

## JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN

CLXVI. — EL ACREEDOR QUE REMATA POR CUENTA DE SU CREDITO DEBE PAGAR EL EXCEDENTE AL DIA SIGUIENTE DEL REMATE.

Considera el Tribunal, de acuerdo con el señor Juez de la primera instancia, que el derecho concedido por el artículo 1.048 del C. J. al ejecutante o cualquier tercerista para rematar, como acreedor de mejor derecho, los bienes puestos en almoneda, solamente puede ejercitarse hasta concurrencia del crédito de cualquiera de ellos, lo que quiere decir que el subastador, en tales condiciones, está obligado a pagar el precio de la licitación, en la parte en que exceda al valor de su crédito el precio de las cosas.

No puede, pues, entenderse aquél artículo en la forma que lo interpreta el señor apoderado del ejecutante, o sea, que con la mera constitución de la fianza de acreedor de mejor derecho queda exento el comprador de pagar el precio de la subasta, ya que el mismo precepto estatuye que la finalidad de la mentada caución es la de responder a los otros acreedores por lo que resulte corresponderles según la sentencia de graduación de créditos, sin respaldar lo que se queda debiendo del valor de la almoneda.

Por consiguiente, conforme al 1.047 *ibidem* es preciso concluir

que quien remata por cuenta de su crédito, como acreedor de mejor derecho, está obligado a pagar el excedente al día siguiente de la subasta, o dentro del término de la distancia, y tres días más, si ésta se hizo por medio de comisionado.

Si no fuera ello así, los acreedores diferentes al que subastó, como acreedor de mejor derecho, y aún el mismo deudor, en algunos casos, vendrían a cambiar la garantía de sus acreencias, consistente en dinero o bienes, por una mera obligación personal del fiado y fiador.

La tesis sustentada en la providencia apelada es la misma que sostuvo el Tribunal de Ibagué, en auto del 3 de noviembre de 1.893 en relación con el artículo 206 de la Ley 105 de 1890 que vino a ser sustituido por el 1.048 del actual C. Judicial, doctrina que se encuentra en la página 632 del Tomo I. de la "Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Colombia", bajo el número 2.269.

Si es verdad que en las ventas voluntarias, salvo estipulación en contrario, toca primeramente al vendedor el cumplimiento de la obligación de entregar lo que reza el contrato para que tenga derecho de exigir el precio al comprador, no ocurre lo propio en las ventas forzadas que se verifican por ministerio de la justicia, pues, en ellas en primer término, debe el rematador pagar el valor de la subasta para que el Juez pueda ordenar la entrega de los bienes vendidos, con arreglo a los artículos 1.047 y 1.051 de la Ley 105 de 1.931. (Auto de 16 de octubre de 1.936; juicio de Pedro Estrada contra Germán Solórzano; Magistrado doctor Pardo).

#### CLXVII. — EL MAS LIGERO INCUMPLIMIENTO DA LUGAR A RESOLUCION

Bastará la inejecución parcial o será necesario el incumplimiento total?. Para algunos autores, como Jousselin —y se trataba de un caso en que un vendedor no entregó un accesorio de la cosa vendida— no hay lugar a distinguir si el incumplimiento tiene poca o mucho significación. La obligación de entregar la cosa vendida es indivisible, como es indivisible la obligación de pagar el precio; y el vendedor que no entrega la totalidad de la cosa, está obligado a sufrir la resolución de la venta; así como el adquirente que no paga la totalidad del precio.

En derecho francés, hay lugar a que el Juez de manera discrecional, y luego de apreciar las causas de incumplimiento, conceda un plazo al contratante moroso. Así que si las causas de incumplimiento

justifican la demora, o el incumplimiento no trae mayores perjuicios para la contraparte, la parte morosa puede hacer subsistir el contrato dentro del término de prórroga.

Dentro de nosotros, desgraciadamente, no. Sería de desear una reforma civil tendiente a limitar ese derecho absoluto de pedir la resolución, el cual puede pedirse hoy, trátase de un incumplimiento mínimo, y sin admitir al contratante moroso prórroga o plazo discrecional. (s. de 23 de junio de 1.939, j. del Dr. Carlos Edo. Córdoba c. Amelia Restrepo v. de Correa y otros, M. Dr. Rodríguez).

#### CLXVIII. — LA SENTENCIA DEBE CONSIDERAR SOLO LOS HECHOS EXISTENTES AL MOMENTO DE LA DEMANDA.

Estableció un juicio reivindicatorio Ricardo Velásquez contra Eleazar Gaviria. Cinco días después de notificado éste, vendió el inmueble a un tercero y entonces alegó la excepción de inepta demanda fundado en que ya había vendido la cosa que se le reclamaba. El Juez declaró la excepción, pero el Tribunal revocó diciendo: La acción —tomada esta palabra en el sentido de derecho de reclamar alguna cosa— se ejerce en primera instancia, de acuerdo con lo dicho en el artículo 198 del C. J. desde que se inicia la demanda hasta que se ejecutoria la sentencia definitiva; en otros términos, un juicio principia desde que se presenta la demanda. La presentación de la demanda es el hecho inicial del ejercicio del derecho, a tal punto que si en ese momento no existe en el patrimonio del actor el derecho, no puede ser reconocido en la sentencia, aún cuando con posterioridad ese derecho hubiera llegado a tener vida jurídica. Así, por ejemplo, si se ejecuta por obligación que en la fecha de la demanda no es exigible, porque no se ha cumplido el plazo, la condición etc., la excepción correspondiente a la improcedencia de la acción hay que reconocerla, aún cuando con fecha posterior a la demanda la obligación demandada haya llegado a ser exigible, y ello porque al ser iniciada la acción no había derecho a demandar. Mutatis mutandi puede decirse, como ya lo han dicho otros Tribunales, que “el hecho que da origen a la excepción de inepta demanda debe ser constitutivo de la misma demanda y fundarse en un hecho connatural de ella, pero no en defecto capaz de sobrevenir cuando ya la demanda ha existido perfecta y legalmente, y mucho menos puede admitirse como tal un hecho causado por obra distinta del demandante”.

De suerte que el Tribunal considera que si la demanda de que se trata estaba bien formulada, bien dirigida, en el momento en que fué presentada, porque no le era connatural vicio alguno que la hiciera inepta, y que por el contrario la persona contra quien debía dirigirse la acción era el excepcionante de última hora, esa excepción no puede prosperar, porque, por lo ya dicho, la demanda no era inepta por el motivo alegado, sin que importe a otro que al actor averiguar si en vista de lo ocurrido posteriormente deba o nó persistir en la acción sobre las bases en que fué presentada.

Para librarse de futuras responsabilidades, bastábale al demandado advertir que ya no era dueño de lo que se le reclama, ya que la imperfecta observancia por el Juez del conocimiento del artículo 42 de la ley 57 de 1.887 permitió que pudiera vender el señor Gaviria lo que se le demandaba.

Para ver las funestas consecuencias de jurisprudencia semejante a la del fallo que se revisa, basta observar que la notificación de la demanda interrumpe la prescripción, y que una demanda declarada inadmisibile por inepta, no existe, que hay que tenerla como no instaurada y que no puede por lo tanto surtir efecto alguno. Y pugna contra elementales nociones de equidad que con acto semejante al alegado, como fundamento de excepción se pudiera quitar al actor un derecho tan importante como el de interrumpir la prescripción. (Sentencia de 3 de abril de 1.933, juicio de Ricardo Velásquez contra Eleázar Gaviria; (1) Magistrado Dr. B. Agudelo).

**CLXIX. — CUANDO EL JUEZ DEJA DE FALLAR SOBRE ALGUN PUNTO SOMETIDO A SU DECISION, TRATESE DE UN AUTO O UNA SENTENCIA, EL SUPERIOR DEBE REVOCAR PARA QUE EL INFERIOR DICTE UN FALLO COMPLETO.**

Aunque en la parte motiva de la providencia apelada, el señor Juez 1°. del Circuito de Marinilla hizo un estudio completo de todos los puntos que motivaron las diferencias surgidas en la diligencia de inventarios, en la parte resolutive del auto únicamente decidió lo conducente sobre tres cuestiones omitiendo todas las demás.

En efecto, nada expresó sobre si debían continuar inventariados

---

NOTA. — En entrega posterior se publicará una sentencia en oposición a la tesis anterior.

o nó los bienes denunciados por el apoderado judicial de la señora Clotilde García, lo cual implica una omisión de extraordinaria gravedad.

Así como las sentencias deben estar en consecuencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, y en la parte resolutive deben decidir sobre todas las cuestiones que han originado la controversia, así también los autos interlocutorios deben sujetarse a los mismos requisitos, y en consecuencia en su parte dispositiva deben resolver todos los puntos que han originado el litigio entre las partes o terceros.

Quiere decir lo anterior que la providencia apelada es deficiente, y que por tanto el Tribunal carece de facultad para resolver sobre los puntos omitidos, pues sí lo hiciera, pretermitiría la primera instancia.

Se dispondrá, por tanto, revocar el auto apelado para que el señor Juez 1º. del Circuito de Marinilla dicte una decisión completa, fallando sobre todos los puntos de desacuerdo entre el cónyuge sobreviviente y la heredera Clotilde García”.

(Auto de 20 de septiembre de 1.935, juicio de sucesión de Carmen Hoyos de García. Magistrado doctor Pardo).

#### CLXX. — LA SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO NO COMPRENDE EL DERECHO DE TOMAR AGUAS DE USO PUBLICO PARA QUIEN NO ES RIBEREÑO.

La finca de los señores Bernardo y Guillermo Sierra, linda por la parte superior con propiedad del señor Secundino Cadavid; al norte, queda la quebrada la Correa que cruza igualmente el fundo de Cadavid. Los señores Sierras demostraron que no podían por la configuración del terreno tomar el agua de la quebrada “La Correa” dentro de su propio predio a fin de mover un establecimiento de caña, sino que necesitaban tomarla en la parte superior, en predio del señor Cadavid; y procedieron a demandarlo para que, previas las indemnizaciones de rigor, se constituyera la servidumbre, invocando como título la ley. El Tribunal desechó la acción, reproduciendo una sentencia de 11 de noviembre de 1.935 de este mismo Tribunal sobre la interpretación del artículo 919 del Código Civil.

“La servidumbre de acueducto se refiere a la conducción del agua y no a su adquisición. El reconocimiento de la servidumbre legal de acueducto no lleva implícito el derecho de tomar las aguas cuya propiedad o uso pertenezcan al dueño del predio sirviente. Quien preten-

da imponer al predio de otro la servidumbre de acueducto ha debido obtener previamente la propiedad del agua o su uso por título traslativo de dominio, conforme a la ley. (Sentencia de 11 de noviembre de 1.905, XV, 338,2)".

"No hay servidumbre legal de dejar tomar agua por vertiente que pasa por predio de otro, sino servidumbre natural para hacer uso de las aguas nacionales que corran por el mismo predio. La servidumbre legal de acueducto se refiere a la conducción del agua y no a su adquisición. (Sentencia 11 de noviembre de 1.905, XV, 338, 2g.)".

La anterior es también la doctrina de los tratadistas. Al tratar el Dr. A. J. Uribe (Servidumbre, N.º 224) de la servidumbre de acueducto dice que hay que distinguir: "1.º el derecho de tomar agua de un lugar para llevarla a otro; 2.º la servidumbre de acueducto propiamente dicha, que consiste en el derecho de conducir las aguas por los fundos que se interponen entre el nuestro y aquél de donde se toman; 3.º la servidumbre de desagüe, que consiste en el derecho de conducir las que ya nos han servido para menesteres industriales o domésticos, o las que inundan nuestro predio, por otros, hasta una corriente natural de agua o un albañal o sumidero que las reciba".

Lo primero puede constituir, o un derecho de propiedad, o un derecho de servidumbre; en este último caso, el derecho no se adquiere sino como las servidumbres voluntarias, o sea por título, por destinación del padre de familia, o por prescripción. Puede, además, existir, y de hecho en todas partes existe, la facultad de derivar agua de una corriente de uso público, en virtud de concesión especial de la autoridad competente. En otros países existen reglamentos administrativos sobre esto, que consultan tan admirablemente las necesidades de la agricultura y de la industria, y son tan equitativas en los derechos que conceden, que bien merecen la pena de estudiarse para tomar de ellos lo que, según las necesidades, convenga trasladar a nuestras disposiciones sobre el particular. Las ordenanzas de policía que entre nosotros rigen dedican también capítulo especial a este uso de las aguas, lo que podrá verse en el apéndice del presente trabajo, con algunas referencias a las leyes y decretos que sobre ello se han expedido en Italia".

"Tanto el Código sardo como el Italiano y el argentino, tratan por separado del derecho de tomar agua de la fuente, aljibe o pozo de inmueble ajeno. Nuestro Código que, como los tres citados, lo consideran servidumbre voluntaria, nada dispone con especialidad sobre ella, de-

jando a las partes que libremente estipulen lo que, dentro del orden público, tengan por conveniente, en cuanto a la cantidad, al tiempo y a las demás condiciones relativas a la toma de agua”.

El Dr. E. Rodríguez Piñeres dice: “De otro lado observamos que la servidumbre no tiende sino a obligar al dueño del predio sirviente a dejar pasar el agua en las condiciones legales, no a suministrarla. (Curso elemental de derecho civil colombiano, T. IV, N°. 460).

No menos explícito es el Dr. F. Vélez. En el N°. 564, tomo II de “Estudios sobre el derecho civil colombiano” se lee:

“Tratando de la servidumbre de conducir aguas, observamos desde ahora que ella no consiste en el derecho de servirse de aguas ajenas para los trabajos industriales, sino en el de pasar por terreno ajeno aquéllas de que pueda disponer el que pretende la servidumbre. De otra manera; al dueño de un fundo se le puede obligar a que deje construir por éste un acueducto, pero no a que ceda sus aguas particulares o el uso que tenga de las públicas. Por tanto, el que quiera construir un acueducto por fundo ajeno, debe ser o para pasar aguas que ya haya adquirido de otro, o para pasar de las de su propiedad particular (N°. 55), o para pasar aguas públicas de las cuales tenga el uso, pero volviendo al punto que determina el artículo 892, o para pasar aguas de que se le haya hecho merecedor por autoridad competente (arts. 683 y 1.001)”.

Cosa semejante dicen Baudry—Lacantinerie (T. 1°. N°. 1.680). y Mourlon (T. 1°. 1.697).

De lo anterior puede concluirse que sólo tiene derecho a imponer servidumbre de acueducto quién a más de justificar la necesidad prueba que tiene aguas para hacer correr por el presunto predio sirviente.

Como de autos aparece que el demandante carece de esa agua y que lo que pretende es ocupar aquella cuyo uso pertenece al demandado, como riberano, la acción es por este aspecto improcedente.

Pero se alega que el dercho invocado emana de lo dispuesto en el artículo 1.001 del C. C. Y a esto se contesta: que ese derecho hace relación a aguas que van a otra u otras heredades, y distinto es el caso de este pleito, y que, como lo dice el Dr. Vélez en el tomo antes citado N°. 759, para tomar las aguas en el caso del artículo en mención, se requiere el permiso del dueño, permiso que el demandado señor Cadavid ha negado expresamente al demandante. (Sentencia de 4 de diciembre de 1.935, juicio de Bernardo Sierra contra Secundino Cadavid; Magistrado Dr. B. Agudelo).

CLXXI. — AUNQUE LOS CREDITOS SEAN POSTERIORES A LOS CONTRATOS QUE SIMULTANEAMENTE HAYA CELEBRADO EL DEUDOR, LOS ACREEDORES PUEDEN EJERCER LA ACCION DE SIMULACION.

Cuando se celebraron los contratos de que hablan las escrituras presentadas con la demanda, el señor Jacinto Salazar, demandante, no era acreedor de Juan de Dios Escobar; pero la ley no exige para demandar la simulación de un contrato que coexista el interés del actor con el acto de la celebración. El interés de actor para promover una acción ha de ser directo, o sea personal; legítimo, esto es conforme al derecho que se invoque por quien comparece como demandante; actual, es decir, existente al tiempo en que se propone la acción, aunque el derecho a que se refiere sea solamente eventual. (Sentencia de 23 de marzo de 1.938; juicio de Jacinto Salazar contra Juan de Dios Escobar y otros. Magistrado Dr. Pardo).

CLXXII. — LA TRANSMISION EXCLUYE EL ACRECIMIENTO.

La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio indicados en el artículo 673 del C. C. Y el título o causa remota de la adquisición necesario para que mediante ese modo se consolide el dominio se halla entonces en la Ley o en el testamento.

Reunidos en el legatario —capaz de suceder y que no repudie expresamente— aquéllos dos requisitos de título y modo que lo hacen dueño en virtud de la declaración, ya no es posible el acrecimiento porque deferido el legado hecho incondicionalmente (art. 1.013) surge el derecho de transmisión (art. 1.014 que excluye el derecho de acrecer (art. 212 del C. C.) De ahí, seguramente, el concepto de tratadistas como Bello Vera y Vélez —sin que el suscrito conozca concepto en contrario de doctrinante alguno— que el acrecimiento sólo tiene lugar cuando el asignatario conjunto muera antes que el testador, es decir antes de deferir la asignación. (Auto de 28 de septiembre de 1.935; sucesión de Isabel Pizano; M. Dr. B. Agudelo).

CLXXIII. — EL EJECUTANTE PUEDE INTRODUCIR TERCE-  
CERIAS.

Jesús Moreno Tobón estableció juicio ejecutivo contra Martín



Patiño. El señor Fernando Pcsada introdujo una tercería y entonces el ejecutante Moreno Tobón, a su vez, estableció otra tercería. El señor Juez se negó a admitir la tercería del ejecutante alegando que esta clase de acciones correspondía solamente a terceros. El Tribunal revocó y dijo que el ejecutante puede establecer tercerías: 'Estima el Tribunal que algunas disposiciones del capítulo V, Título XXXIII, Libro II del Código Judicial, permiten al ejecutante introducir tercería adyuvante en la ejecución que ha promovido.

Con arreglo al 1.066 *ibídem*, durante el término de fijación del edicto y quince días más, todo el que tenga derecho de introducir una tercería puede hacerlo; de manera que si el ejecutante tiene un nuevo crédito contra el demandado, puede promover tercería adyuvante, ya que la ley expresamente no le prohíbe el ejercicio de tal acción.

Si en este juicio podía Moreno Tobón instaurar ejecución contra Martín Patiño, y embargar en ella los mismos bienes, para con esta base solicitar la acumulación del nuevo procedimiento ejecutivo al que se adelanta ante el Juzgado 4°. Civil de este Circuito, de acuerdo con el ordinal 2°. del artículo 397, en relación con el 1.071 del mencionado Código Judicial, no se ve la razón que exista para que pudiendo instaurar una tercería por la vía indirecta de la acumulación, no le sea dable establecerla en forma directa, que le ahorra tiempo y gastos.

Y no es cierto, en absoluto, que el ejecutante no puede ser tercerista, por cuanto el artículo 1.071 del C. Judicial, establece que "si se acumulan dos o más juicios ejecutivos, seguidos contra un mismo ejecutado, lo que no puede hacerse sino dentro del término señalado en el artículo 1.066, si hay tercería introducida, continúa con el carácter de ejecutante el que lo era en el juicio en que primero se decretó el embargo de bienes, y los otros ejecutantes quedan como terceristas. (Auto de 7 de julio de 1.936; juicio ejecutivo de Jesús Moreno Tobón contra Martín Patiño; Magistrado doctor Pardo).

CLXXIV. — SI NO SE REVALIDA EL PAPEL COMUN USADO EN LA ACTUACION DENTRO DEL TERMINO DE LA EJECUTORIA, LA PROVIDENCIA QUEDA EN FIRME, AUNQUE DE ELLA SE HUBIESE APELADO OPORTUNAMENTE.

El Tribunal no aceptó que la parte morosa en el suministro de papel competente debiera haber sido requerida para la revalidación, diciendo que la teoría del requerimiento sólo era aceptable cuando re-

gían los artículos 34 y 35 de la Ley 40 de 1.907 que exigían que se requiriera a la parte que estaba obligada a suministrar papel para la actuación, ; pero el art. 351 del Código Judicial vigente no exige esa reconvencción, y tampoco autoriza al Juez para fijarle término al interesado renuente, a fin de que consiga en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que se ha debido emplear en el juicio.

Y tampoco dicho precepto ordena al Juez hacerle ninguna insinuación a la parte para que haga el suministro en estampillas de timbre nacional del doble valor del papel sellado que dejó de proveer, es obvio que carece de facultad para señalar un término dentro del cual aquella ejecute el acto anotado.

Puede considerarse aberrante el principio consignado en el artículo 351 de la Ley 105 de 1.931 comparándolo con los preceptos que regían en el anterior Código Judicial, los cuales les daban un derecho soberano a las partes para demorar, a su talante, el seguimiento de los juicios, por el socorrido sistema del no suministro del papel sellado; pero precisamente, para dar mayor rapidez a la administración de Justicia, y obviar los inconvenientes que producían, en la práctica, los artículos 34 y 35 de la Ley 40 de 1.907, se cambió la doctrina en el actual Código de Procedimiento, sin que se pueda decir que el precitado artículo 351 es una flagrante violación del 26 de la Constitución Nacional, ya que le basta a la parte para no incurrir en la grave sanción de no ser oída en el juicio, estar atenta al deber de suministrar, como litigante, el papel que está obligada a dar, conforme al 346 *ibidem*.

Debe decirse que este Tribunal ha aceptado la tesis de la Honorable Corte Suprema de Justicia expuesta brillantemente en la providencia del 28 de octubre de 1.932, no impelido por un ciego criterio de autoridad, si no porque le parecen irrefutables, en consonancia con los preceptos de equidad y de justicia, y de acuerdo con el espíritu predominante en la nueva Legislación Procedimental, las razones en que se fundamenta aquella doctrina”.

(Auto de 25 de septiembre de 1.935, ejecutivo de David Duque contra Celestino Mejía. Magistrado doctor Pardo).

---

NOTA.—El Tribunal se ha inclinado por la práctica de exigir el requerimiento antes de declarar desierto un recurso, optando mientras tanto por seguir actuando en papel común.

CLXXV. — PUEDEN LIQUIDARSE SEPARADAMENTE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA HERENCIA.

El cónyuge sobreviviente pidió la separación de patrimonio en el juicio de sucesión de Mercedes Velásquez, fundado en el artículo 1.398 del C. C. Se opuso un heredero considerando que esa separación debería hacerse en la partición de bienes de la mortuoria. El Tribunal dijo: Expresamente reconoce el artículo invocado el derecho que tiene el cónyuge para hacer separar de la sucesión sus bienes propios, o sus gananciales, operación que a más de estar fundada en la ley es conveniente al dueño y a los herederos del cónyuge muerto, que si no quieren la división de los que pertenecen a la sucesión, saben de una vez sobre cuáles recaen sus derechos. Los herederos pueden, si lo tienen a bien, continuar en indivisión y en ningún caso el cónyuge sobreviviente tiene que someterse a lo que resuelvan los herederos respecto a sus derechos. La sociedad conyugal y la herencia son dos instituciones jurídicas distintas y si ha sido costumbre entre nosotros liquidar a la vez ambas entidades, nada se opone a que se liquiden separadamente, pues antes bien se consulta el principio de que nadie está obligado a permanecer en la indivisión (Auto de 17 de julio de 1.935; sucesión de Mercedes Velásquez; M., Dr. B. Agudelo).

CLXXVI. — SI UN RECIBO DA CUENTA DE ABONOS PARCIALES AL CAPITAL SE PRESUMEN PAGADOS LOS INTERESES ANTERIORES.

Habrà de darse aplicación al mandato consignado en el artículo 1.613 del Código Civil, en la parte que establece la presunción de que están pagados los intereses cuando el acreedor otorga carta de pago del capital sin hacer mención de intereses, presunción ésta que con relación al contrato de mutuo, establece una vez más el artículo 2.234, que dice: Si se han estipulado intereses, y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservarse expresamente los intereses, se presumirán pagados. Los fundamentos de esta presunción, o sea la facultad de la ley de imputar el pago primeramente a intereses y luego a capital, y la manera como los hombres prudentes proceden ordinariamente en sus negocios, obran tanto en el caso en que se trate del pago total como parcial. (Sentencia de 3 de mayo de 1.937; juicio de Rubén Rojas contra Jesús M. Rojas; Magistrado doctor Belisario Agudelo).

CLXXVII. — SOLO CUANDO LOS MENORES HACEN EL PAPEL DE ACTORES, SE REQUIERE PERMISO JUDICIAL PARA PROCEDER A LA PARTICION.

El fallador de primera instancia sostiene que por tratarse de venta de bienes de menores la acción intentada debe fracasar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.135 del C. J. y 1.379 del C. C., ya que para la partición de las herencias y de los bienes raíces en que tengan parte los menores, deben obtener previamente licencia judicial los guardadores y en general los que administran los bienes. Pero por imponer la ley esa obligación a los guardadores y en general a los administradores y no a los copartícipes o comuneros —cuyo derecho a no permanecer en indivisión no se halla limitado por ese aspecto— se da a esas disposiciones una extensión que no tienen y se aplican mal al caso del juicio. Los expositores y una constante jurisprudencia enseñan que los artículos citados no se aplican sino en el caso en que los guardadores o administradores dichos sean actores, no cuando sean demandados.

(Sentencia de 9 de febrero de 1.937, juicio de María L. Ortiz contra Ana J. Gallego y otros:Magistrado Dr. B. Agudelo).

CLXXIII. — EN EL MISMO AUTO EN QUE SE RECHAZAN LAS OBJECIONES SE DEBE APROBAR LA PARTICION.

El Juez de la causa rechazó las objeciones, pero omitió la aprobación de la partición. El Tribunal revocó para el efecto de que el funcionario de primera instancia dictara un fallo completo. (Auto de 21 de enero de 1.935, juicio de María del Carmen Arango contra Rosa Antonia Pereira, Dr. B. Agudelo).

CLXXX. — CONDICIONES NECESARIAS PARA LA RESOLUCION DE UN CONTRATO.

Dos condiciones son necesarias para que prospere la resolución: incumplimiento y pronunciamiento judicial. Ante todo, es preciso que el otro contratante no satisfaga lo pactado. Las normas que debe cumplir el contratante están fijadas por el contrato mismo o la ley; Cualquier infracción de ésta o aquella naturaleza da lugar a resolución.

(s. de 23 de junio de 1.939. j. del Dr. Carlos Edo. Córdoba c. Amelia Restrepo v. de Correa y otros; M. Dr. F. Rodríguez).

CLXXX. — EL CASO FORTUITO NO IMPIDE LA RESOLUCION  
DEL CONTRATO.

Tratándose de la resolución del contrato, en concepto de este Tribunal, no es alegable la fuerza mayor como recurso exceptivo. Acéptese la teoría de Demolombe y de la mayor parte de los autores franceses de que la condición resolutoria tácita procede de la falta de causa, cual es la contraprestación del otro contratante, y que si ésta no se cumple, cualquiera que sea el motivo, culpa o caso fortuito, falta desde entonces un elemento esencial para la existencia del contrato; acéptese la teoría de que la resolución tácita es impuesta por la conveniencia social y la equidad, teoría chilena, en todo caso no es admisible como exculpación o exoneración la fuerza mayor, pues aceptarla sería el rompimiento del equilibrio jurídico al hacer recaer sobre la parte precisamente no obligada las consecuencias de la fuerza mayor que se desea no incidan sobre ninguna de ellas (Cours de Code Napoléon, Demolombe, T., 2, pág. 479; Cours elementaire de droit civil français, Colin y Capitant, T., 3. pág.144).

El Código nuestro al reglamentar los casos de mora, entra a distinguir el caso fortuito fuerza mayor y el dolo o buena fe, para el solo efecto de los perjuicios que debe pagar el deudor moroso —artículo 1.616—. Parece mientes, sí, en que el demandante no ha demandado perjuicios por concepto de la mora. (s. de 23 de junio de 1.939, j. del Dr. Carlos Edo. Córdoba, c. Amelia Restrepo v. de Correa y otros, M. Dr. Rodríguez).

