento de la escritura, y una vez inscrita ésta, copia de ella debe agregarse al expediente.

Recién vigente el actual Código Judicial, por ser el artículo 525 de dicho estatuto una disposición nueva, se suscitó la cuestión legal de interpretar lo que se entiende por ejecución provisional de la sentencia favorable a la parte, sujeta a casación.

Algunos pensaron que dicho precepto únicamente se refería a la forma de ejecución del fallo que se contempla en el artículo 551 del Código Judicial, cuando la sentencia ordena la entrega de alguna cosa inmueble o mueble, y no a los otros eventos del cumplimiento de las resoluciones judiciales que exigían la vía ejecutiva o la incidental de que trata el artículo 553 *ibidem*.

Como en el informe de la comisión revisora se expresó que la institución del cumplimiento provisional se tomó del Código chileno, hubo necesidad de consultar la jurisprudencia de este país para determinar el alcance de la nueva disposición, y si, en

realidad, élla se refería a todas las formas de ejecución que el Código Judicial consagra para las resoluciones judiciales.

Entonces se pudo establecer, mediante dicho estudio, que la práctica de los Tribunales chilenos admitía como ejecución provisional de la sentencia, recurrida en casación, todas las formas de cumplimiento, es decir, la vía ejecutiva, la de la entrega al demandante del bien inmueble o mueble, cuando el fallo ordenaba la restitución de estas cosas, y también, la vía incidental que nuestro estatuto procesal consagra en el artículo 553 del Código Judicial.

De suerte que si el fallo sujeto a casación dispone la entrega de cosa raíz o mueble y la parte favorecida, previo el otorgamiento de caución real, ha demandado el cumplimiento provisional, la decisión judicial se ejecuta de la manera indicada por el artículo 551 del Código Judicial. En igual forma, si el fallo sometido a casación y cuya ejecución provisional se ha dispuesto, declara alguna obligación de pagar una cantidad líquida de dinero, o especies indeterminadas de género o de hacer, es perfectamente viable el cumplimiento de la sentencia por la vía del procedimiento ejecutivo; y si, finalmente, la sentencia susceptible del recurso extraordinario ha reconocido la obligación, en abstracto, de pagar una cantidad ilíquida por concepto de perjuicios, frutos u otra cosa semejante, y se ha pedido el cumplimiento provisional, una vez dispuesto éste, se procede a la ejecución por la vía incidental a que se refiere el artículo 553 del C. J.

No todas las sentencias son susceptibles de dicho cumplimiento provisional. El Código exceptúa aquellas en que se ventilen cuestiones relativas al estado de las personas, y en general, las que por su naturaleza especial no permitan ninguna forma de ejecución.

Las sentencias son de condena, declarativas, y constitutivas o modificativas.

Es claro desde luego que los fallos de la primera clase se pueden ejecutar en forma definitiva o provisional; pero no ocurre lo mismo con las sentencias declarativas o reconocitivas cuando sólo se limitan a constatar la existencia de un hecho jurídico importante, como sucedería con la decisión en que se reconociera que determinada persona, el poseedor, ha adquirido un bien inmueble, a título de prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria.

Las sentencias constitutivas o modificativas, en algunos casos, contienen pronunciamientos de condena, y por lo tanto, en esta parte, se pueden ejecutar o cumplir definitiva o provisionalmente.

Y cuando no contienen declaraciones de condena, como sucede con la sentencia que decreta el divorcio o la separación de bienes, ésta debe ejecutarse mediante la promoción del juicio tendiente a la liquidación de la sociedad conyugal.

De manera que se puede decir que sólo los fallos que versen sobre el estado civil de las personas, legitimidad o ilegitimidad del hijo, filiación natural, y quizás sobre nulidad del matrimonio civil, así como también las decisiones meramente declarativas o reconocitivas, cuando no conllevan una condena, escapan al cumplimiento provisional que consagra el artículo 525 del C. Judicial.

Si el fallo ejecutado provisionalmente es casado por la Corte, dispone el artículo 541 *ibidem* que quedan anulados todos los actos que hayan tenido por base dicha sentencia, y proceden las restituciones o indemnizaciones de que habla el texto citado.

Ningún peligro se presenta, cuando el fallo ejecutado provisionalmente condena a la entrega de un bien raíz o mueble, porque infirmado por la Corte, queda nula la entrega, y en consecuencia, el demandante debe restituir la cosa al demandado. En caso de que el demandante haya enajenado el inmueble, ningún detrimento sufre el demandado, porque vigente la inscripción de la demanda, la que sólo puede cancelarse una vez terminado el juicio, al comprador de la cosa le perjudica la sentencia de la Sala de Casación en lo Civil y, por lo tanto, no podría formular oposición a la entrega que debe verificar el reivindicador al poseedor.

Pero serios problemas pueden presentarse, cuando se ejecuta provisionalmente una sentencia que verse sobre la entrega de una cantidad líquida de dinero o especies indeterminadas de género o sobre la obligación de hacer, por la vía ejecutiva, y el juicio ejecutivo finaliza, antes de que se decida el recurso de casación.

Cabe preguntar en este caso: ¿La infirmación del fallo por la Corte invalida o no los actos de remate cumplidos en el juicio ejecutivo, o sólo produce como consecuencia la obligación de restituir o indemnizar por parte del acreedor ejecutante?

Porque, en el primer evento, si se trata de una nulidad de

carácter procedimental, una vez aprobado el remate, ella sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante, aplicando por analogía el último inciso del artículo 457 del Código Judicial.

Para evitar tales inconvenientes, creemos que en el caso de que se ejecute provisionalmente una sentencia de condena, por la vía ejecutiva, no se debe proceder al remate de bienes, ni al pago al acreedor, mientras no se haya definido el recurso de casación, aplicando en tal situación, por estrecha analogía, lo que establece el artículo 1.032 del Código Judicial cuando falta la firmeza del auto ejecutivo, porque el deudor ha interpuesto el recurso de apelación que no ha sido decidido por el Juez ad-quem.

En el caso a que nos referimos falta la firmeza del título ejecutivo, consistente en la sentencia que se está cumpliendo, situación tan grave como la inestabilidad del mandamiento de pago.

Recurso de hecho por rechazo de la casación

Siempre que se deniegue la casación por el Tribunal Superior, procede el recurso de hecho que se establece ante la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, recurso que se regula por las disposiciones de los artículos 513, 514, 515 y 516 del Código Judicial.

Cabe observar que para la prosperidad del recurso de hecho, la Corte está obligada a estudiar el elemento de la cuantía, fuera de los otros presupuestos consistentes en la naturaleza del fallo, oportunidad de interposición de la casación y habilidad del recurrente, lo cual no sucede, en cuanto al primer punto, en el incidente sobre admisión del recurso que se reglamenta en los artículos 528 y 529 del C. J.

En la tramitación del recurso de casación no caben otras incidencias, según lo ha dicho la Corte en varias decisiones, que las de recusación, restitución de términos, y también la de desistimiento.

Por consiguiente, no son procedentes los incidentes de acumulación de autos, competencia y nulidad que pueden promoverse en cualquiera de las dos instancias del juicio.

Causales de casación

Estas que son de carácter taxativo están indicadas en el artículo 520 del Código Judicial, el cual enumera las siguientes:

1a.—Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

2a.—No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

3a.—Contener la sentencia en su parte resolutive declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella.

4a.—Haberse acordado el fallo con menor número de votos del exigido por la ley.

5a.—Haber concurrido a dictar sentencia un Magistrado cuya recusación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiere desestimado siendo procedente.

6a.—Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley.

7a.—Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así el fallo.

En el anterior Código de Procedimiento se consagraban las causales de los números 1o., 2o., 3o. y 7o.; pueden considerarse nuevas, las señaladas con los numerales 4o. y 5o., y la 6a. se modificó en la ley 105 de 1931, pues se hizo extensiva también a los motivos de nulidad de ilegitimidad de la personería y falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Hubo una variación de alguna importancia, pues en la anterior legislación procedimental únicamente se podía invocar como motivo de acusación para la sentencia de segundo grado la existencia en el proceso de la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción.

Clasificación técnica de las causales

Las causales de casación que se han enumerado pueden agruparse en dos clases: **error in procedendo** y **error in iudicando**.

No se toma aquí el término error como un vicio de la voluntad o del consentimiento como ocurre en los actos o contratos de carácter civil, sino como un defecto de la actividad o del acto, sin que juegue papel de trascendencia, especialmente, si hay error in iudicando, la condición psicológica del fallador, es decir, que el falso juicio o el desacertado razonamiento se realice a sabiendas o no de la infracción directa de la ley.

Da lo mismo, por tanto, para impugnar una sentencia proferida por el Tribunal Superior por error in iudicando que el falso juicio del fallador sea voluntario, o sea, que violó la ley a sabiendas o con ignorancia de la transgresión.

El error in procedendo implica un vicio o defecto de que puede adolecer el procedimiento anterior a la sentencia o la actuación previa o que se halle en la sentencia misma.

Por lo tanto, el error in procedendo se puede dividir en dos subespecies. Se presenta la primera, cuando el vicio o defecto está en el procedimiento anterior al fallo, y ocurre la segunda, cuando el vicio de la actividad se encuentra en el fallo mismo.

Pertenece a la primera subespecie la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, consistente en haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley.

Lógico y fundado es este motivo de casación. La competencia del fallador que es uno de los presupuestos procesales se fundamenta en un motivo de orden público, porque un fallo proferido por funcionario incompetente no puede obligar a las partes en el juicio; tampoco puede producir efectos contra los litigantes una sentencia dictada en un proceso en que no figuran los verdaderos titulares del derecho y la obligación o sus legítimos representantes, y finalmente, la falta de citación o emplazamiento del reo o de las personas que deben ser llamadas al juicio implica el desconocimiento del derecho de defensa, garantía que consagra nuestra Constitución Nacional como elemento indispensable para que obligue al demandado una decisión judicial.

Pero para que prospere la causal que venimos estudiando es necesario que el motivo de nulidad no haya sido saneado en conformidad con la ley, lo que quiere decir que en aquellos casos en que no se puede alegar la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería y la falta de citación o emplazamiento, o cuando cualquiera de dichas causales de nulidad se han saneado por un acto de convalidación o cuando propuestas en el juicio no han prosperado, previos los trámites del correspondiente incidente, no puede fundamentar cualquiera de dichas irregularidades la infirmación del fallo.

A la segunda subespecie de errores in procedendo pertenecen las causales 2a., 3a., 4a. y 5a. del artículo 520 del C. J. que pasamos a estudiar en el orden indicado.

2a. causal.—Uno de los requisitos que debe llenar la sentencia, con arreglo al artículo 471 del C. J., es el de que guarde consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Quiere ello decir que el fallo, para que sea congruente, debe resolver sobre todas y cada una de las acciones ejercitadas por el demandante; sobre las excepciones y oposición que formule el demandado; sobre la demanda de reconvencción que éste proponga dentro del juicio, y en una palabra, sobre todas las cuestiones litigiosas y pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso.

Esta congruencia, como lo explicamos atrás, debe observarse por el fallador respecto de las partes, o sean, los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica-procesal; en cuanto al objeto; respecto de la causa jurídica de la acción y en lo atinente a la acción misma.

La incongruencia puede ocurrir por exceso o por defecto, cuando se decide sobre puntos ajenos al litigio (*ultrapetita*), o deja de resolverse sobre las cuestiones materia del juicio (*extrapetita*), o cuando se condena a más de lo pedido al demandado (*plus petita*), o cuando deja de fallarse sobre las excepciones alegadas por el reo (*mínima petita*).

No puede considerarse incongruente el fallo cuando ocurre la *infra-petición*, o sea, cuando el Juez adjudica menos de lo pedido o reduce o cercena el derecho del demandante, siempre que sobre la parte desconocida se haga el debido pronunciamiento; pero aquella sí puede dar origen a la incongruencia, en el ca-

so de que el Juez deje de resolver sobre algunos puntos litigiosos, y si lo que realmente sucede es que se merma el derecho del actor, por falta de apreciación o apreciación errónea de alguna prueba, entonces se incurre en un verdadero error in-judicando, por violación directa de la ley sustantiva que puede invocarse como causal de acusación del fallo, según el numeral 1o. del artículo 520 del C. J.

Es menester advertir que la incongruencia del fallo debe buscarse en la parte resolutive o dispositiva y no en la motiva.

Sin embargo en algunas legislaciones, se puede alegar como motivo de casación la inconsonancia que presenta la sentencia en la parte motiva.

3a. causal.—Dos requisitos se necesitan para que se presente este motivo de impugnación de la sentencia, a saber: 1o. Que ésta en su parte resolutive contenga declaraciones o disposiciones contradictorias; y 2o.—Que este defecto de la sentencia subsista a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella.

Por consiguiente, dicho motivo de casación no se puede invocar cuando el fallo es contradictorio en su parte motiva, o cuando conteniendo declaraciones opuestas en la parte resolutive o dispositiva, la parte no ha ejercitado el derecho de aclaración que consagra el artículo 482 del C. J.

Adolecería del defecto indicado el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior en una acción reivindicatoria de inmueble, en el cual se reconoce el derecho de dominio del actor sobre el bien y se condena al demandado a la restitución, al mismo tiempo que se declara la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, de carácter ordinario o extraordinario, o la sentencia en que se condena al demandado a la obligación de pagar una suma líquida de dinero, y a su vez, reconoce la excepción perentoria total de pago, novación o confusión.

4a. causal.—Ocurre ésta cuando se acuerda el fallo con menor número de votos del exigido por la ley.

Este motivo de casación es nuevo, y su fundamento lo expresa la comisión revisora en los siguientes apartes:

“A los motivos de casación definidos en la ley 169 de 1896, al artículo 520 del proyecto añade los distinguidos con los numerales 4o., 5o. y 6o., que son los siguientes: 4o.—“Haberse acordado el fallo con menor número de votos del exigido por la ley”, 5o. “Haber concurrido a dictar sentencia un Magistrado cuya re-

cusación, fundada en causa legal, estuviese pendiente, o se hubiere desestimado, siendo procedente". 6o.—"Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley". Estas tres causales las hallamos en códigos extranjeros y su adopción está justificada por razones que en nuestro concepto son decisivas. Las marcadas con los numerales 4o. y 5o. dicen relación a irregularidades muy graves, puesto que afectan radicalmente la base misma de la competencia de los tribunales, y la del ordinal 6o. permite subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada".

La causal 4a., como su contenido lo indica, viene a implicar más que un vicio o defecto de la sentencia, su inexistencia, desde el punto de vista procesal.

El artículo 50 del Código Judicial exige cuando la sentencia se dicta por alguna corporación, Corte Suprema de Justicia, o Tribunal Superior, mayoría absoluta de votos en cuanto a la parte resolutive o dispositiva del fallo y mayoría relativa en cuanto a la parte motiva.

Mayoría absoluta, tratándose de una sala formada por un número par de Magistrados, viene a ser la mitad más uno, y cuando es impar el número de Magistrados, la mayoría absoluta está representada por el número inmediatamente superior en cualquier fracción a la mitad. Así, la mayoría absoluta de una sala formada por cinco Magistrados, es tres, y en la Sala de decisión de un Tribunal Superior, la mayoría absoluta debe estar integrada por dos Magistrados, viniéndose así a confundir con la mayoría relativa.

Mayoría relativa en una Sala o Corporación es el grupo superior numéricamente a cualquiera otro de los grupos en que se divida la Sala.

Por consiguiente, si en una Sala de decisión del Tribunal Superior se dicta sentencia, estando en desacuerdo cada uno de los tres Magistrados respecto de la parte resolutive, en forma de hacer los pronunciamientos que ha acogido el Magistrado ponente, con salvamento de voto de cada uno de los otros Magistrados, dicho fallo que no ha obtenido la mayoría requerida por la ley, y que, por tanto, se puede considerar como inexistente, es acusable ante la Sala de Casación en lo civil de la Corte Supre-

ma de Justicia, por la parte agraviada, con base en la causal cuarta del artículo 520 del Código Judicial.

5a. causal.—Haber concurrido a dictar sentencia un Magistrado cuya recusación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiere desestimado siendo procedente.

De los términos bastante claros de la disposición anotada se deduce que para invocar esta causal es menester que se haya promovido por alguna de las partes el incidente de recusación de algún Magistrado, que esté pendiente, o se haya decidido en firme, declarándose improbadamente la causal de impedimento, siendo notoriamente conducente; por lo tanto, si lo que ocurre es que uno de los Magistrados está impedido para conocer del negocio e interviene en la sentencia, sin que se haya introducido la incidencia de recusación, en manera alguna puede alegarse el expresado motivo de casación.

Esta causal de casación, en lo atinente al primer hecho, tiene su fundamento en el numeral segundo del artículo 147 del Código Judicial, ya que la jurisdicción de la Sala sentenciadora se suspende desde el momento mismo en que se provoca el incidente de recusación hasta que éste se decida en providencia, declarando no probado el impedimento, y se ejecutoria la decisión.

Pero no se ve una razón muy justificada para que se pueda acusar una sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior, cuando intervino en la decisión un Magistrado a quien se le siguió un incidente de recusación por una causal que se declaró no probada, aunque se juzgue que era procedente.

No obstante lo dicho, puede aceptarse lo dispuesto en la ley como una demostración de la imparcialidad y rectitud que deben mostrar los funcionarios judiciales en la decisión de las controversias que se susciten entre particulares.

7a. causal.—Haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo.

Cuando un Tribunal es competente para conocer de un negocio civil y se abstiene de fallarlo, alegando su incompetencia, incurre en denegación de justicia.

Este hecho viene a implicar lo que se llama en derecho abuso del poder, que puede presentarse cuando se ejecutan actos por las autoridades judiciales, sin autorización expresa de la ley, o cuando ésta se los prohíbe, o cuando, por el contrario, se nie-

gan a realizar un acto para el cual están autorizados expresamente o facultados por la ley sustantiva.

De manera que un Tribunal que se niegue a fallar, no obstante ser el negocio civil de su competencia, incurre en un abuso del poder, para el cual debe brindar la ley algún recurso, que no puede ser otro que el de casación, porque la apelación, tratándose de una providencia de segunda instancia, resultaría improcedente.

Error in judicando

Este no consiste en un defecto de la sentencia o de la actuación previa al fallo, sino en un falso juicio o en un desacertado razonamiento que lleva al fallador a la violación directa de la ley sustantiva, bien por infracción, por aplicación indebida o interpretación errónea.

Como lo expusimos atrás no tiene trascendencia para la efectividad del recurso de casación, que el notorio error del Juez en la aplicación de la ley ocurra, con conocimiento pleno de que está cometiendo la infracción del precepto legal sustantivo, o sin dicho conocimiento, es decir, de buena fe, pues en uno y otro caso siendo la sentencia violatoria de la ley, hay motivo suficiente para acusarla ante la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Ocurre con alguna frecuencia el error in-judicando por parte del fallador de segunda instancia, pues siendo la ley sustantiva un precepto general, en la aplicación de ésta al caso particular o concreto sobre el cual rueda la controversia, es fácil que el Juez de apelación incurra en falsos razonamientos que lo conduzcan a la violación directa de la ley sustantiva, bien por infracción, aplicación indebida o interpretación errónea.

El error in-judicando, como motivo de casación, está reconocido en el artículo 520 del C. J., en su numeral primero, que textualmente dice lo siguiente: "Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea".

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Los dos apartes del número 1o. del artículo 520 del Código Judicial sólo contemplan un solo motivo de casación, pues la apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas pueden conducir a la acusación de la sentencia de segundo grado, cuando el error de hecho o de derecho o la desestimación de la prueba implican una verdadera violación de la ley sustantiva.

Debemos, por tanto, precisar, lo que se entiende por ley sustantiva.

Desde tiempos inmemoriales los juristas han clasificado las leyes en dos categorías: sustantivas y adjetivas.

Ley sustantiva es la que otorga o reconoce algún derecho, y ley adjetiva, la que señala el procedimiento para hacerlo efectivo.

La ley sustantiva, en algunos casos, se limita a reconocer simples derechos naturales, como cuando declara que el hijo de familia puede pedir alimentos al padre, o cuando garantiza el derecho de propiedad; en otros, la ley sustantiva se concreta a crear el derecho.

Peca, por demasiado simplista, el criterio que se adopta por algunos expositores para clasificar las leyes en sustantivas y adjetivas, de acuerdo con el Código en que se encuentran incorporadas.

Es oportuno observar que aun cuando la mayoría de los preceptos que se hallan en el Código Civil o en el de Comercio, tienen carácter sustantivo, sin embargo en estos estatutos se encuentran algunas disposiciones de mero carácter procedimental, como sucede, por ejemplo, con los textos que establecen la secuela para declarar la presunción de muerte por desaparicimiento, los relativos a apertura y publicación del testamento cerrado, y algunos otros.

En cambio, en el Código Judicial hay ordenamientos de carácter sustantivo, tales como los artículos 211, 212, 213 y 473 de dicho estatuto.

Pero para que la violación de la ley sustantiva dé lugar a la interposición del medio extraordinario de casación, se necesita que ella rija en todo el territorio de la República. Por consiguiente, el recurso no es procedente cuando se acusa el fallo proferido por el Tribunal de ser violatorio de un acuerdo municipal, ordenanza departamental o resolución o decreto legislativo, apenas vigente en una parte del territorio nacional.

Violación de las disposiciones constitucionales

La transgresión de estos preceptos casi nunca da cabida al recurso extraordinario de casación, porque en las controversias o conflictos entre particulares muy rara vez puede ocurrir que tengan aplicación inmediata las normas de la carta fundamental.

Es la violación de las leyes sustantivas que expide el legislador como desarrollo de los preceptos constitucionales, normas que se pueden incumplir en los litigios que surgen entre los particulares, por el Juez ad-quem, la única que puede fundamentar el recurso de casación.

Solamente en el caso de que la sentencia de apelación viole algunas de las disposiciones que establecen los derechos civiles y garantías sociales, es dable acusar el fallo ante la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, porque los preceptos de tal naturaleza perdieron su superestructura constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4o. de la ley 57 de 1887 que los declara incorporados en el Código Civil.

Ley extranjera

Generalmente la infracción de ésta no puede ser invocada como motivo de casación. Empero, si la ley colombiana dispone que en determinados casos rige la ley extraterritorial, su violación o aplicación indebida puede dar base para la interposición del recurso, porque en tal caso, se puede decir que no se infringió directamente la ley extranjera, sino la nacional que ordenó la aplicación de ésta.

Costumbre

La violación de la costumbre no puede dar lugar a la interposición del recurso de casación.

El fin principal de éste es unificar la jurisprudencia nacional, objetivo que únicamente se obtiene con la aplicación estricta de la ley que es "la manifestación de la voluntad soberana en la forma prevenida en la constitución".

Mas, si algún precepto del código civil o comercial ordena que en determinada situación jurídica rige la costumbre y ésta se acredita en la forma señalada por la ley sustantiva o adjetiva, la violación de dicha costumbre, que en tal caso tiene el carácter de

una norma legal, implica la causal a que se refiere el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial.

Ni la transgresión de la Jurisprudencia, ni la de los aforismos jurídicos, pueden invocarse para fundamentar el recurso extraordinario de casación.

Si la jurisprudencia de la Corte o de los Tribunales del país está conforme con la ley sustantiva, y el fallo del Tribunal se separa de los conceptos jurisprudenciales, es claro que en tal caso debe alegarse como motivo de casación la violación de la ley sustantiva; y si aquélla no guarda armonía con los preceptos civiles, y por el contrario, está en disconformidad con ellos, con menos razón se puede sostener que la transgresión de la doctrina de la Corte y de los Tribunales del país, podría dar asidero a la interposición del recurso extraordinario.

Con menos fundamento se podría alegar, como motivo de casación, la circunstancia de que el fallo de apelación viole, por ejemplo el axioma jurídico de que "nadie puede enriquecerse sin justa causa". Es menester que en tal caso se invoque por el recurrente un precepto sustantivo que reconozca el derecho que tiene el lesionado a la acción de restitución, en virtud de la teoría del enriquecimiento sin justa causa.

En tres formas puede haber violación de la ley, como se desprende claramente del numeral primero del artículo 520 del Código Judicial a saber: 1o.—Por violación directa; 2o.—Por aplicación indebida; y 3o.—Por interpretación errónea.

Habría violación directa de la ley, cuando la sentencia de segunda instancia la desconoce en absoluto y hace caso omiso de ella en el evento especial que estudia y resuelve; existiría interpretación errónea, cuando se entiende el precepto sustantivo en forma muy distinta de la señalada por el legislador, como ocurriría, por ejemplo, respecto del artículo 2o, de la ley 50 de 1936, si se reconociera acción de nulidad al que celebró el contrato a sabiendas del objeto o causa ilícitos y consecuentemente el derecho a la restitución, sobre la base de que dicho precepto vino a derogar el artículo 1525 del Código Civil; y se presentaría aplicación indebida del texto legal sustantivo, cuando no se aplica al caso controvertido el precepto especial que lo regula; sino la norma general.

Sobre los casos en que hay aplicación indebida de la ley existe una interesante sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de abril de 1936, publicada en los números 1.911

y 1912 de la "Gaceta Judicial", de la cual se extractan los apartes pertinentes.

"En realidad la primera causal de casación establecida por el legislador colombiano es la misma consagrada tanto en la ley francesa como en la ley italiana: violación de la ley".

"En esa violación de la ley ha podido incurrir el fallador de tres maneras: a).—Por infracción directa; b).—Por errónea interpretación; y c).—Por aplicación indebida.

Pero la aplicación indebida en el sistema colombiano, por expresa disposición legal, puede realizarse en una de estas tres formas:

Primera.—Cuando entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho, se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado, pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley;

Segunda.—Cuando se da como probado un hecho alegado, como básico, pero que manifiestamente no ha ocurrido, o viceversa, y sobre esa base se aplica la respectiva disposición legal —desde luego de una manera indebida— a un hecho, **inexistente**, o se deja de aplicar a un hecho **existente**;

Tercera.—Cuando la indebida aplicación proviene de que a una prueba se le ha dado un mérito distinto del que expresamente le atribuye la ley o se le ha dado el mismo que ella le ha fijado, pero fuera de las condiciones o sin los requisitos que la misma ley exige para que se la estime así.

En el segundo de los aludidos casos no es la mala o errada apreciación que el Juez de la causa haya hecho de las pruebas lo que puede fundar la casación. No basta, para que haya lugar a ésta, que se acredite una errónea, mala, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el supuesto de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de la prueba haya llegado a dar por resultado un verdadero, evidente o manifiesto error de hecho que a su turno implique una infracción de la regla jurídica, por haber sido ésta indebidamente aplicada a un hecho inexistente o no aplicada a un hecho existente. De tal manera que en el caso que se estudia lo que en rea-

lidad pueda determinar la infirmación del fallo es la violación de la ley producida por la aplicación de ésta sobre la base de un error manifiesto de hecho si es que a éste se ha llegado como consecuencia de la errada apreciación de la prueba.

"En toda disposición legal —dijo en admirable síntesis el juriconsulto colombiano Julián Restrepo Hernández— encontramos dos cosas, dos elementos infaliblemente: el elemento material y el elemento formal. El primero, el material, no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna. Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis, base de sus disposiciones, el caso de la ley, como dicen los prácticos. El otro elemento, el formal, el jurídico, es la conclusión jurídica que la ley saca del hecho, es la verdadera disposición legal que consagra derechos e impone obligaciones: el efecto legal y jurídico del hecho".

"Lo dicho por el doctor Restrepo Hernández sirve para explicar que el legislador colombiano haya partido de la base de que a la violación de la ley puede llegarse no sólo cuando se le da al hecho probado un efecto legal y jurídico distinto del atribuido a él por el elemento formal de la disposición legal, sino también cuando, por un error manifiesto, se ha aplicado el elemento formal de la disposición sobre el supuesto de que ocurrió un hecho que en realidad no ocurrió o de que no aconteció uno que manifiestamente sí aconteció.

"Eso mismo hace ver claramente que el error de hecho supone que la cuestión de hecho no es dudosa". Para que haya error evidente de hecho —ha dicho la Corte— es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". Sólo cuando no hay lugar a dudas o vacilaciones serias en cuanto a la existencia u ocurrencia de determinado hecho, y a pesar de ello el Tribunal ha partido de una base contraria a esa realidad, puede llegar la Corte a casar la sentencia acusada porque sólo entonces puede hablarse de una violación de la ley producida por una aplicación de ésta sobre la base de un error manifiesto de hecho resultante de la errónea apreciación de la prueba. Pero cuando ésta —la mala apreciación de la prueba— no ha dado por resultado un error manifiesto de hecho que a su turno implique la violación de la ley, no puede la Corte entrar a rectificar y enmendar tal apreciación".

"En el caso de error de derecho hay una contravención a la ley, que establece y valora la prueba respectiva, y además una

indebida aplicación de la regla jurídica en que se apoya el fallo, puesto que el error de derecho condujo a dar ilegalmente como probado un hecho que no lo estaba, o viceversa, y consecuentemente a aplicar la disposición sobre una base falsa".

"En síntesis: la causal de casación es siempre e invariablemente la violación de la ley sustantiva en el caso del inciso primero del artículo 520 del Código Judicial, y nunca la errónea apreciación de la prueba por sí misma. Esta errónea apreciación no tiene importancia en casación sino cuando como resultado de ella se ha incurrido en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que envuelva una contravención a la ley, por indebida aplicación, o en un error de derecho que implique indebida aplicación. Y el error manifiesto no se concibe sino cuando la cuestión de hecho no ofrece dudas, y, no obstante eso, el fallador ha partido de la base de que ocurrió lo que manifiesta e indudablemente, no ocurrió o viceversa".

"Pero además es necesario en todos los casos que la infracción legal haya tenido una efectiva incidencia sobre la parte resolutive del fallo. Si dicha parte resolutive encuentra en la parte motiva fundamentos suficientes, distintos e independientes de aquel o aquellos que justifican la acusación, tampoco hay lugar a la casación, porque entonces no ha habido violación de la ley sino razonamientos infundados pero inconducentes, sin los cuales se habría llegado al mismo resultado".

En el fallo que hemos transcrito, en la parte sustancial, aparece claro cuando hay violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida, lo que ocurre en la primera situación que analiza la Corte Suprema de Justicia; error de hecho por la falta de estimación o equivocación de la prueba, que se presenta en el caso segundo analizado por la Sala de Casación, y error de derecho en la valoración de la prueba, lo que acaece en el tercer evento a que alude la sentencia.

Teoría de Carnelutti

Sobre la base de que la sentencia implica un silogismo, Carnelutti divide el error in-judicando en dos categorías: error lógico y error histórico.

Existe el primero cuando hay una falsa deducción de las dos premisas del silogismo; ocurre el segundo cuando la equivo-

cación del fallador se presenta en alguna de las premisas de dicho silogismo.

A su vez el error histórico se subdivide en error de hecho y de derecho, según que el falso juicio ocurra en la premisa de hecho o de derecho.

Para explicar esta teoría pondremos algunos ejemplos: 1o. Error lógico. El fallador afirma en la sentencia que el comprador debe pagar el precio de la cosa vendida al vendedor; asevera también que Juan compró a Pedro un inmueble por la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), pero de esos hechos deduce que Juan no debe pagarle el precio al vendedor Pedro.

Esta equivocación respecto de la consecuencia del silogismo constituye un error lógico que apareja como consecuencia la violación directa de la ley sustantiva.

2o.—Error histórico de derecho. El fallador afirma en la sentencia que el comprador no debe pagarle el precio al vendedor, y a pesar de aparecer comprobado que Juan le compró un inmueble a Pedro, desconoce la acción que ejercita el vendedor contra el comprador.

Existe en este caso un error histórico de derecho porque se afirma una premisa falsa sobre lo que dispone la ley sustantiva.

3o.—Error histórico de hecho.—El sentenciador sostiene en la sentencia que el comprador está obligado a pagar el precio al vendedor, y no obstante estar comprobado que Juan le compró una casa a Pedro, desconoce este hecho y llega a la conclusión de que no se puede reconocer la demanda tendiente a la resolución del contrato o al pago del precio, en ambos casos, con indemnización de perjuicios.

Ocurre, en este evento, un error histórico de hecho, por cuanto la falsa apreciación se refiere a la premisa de hecho del silogismo.

En esta situación, aplicando la doctrina de la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, habría un verdadero error de hecho en la apreciación de la prueba, porque se considera inexistente un hecho básico de la demanda que está debidamente comprobado, y sobre esa base se aplicaría indebidamente la ley, porque dejaría de aplicarse al hecho existente.

Medios nuevos

En infinidad de sentencias ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el recurso de casación no se pueden invocar o alegar medios nuevos, considerándose como tales, según FAYE, los que no han sido expresa o implícitamente sometidos por la parte que los invoca al Tribunal cuya decisión se ataca, o que no han sido apreciados por ese Tribunal.

Sería, por ejemplo, un medio nuevo la cuestión referente a la teoría de la imprevisión que el deudor expone ante la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sin haber aducido tal defensa en la primera o segunda instancia del juicio, o la proposición por parte del demandado recurrente en un juicio de dominio o reivindicación de un inmueble de la excepción perentoria de prescripción que no opuso en ninguno de los grados del juicio.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, ha sentado la doctrina de que en el recurso de casación es permitido estudiar medios nuevos cuando éstos se relacionan con una cuestión de orden público; pero para que estas cuestiones no debatidas en las instancias puedan examinarse por la Corte de Casación, se necesita que se propongan por la parte recurrente en la respectiva demanda de casación, y no posteriormente al término que el Código Judicial señala para presentar ante la Corte Suprema de Justicia dicho libelo.

Admisión del recurso

Una reforma bastante conveniente sobre esta materia se introdujo en el actual Código de Procedimiento, consistente en que previamente a la tramitación del recurso de casación, se decide el punto sobre su admisibilidad, por haberse cumplido todas las condiciones para que la parte pudiera interponerlo.

En el viejo Código Judicial dicha cuestión se estudiaba por la Corte, después de haber sido sustanciado el recurso de casación, y así ocurría que después de haberse empeñado las partes en el debate judicial, con ingentes gastos, finalizaba la actuación con sentencia de la sala en que se declaraba inadmisibile la casación, bien por deficiencia de la cuantía o por la falta de cualquiera de las condiciones indispensables para la prosperidad de dicho remedio extraordinario.

No está suficientemente claro en el Código Judicial, si los artículos 528 y 529 *ibidem* tienen aplicación cuando la Corte ha admitido el recurso de casación, después de la interposición del de hecho que estableció la parte, en virtud de la negativa del Tribunal Superior a la concesión de dicho medio extraordinario; pero parece que si en el recurso de hecho se estudian por la Sala de Casación en lo Civil todos los presupuestos requeridos para la viabilidad de la casación, incluso el de la cuantía, que no se tiene en cuenta por la Corporación, en la tramitación de la incidencia sobre admisión del recurso, resulta inútil una nueva apreciación, por parte de la Sala, sobre la legalidad del recurso.

Concedido por el Tribunal el recurso de casación, debe remitirse el expediente original a la Sala de Casación en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, una vez ejecutoriado el auto que lo otorga.

Recibido por dicha Sala el Juicio, el Magistrado a quien se le reparta el expediente, o sea, el ponente, dispone que se fije el negocio en lista por el término de diez días, para que las partes puedan alegar sobre la admisibilidad del recurso.

Una vez vencido el término de la fijación, la Sala debe resolver si el recurso es o no admisible, y dispone, en el primer caso, que se siga la tramitación, y en el segundo, que se devuelvan los autos al Tribunal.

Como la providencia sobre admisibilidad del recurso o rechazo del mismo se dicta por la Sala de Casación en lo Civil, es decir, por los seis Magistrados que la integran, es obvio que ella no puede estar sujeta a súplica; el único recurso procedente contra dicho proveído sería el de reposición, por cuanto no se trata de sentencia, sino de un auto de carácter interlocutorio.

La Corte para resolver si es admisible o no el recurso de casación solamente estudia las condiciones referentes a la naturaleza del juicio, a la habilidad de la parte para interponerlo y a la oportunidad en que lo hizo valer, sin entrar en el examen del requisito relativo a la cuantía de la demanda, lo que está muy lejos de tener una razonable explicación.

Porque si el Tribunal Superior para la concesión del recurso debe tener en cuenta no sólo la naturaleza del proceso, sino la cuantía del juicio ordinario o especial, el tiempo en que se hizo valer y la habilidad de la parte para establecerlo, no se alcanza a comprender cuál sea el fundamento para que la Sala de

Casación en lo Civil de la Corte, no pueda declarar inadmisibile, el recurso por razón del valor de la demanda.

De manera que en un juicio ordinario, cuya cuantía apenas alcance a dos mil pesos (\$ 2.000.00), si se concede por el Tribunal Superior contra el fallo que él ha dictado, el recurso de casación interpuesto en tiempo oportuno y por parte legitima, la Corte a pesar de faltar el elemento de la cuantía tiene que declarar admisible el mencionado recurso.

Y varios casos se han presentado en este departamento en que por error del Tribunal o ligereza de éste en la concesión del recurso, sin haberse llenado el requisito de la cuantía, la Corte lo ha declarado admisible y ha entrado a decidirlo, muchas veces, hasta casando los fallos proferidos por aquella corporación.

Sustanciación y sentencia

En firme el auto sobre admisión del recurso, se dispone dar traslado del proceso a la parte recurrente por treinta días, para que dentro de ese término formule la demanda de casación.

Es claro que si ambas partes han interpuesto el recurso extraordinario, a cada una de ellas se le debe correr el traslado por el tiempo indicado, a fin de que presenten la demanda de casación.

Este libelo puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro del mencionado término. Para que quede legalmente surtido el traslado deben cumplirse todos los requisitos que exige el artículo 199 del Código Judicial.

Requisitos de la demanda de casación

Una de las piezas más difíciles de elaborar es una demanda de casación que exige en el abogado conocimientos profundos del derecho, además de una larga práctica y comprensión de la técnica del recurso.

La demanda de casación debe constar de los siguientes elementos:

1o.—Un resumen de los hechos materia de la controversia;

2o.—Determinación de la causal o de las causales que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo;

3o.—Indicación en forma clara y precisa de los fundamentos de la causal o de los motivos invocados; y

4o.—Cita de los textos legales que el recurrente estime infringidos.

En caso de que se aleguen varias causales, deben exponerse en capítulos separados los fundamentos de cada una de ellas.

Si la demanda de casación no se ajusta a estas condiciones no tiene aplicación el artículo 738 del Código Judicial, es decir, que la Sala carece de facultad para devolver el libelo a fin de que se corrijan los defectos de que adolece.

La deficiencia de la demanda de casación implica una cuestión que examina la Corte en la sentencia y en algunas ocasiones, cuando los defectos son graves, dicha deficiencia puede ocasionar el fracaso rotundo del recurso.

Creemos también que el artículo 208 del Código Judicial no regula la demanda de casación, la que no se puede aclarar, corregir o enmendar por el recurrente.

Si dentro del término de los treinta días del traslado, la parte recurrente no funda el recurso, presentando la demanda de casación, la Sala lo declara desierto y condena en costas a la parte que lo interpuso.

Se consagra en el artículo 532 del C. J., un desistimiento tácito del recurso de casación, y como la no fundamentación de éste en tiempo oportuno implica negligencia o culpa del recurrente, la ley lo sanciona con el pago de las costas.

La Sala de Casación en lo Civil dicta el auto en que se declara desierto el recurso, por el motivo apuntado, y de allí que no quede otro camino a la parte agraviada, que el de interponer reposición, mas no súplica, porque ésta resulta improcedente.

En caso de que a la parte recurrente le haya sobrevenido un caso fortuito o fuerza mayor que le hubiera impedido hacer uso del término para presentar la demanda de casación, puede solicitar la restitución del término, con arreglo al artículo 372 del Código Judicial, y este punto se decide por la Sala, previos los trámites de una articulación.

Ejecutoriado el auto que declaró desierto el recurso de casación, el expediente se devuelve por la Corte al Tribunal Superior, y éste a su vez lo remite al Juez de primera instancia.

Si la demanda de casación se presenta en tiempo oportuno,

se corre traslado de ella a la parte opositora por quince días, para que formule su alegato.

Cuando son tres o más los litigantes que forman dicha parte, el traslado para la réplica es común para todos ellos, y se cumple en la Secretaría, poniendo los autos a disposición de los interesados por el término de treinta días.

En la tramitación del recurso de casación se verifica audiencia pública en los siguientes casos:

1o.—Cuando alguna de las partes lo pide dentro de los tres días siguientes al vencimiento del plazo del traslado al opositor; y

2o.—Cuando la Sala la ordena de oficio a fin de ilustrar determinados puntos de hecho o de derecho; y, en este evento, el término para fallar que es el de treinta días, se interrumpe únicamente por un lapso de diez días.

La audiencia se celebra en la misma forma como se practica la que se realiza en la segunda instancia de los juicios ordinarios de mayor cuantía, ante el Tribunal Superior. Se preside por el Magistrado Ponente de la Sala de Casación en lo Civil, y se comienza con la lectura que hace el Secretario de un resumen escrito de las cuestiones materia de la decisión. A continuación, se da la palabra por dos veces a cada parte en el mismo orden dispuesto para los traslados, es decir, primeramente a la parte recurrente, y luego, a la opositora. Si ambas partes han interpuesto el recurso de casación, en primer término, habla el demandante, y en segundo, el demandado.

En la tramitación del recurso de casación no gozan las partes del derecho de hacer un extracto de sus alegaciones orales dentro de los tres días siguientes a la terminación de la audiencia, pues ninguna disposición confiere a los litigantes esa facultad.

Esta existía en la vieja legislación procedimental, consagrada por el artículo 153 de la ley 40 de 1907; pero la circunstancia de que no se hubiera reproducido el ordenamiento de dicho texto en el nuevo código, está indicando que las partes no pueden presentar alegatos escritos, después de la audiencia.

Verificada ésta, o vencidos los tres días para pedir la celebración, después de haberse corrido el traslado de la demanda, el negocio entra a despacho del Magistrado Ponente para que elabore el proyecto de sentencia dentro del término de treinta días. La Sala

goza de igual plazo para estudiar y aprobar el proyecto de fallo.

Decisión del recurso

En el estudio de las causales invocadas por la parte recurrente, la Corte las examina en el orden que indica la lógica, y si resulta que no aparece justificada ninguna de ellas, desecha el recurso, impone las costas al recurrente, y ordena devolver el proceso al Tribunal de su origen.

Cada negocio irá indicando el orden lógico en que deben examinarse los motivos de casación; pero la jurisprudencia ha establecido algunas normas sobre este punto.

Si se alegan causales de forma y de fondo, es claro que, en primer término, deben ser analizadas las primeras, y que sólo se aprecian las segundas, cuando ninguna de las primeras puede prosperar.

Ocurre sobre esta cuestión lo mismo que sucede cuando las excepciones dilatorias y perentorias se alegan por el demandado en el juicio ordinario de menor cuantía; el Juez estudia los primeros medios exceptivos en la sentencia, luego la acción, y en último lugar, las excepciones de fondo.

En caso de que ambas partes, es decir, demandante y demandado interpongan el recurso de casación, la lógica enseña que preferentemente se examina el recurso del demandado, y luego, el del demandante.

Si la sentencia de segundo grado se acusa por varias causales que implican errores in-judicando, y por la apreciación de una de ellas, llega la Corte a la conclusión de que es fundada, no está en el deber de considerar las restantes. En esta situación, la Sala infirma el fallo acusado, y en su lugar, dicta la resolución que corresponde.

Al encontrar la Corte que está justificada alguna de las tres primeras causales del artículo 520 del Código Judicial, le incumbe decidir sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación, y por consiguiente, se convierte en Tribunal de instancia. El fallo, por tanto, debe ser de fondo en el negocio, condenando o absolviendo o haciendo los pronunciamientos que estime legales y justos.

Puede también, la Corte cuando hay puntos oscuros o dudosos en el proceso, infirmar el fallo, y dictar auto para mejor proveer en que ordene la práctica de algunas diligencias.

Evacuadas éstas, la Sala entra a decidir en definitiva y de fondo sobre lo principal de la controversia.

Puede suceder que la Corte acoja algunas de las causales de los numerales 4o., 5o., 6o. y 7o. del artículo 520 del Código Judicial.

En este evento, la Corte se limitará a casar la sentencia, declarar la nulidad del juicio, o a disponer que se envíen los autos al Tribunal ad-quem, o a otro que esté próximo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho.

Este es el único caso de fuero dispositivo determinado por la voluntad del fallador, porque la Corte puede perfectamente disponer que otro Tribunal diferente al que falló en segunda instancia, decida en el mismo grado sobre la controversia civil, dictando el respectivo fallo.
