

---

---

**JURISPRUDENCIA**

---

---

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

VI

LXXXII. — SI SE DECLARA NULA UNA PROMESA DE COMPRAVENTA SE PROCEDE COMO SI SE TRATASE DE ANTICRESIS.

Es por tanto viable la acción de reivindicación, ya que si Correa recibió los inmuebles en virtud de una promesa verbal de compraventa, que no generó obligaciones entre las partes, por falta de causa en la entrega que se le hizo de lo informalmente vendido, se encuentra también en el deber de restituír.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de diciembre de 1889 (G. J. N° 180), resolvió que declarada sin efecto una promesa de venta del inmueble, cuando el presunto comprador ha recibido la finca y ha dado dinero a cuenta al presunto vendedor, se procede como si se tratase de anticresis. De acuerdo con esta doctrina está la jurisprudencia de los Tribunales, y en efecto pueden verse los fallos de 9 de noviembre de 1897 y 7 de febrero de 1899, del Tribunal de Pasto que dicen lo siguiente:

“En el caso de compraventa de un inmueble que no se ha perfeccionado por falta de escritura pública, los frutos de la finca deben compensarse de un modo equitativo con los intereses legales del dinero, como en el caso de anticresis, a cuyas disposiciones deben sujetarse la indemnización por deterioro de la finca, así como el pago de mejoras, por asimilarse a dicho contrato los hechos consumados.

En este caso anómalo de compraventa de un inmueble que no se ha perfeccionado por falta de escritura pública, hay que buscar la

justicia intrínseca para dar a cada parte lo que exija la equidad, y esa misma justicia siguiendo la doctrina de la Corte Suprema al resolver la cuestión sobre un contrato análogo, acerca de un predio vendido únicamente por documento privado y sobre las prestaciones mu- tuas a que estuvieran obligadas las partes”.

Aplicando estas ideas al caso en cuestión deben considerarse com- pensados los productos del inmueble que recibió Correa con los intere- ses de la cantidad de dinero que entregó a Toro U., y por consiguien- te cada parte no puede exigir frutos de la otra, sino desde el momen- to en que queda constituida legalmente en mora. (Sentencia de 16 de septiembre de 1936; juicio de Evaristo Correa contra Gabriel Toro U.; Magistrado doctor Pardo).

#### LXXXIII. — LAS NULIDADES PROCESALES NO PUEDEN DE- CRETARSE DE PLANO

Las causales de nulidad de la actuación pueden proponerse por parte litigante o de oficio. En ambos casos debe el Juez ordenar que se pongan en conocimiento del interesado, porque hay algunas allan- nables y a la parte interesada no se le podría privar del derecho de allanar. (Auto de 31 de Agosto de 1936, juicio de Jacinto Salazar con- tra Juan de Dios Escobar; Magistrado Dr. B. Agudelo).

#### LXXXIV. — SI EL JUEZ CIVIL ESTA IMPEDIDO, NO ES EL JUEZ PENAL EL LLAMADO A CONOCER DEL NEGOCIO.

Sólo cuando hay varios jueces que conocen de un mismo ramo, como en Medellín, tiene aplicación el mandato del inciso 2°, del artícu- lo 106 del C. J. (Auto de 9 de septiembre de 1936, juicio de Joaquín Escobar contra Eulogio Escobar; Magistrado Dr. B. Agudelo).

#### LXXXV. — FIRMA A RUEGO DEL GIRADOR.

Ya lo tiene resuelto este Tribunal que el hecho de que la letra esté firmada a ruego del girador, no le quita la presunción de auten- ticidad que le da el art. 4° de la ley 46 de 1923. (Auto de 19 de julio de 1935; juicio del Dr. Gabriel Botero contra Félix A. Suescún; M. Dr. Agudelo).

#### LXXXVI. — EL INSTRUMENTO NEGOCIABLE FIRMADO A RUE- GO PRESTA MERITO EJECUTIVO.

Siendo indudable que la ley sobre instrumentos negociables per-

mite las firmas por procuración y que presume la autenticidad de las firmas que en el instrumento figuran, parece claro que las reclama- ciones en contrario que tienden a desconocer un estado jurídico crea- do por la ley sólo sean procedentes en un debate tan amplio y leal co- mo para cada caso esté establecido, como el de excepciones en el de que ahora se trata, pues si la ley no dejara a cada interesado en guar- da de sus intereses tomar informes para convencerse o aceptar como debida la intervención de alguien por otro y requiriera prueba pre- constituida, no se habría limitado a establecer aquella presunción de que se ha hecho mérito sino que lo habría dicho expresamente. Hoy por hoy, debe, pues, estarse a la presunción de que hay un mandata- rio que obró dentro de los límites del mandato y que su firma es au- téntica. (Auto de 2 de Noviembre de 1936; juicio de Francisco Alva- rez contra Reyes Delgado; Magistrado Dr. B. Agudelo).

NOTA.—El Tribunal ha cambiado de doctrina estableciendo la necesidad de la firma autógrafa.

#### LXXXVII. — AUNQUE LA ACCION SEA DE MAYOR CUANTIA, LOS JUECES MUNICIPALES SON COMPETENTES PARA CONO- CER DE LAS INDEMNIZACIONES POR RAZON DEL LABOREO DE LAS MINAS.

La cuestión propuesta está claramente definida en el art. 446 del C. de M. en el sentido de que la tramitación judicial para la determi- nación del valor de los perjuicios debe surtirse ante el Juez del Distri- to o Municipal. Otra cosa sería si se tratara de hacer efectivo el valor fijado por los peritos a esos perjuicios o indemnizaciones porque en- tonces habría que observar las reglas generales sobre competencia, co- mo lo dice el art. 550 del C. J.

Lo que acontece es que cuando se trata de dar aplicación al art. 446 del C. de M. en los casos que ese artículo contempla, ni el Juez Mu- nicipal ni el de Circuito tienen jurisdicción para proferir resolución alguna tendiente a fijar el monto de la indemnización a que es obliga- do el minero, sino para ejecutar la resolución de los peritos. Es de- cir, la misión del Juez no es activa, ni desempeña otro papel que el de director de la actuación de los peritos para autenticar el dictamen: es que el código de minas siguió a este respecto un criterio práctico, alejado de formulismos que pudieran entorpecer el laboreo de las mi- nas, y de ahí el valor decisivo y sin recurso alguno de la decisión de los peritos. (Auto de 26 de noviembre de 1936; juicio de José A. Ba-

rrera contra Ramón Villa; Magistrado Dr. B. Agudelo).

LXXXVIII. — EL COMUNERO NO PUEDE DEMANDAR PARA SI EL DESLINDE.

El Tribunal ha resuelto en varias sentencias que el comunero no puede demandar para sí o en nombre propio, porque no representa a los otros condueños ni tiene la representación legal de la entidad llamada comunidad, representación que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 95 de 1890, sólo la tiene el administrador nombrado en las comunidades organizadas. Cosa semejante puede decirse si se trata de una sociedad conyugal ilíquida, o de una sucesión en estado de liquidación, o sea que tampoco en estos casos tiene el consocio o cónyuge ni el heredero, la representación de esas entidades, ni puede demandar para sí y en su propio nombre, sino como copartícipe y para la respectiva entidad.

Para llegar a esta conclusión, ha tenido en cuenta este Tribunal que el derecho a demandar la fijación de linderos solamente está concedido por el artículo 900 del C. C. al dueño del predio, o al poseedor de otro derecho real, según doctrina del artículo 1304 del anterior código judicial y del 862 del actual, y el comunero no es dueño sino la comunidad.

Igual es la jurisprudencia de la Corte al respecto y de otros Tribunales, como se ve de los apartes que a continuación se copian:

“La Corte para resolver esta parte de la acusación, considera que el Tribunal sentenciador no ha desconocido su carácter de propietarios o dueños a los comuneros del fundo de Corrales; ha dicho que el que tiene derecho proindiviso en una cosa, no puede disponer de toda ella ni de parte determinada de la misma, arbitrariamente, porque eso iría contra el derecho de los condueños, sino que su facultad dispositiva se concreta en sus derechos en la comunidad. Y congruente con ese concepto, ha sostenido que no siendo dueño de un predio común un grupo de comuneros con exclusión del resto, ese grupo no puede demandar para sí el deslinde”.

“La Corte observa que el art. 857 trata de los efectos de las sentencias que llegan a pronunciarse sobre servidumbre cuando un comunero reclama para la comunidad; pero ese artículo no dice que un comunero tenga el derecho de establecer la demanda en su propio nombre. Además, las circunstancias de no darles efecto a las sentencias adversas contra los comuneros que no intervienen en el juicio, está indi-

cando que no es persona suficiente para responder en juicio sobre un gravamen que quiera imponerse a toda la cosa común, un condueño o un grupo de condueños”. (Casación, 14 de diciembre de 1921, XXIX, 134. 3ª).

“El comunero —es cosa elemental en derecho— no puede pedir para sí sino en nombre y para la comunidad de que hace parte. (Sentencia de 6 de mayo de 1922—XXIX, 155, 3ª).

“Ahora, si se ha demandado en nombre propio, por el comunero, el deslinde del globo general, tampoco puede prosperar su acción, porque ésta compete al dueño usufructuario del bien (artículo 900 del C. C. y 1304 del C. J.), y el actor en ese caso no tiene la propiedad ni el usufructo. La acción radica en la comunidad. El comunero tiene, es cierto, la acción de deslinde, pero no para sí directamente, en su nombre, sino en el de la comunidad, y para ella, que es el propio dueño del bien común”. (Jurisprudencia Razonada del Tribunal Superior de Bogotá por Luis F. Latorre U. N° 246).

Por lo expuesto el Tribunal REVOCA la sentencia apelada y en su lugar, declara improcedente el juicio de deslinde propuesto por las señoritas María Josefa y Alicia Pineda, por carecer de acción para demandar para ellas y en su propio nombre. (Sentencia de 28 de noviembre de 1935, juicio de María Josefa Pineda y otras contra Mario A. Posada, Magistrado Dr. B. Agudelo).

LXXXIX. — LOS TESTIGOS DE NUDO HECHO DEBEN RATIFICARSE AUNQUE SE TRATE DE UN JUICIO VERBAL SOBRE PRESTACIONES SOCIALES.

Carece de valor probatorio la información sumaria de testigos que no se haya ratificado en la oportunidad debida (Sentencia de 2 de Diciembre de 1942, juicio de Natividad Rodríguez contra Lorenzo Charriaga; Magistrado Dr. Mora Vásquez).

XC. — SON DISTINTAS LA SENTENCIA DE EXCEPCIONES Y LA DE PREGON Y REMATE.

El error del articulante consiste en que confunde la sentencia sobre excepciones con la sentencia de pregón y remate, olvidando que el código judicial en su art. 1029 dice que cuando la sentencia de excepciones es adversa para el excepcionante (“si las propuestas no prosperan” son sus palabras) el juez cita para sentencia de pregón y remate. Y que el art. 1026 permite proponer, tramitar y decidir el in-

cidente de excepciones antes de citar en el juicio principal para sentencia de pregón y remate (Auto de 26 de septiembre de 1933, juicio de Laurencio López contra Ismael Ramírez; Magistrado Dr. B. Agudelo).

XCI. — SI LA COSA EMBARGADA SE HALLA EN PODER DE TERCERO, NO ES A EL A QUIEN CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Al irse a depositar los bienes embargados consistentes en unas mejoras de café, plátano y caña, la señora Jacoba Gómez los reclamó como suyos y el Juez los dejó en su poder. Como el ejecutante insistió, se abrió articulación en la cual no se adujo prueba alguna. El Juez decretó el desembargo considerando que la carga de la prueba correspondía no al tercer opositor, sino a las partes del juicio. Apeló el ejecutante y el Tribunal confirmó diciendo:

Sostiene el apelante que por mandar el art. 1021 del C. J. que en articulación sólo se controvierta si el reclamante es legítimo poseedor, y por poder el juez examinar los documentos que el reclamante presente, e interrogar a las partes y a los testigos, para resolver si hace el depósito en el reclamante, corresponde a éste probar el derecho que alega, ya en el acto de la reclamación, ya durante la articulación, y que cuando se trata de bienes raíces ha de darse la prueba de la posesión inscrita, o sea de ese especial modo de tradición, porque la presunción de dueño que al poseedor da el inciso 2° del art. 762 del C. C., se refiere al poseedor de bienes muebles, pues lo contrario sería echar sobre el ejecutante la prueba de un hecho negativo, o sea probar la no posesión.

La anterior argumentación no parece estrictamente legal porque no se trata de probar una negativa de carácter indefinido, toda vez que cuando el ejecutante impugna la calidad de poseedor que alega el reclamante, e insiste, por consiguiente en el embargo, es porque nó a ese reclamante sino al ejecutado corresponde ese carácter de poseedor. En favor del tercer poseedor hay creada una situación jurídica de hecho y probablemente de derecho que el Juez aprecia por primera intención, al resolver si deja la cosa embargada en poder del reclamante. Para que esa situación se altere hay necesidad de que quien la impugna pruebe que no es real, sino que en aquel instante de la diligencia de depósito se pueda entrar en cuestión de fondo, pues si se fuera a dictaminar allí acerca de la validez o invalidez del título re-

moto de la adquisición del dominio, la articulación subsiguiente no tendría razón de ser; y tampoco parece legal la alegación indicada antes, porque la tradición es el único modo de adquirir el dominio, como puede verse en el art. 673 del C. C.

Luego no era indispensable que a la hora del depósito presentara el reclamante título inscrito.

En todo caso, el juez halló corriente la reclamación de la señora Gómez e hizo en dicha señora el depósito. Ante esa situación que halló y reconoció el juzgado, sin otra objeción por parte del actor que la manifestación de insistencia, correspondía a éste probar en contrario, es decir, probar que el ejecutado y no el reclamante era el verdadero poseedor, hecho afirmativo y susceptible de prueba.

Por supuesto que lo que se resuelve en una articulación de desembargo no hace tránsito a cosa juzgada, y de ahí lo dispuesto en la última parte del art. 1021 del C. J. (Auto de 19 de septiembre de 1933, juicio de Fabriciano Betancur contra Emiro Gómez; Magistrado Dr. B. Agudelo).

XCII. — EL MARIDO NO PUEDE SER COMPELIDO CON MULTAS A SUMINISTRAR ALIMENTOS A SU ESPOSA.

El Juez no puede condenar al pago de una multa en favor del Tesoro Nacional al marido que deje de cumplir la obligación de suministrar a su esposa una cantidad determinada de dinero para alimentos, para subvenir a los gastos de un juicio, etcétera, porque esa multa envuelve pena corporal, ya que si no se paga se convierte en arresto, y según el art. 23 inciso 2 de la Constitución en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles.

Permite la ley la pena correccional por desobediencia (Art. 334 de la ley 105 de 1890) a fin de que los jueces puedan obligar a las partes, a los peritos, etcétera, al cumplimiento de las órdenes que aquéllos dicten. Pero es preciso usar muy prudencialmente de esa facultad a fin de no tropezar con el art. 23 de la Constitución; esta es norma para interpretar las leyes (Art. 4 Ley 153 de 1887).

Si un marido ha perdido hasta la noción de la vergüenza y se niega a suministrar a su esposa los alimentos debidos, a pesar de una orden judicial, no le queda a la esposa otra vía que el juicio ejecutivo, porque la vía del apremio de multas es ilegal. (a. de 10 de noviem-

bre de 1928, j. de Bernarda C. de Iregui c. José Ma. Iregui; M. Dr. I. Duque).

XCI. — SI SOLO HAY UN HEREDERO NO SE NECESITA PARTICION.

Si el heredero es uno solo, adquiere ipso jure el dominio de los bienes y es inoficiosa la partición, según la Corte Suprema (tomo 1, N° 1799); ni son varios, ipso jure, son comuneros, es decir, copropietarios de los bienes (Arts. 1374, y 2322 C. C.) (a. de 29 de agosto de 1929, sucesión de Nicanor Rojas, M. Dr. I. Duque).

XCIV. — UNA ESCRITURA PUBLICA NO FIRMADA POR EL NOTARIO VALE COMO DOCUMENTO PRIVADO.

Una de las más grandes irregularidades consistiría en que la escritura no estuviese firmada por el Notario, pero sin embargo tendría valor de documento privado. (Art. 1760, inciso 2° del C. C.) (a. de 21 de octubre de 1929, j. de Lázaro Cadavid c. Tulio Cadavid, M. Dr. I. Duque).

XCV. — NO ES NECESARIA LA NOTIFICACION DE LOS TITULOS EJECUTIVOS A LOS HEREDEROS DEL DEUDOR CUANDO ESTE MUERE DESPUES DE INCOADO EL JUICIO EJECUTIVO.

La notificación de los títulos ejecutivos a los herederos del deudor únicamente se cumple cuando se va a ejercitar la acción ejecutiva contra aquéllos, o cuando dictado el mandamiento de pago contra el deudor, muere éste antes de notificársele el auto de apremio; así lo sostiene el doctor Fernando Vélez en el Tomo V de su obra denominada Estudios sobre Derecho Civil Colombiano, donde citando la opinión del jurisconsulto Vera, dice lo siguiente: "El artículo 1.434 sólo rige contra los cobros no intentados en vida contra el deudor, porque si esas ejecuciones ya habían tenido comienzo, siguen adelante".

Lo que ocurre cuando alguno de los litigantes muere, durante el curso del juicio, es que los términos judiciales no corren en el negocio, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 2° del artículo 370 del C. Judicial, hasta que se haga saber a quien debe representar a aquél que puede seguir interviniendo en la causa. Debe, pues, notificarse a los herederos de la parte fallecida la existencia del pleito para que actúen en el juicio, y si éste se adelanta, sin llenar previamente dicha formalidad, la jurisprudencia ha considerado que la actuación

es absolutamente nula; pero indudablemente el principio consagrado en aquel precepto procedimental tiene la excepción que contempla el artículo 264 del expresado Código, cuando la parte ha constituido apoderado judicial, quien puede continuar representándola, después del fallecimiento de aquélla, pues el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal.

Como en esta ejecución la señora Rita Henao A., según aparece al folio 38 del cuaderno principal, constituyó apoderado al doctor Salvador Abad Escobar, y éste ha intervenido en el juicio, sin que el mandato le hubiera sido revocado por los herederos de aquélla, mal puede sostenerse la nulidad de la actuación cumplida con posterioridad al veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y tres, fecha en que falleció la expresada Rita Henao."

(Auto de 20 de noviembre de 1935, ejecutivo de Pedro Díaz Granados contra Clímaco Henao y otros; Magistrado doctor Pardo).

XCVI. — EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS CABEN INCIDENTES DESPUES DE PROFERIDA LA SENTENCIA DE PREGON Y REMATE.

El Juzgado de primera instancia desechó de plano la articulación, fundado en el art. 394, en relación con el 456, ambos del código judicial. Pero esta tesis no puede ser tan absoluta como se indica, ya porque, a diferencia de lo que pasa en los juicios ordinarios, el juicio ejecutivo no termina con la sentencia, pues de acuerdo con lo dispuesto por el art. 981 del C. J., hay juicio ejecutivo desde que se notifica el mandamiento de pago hasta que se hace el pago al acreedor, ya porque la misma doctrina del art. 451 enseña claramente que en el juicio ejecutivo sí puede haber lugar a incidentes después de dictada la sentencia de pregon y remate. Así lo sostuvo el Tribunal de Bogotá, en sentencia de 8 de febrero de 1934, publicada en la revista Justicia. (Auto de 31 de enero de 1935; juicio de Marceliano Londoño contra Pascual González; M. Dr. B. Agudelo).

XCVII. — LA ENFERMEDAD NO SIRVE DE EXCUSA PARA ABSOLVERSE DE ABSOLVER POSICIONES.

Abraham Hernández pidió que se le eximiera de absolver posiciones porque tenía debilitada la memoria y el esfuerzo intelectual que tendría que hacer con la absolución, lo expondría a un nuevo derrame

bre de 1928, j. de Bernarda C. de Iregui c. José Ma. Iregui; M. Dr. I. Duque).

XCI. — SI SOLO HAY UN HEREDERO NO SE NECESITA PARTICION.

Si el heredero es uno solo, adquiere ipso jure el dominio de los bienes y es inoficiosa la partición, según la Corte Suprema (tomo 1, N° 1799); ni son varios, ipso jure, son comuneros, es decir, copropietarios de los bienes (Arts. 1374, y 2322 C. C.) (a. de 29 de agosto de 1929, sucesión de Nicanor Rojas, M. Dr. I. Duque).

XCVI. — UNA ESCRITURA PUBLICA NO FIRMADA POR EL NOTARIO VALE COMO DOCUMENTO PRIVADO.

Una de las más grandes irregularidades consistiría en que la escritura no estuviese firmada por el Notario, pero sin embargo tendría valor de documento privado. (Art. 1760, inciso 2° del C. C.) (a. de 21 de octubre de 1929, j. de Lázaro Cadavid c. Tulio Cadavid, M. Dr. I. Duque).

XCVI. — NO ES NECESARIA LA NOTIFICACION DE LOS TITULOS EJECUTIVOS A LOS HEREDEROS DEL DEUDOR CUANDO ESTE MUERE DESPUES DE INCOADO EL JUICIO EJECUTIVO.

La notificación de los títulos ejecutivos a los herederos del deudor únicamente se cumple cuando se va a ejercitar la acción ejecutiva contra aquéllos, o cuando dictado el mandamiento de pago contra el deudor, muere éste antes de notificársele el auto de apremio; así lo sostiene el doctor Fernando Vélez en el Tomo V de su obra denominada Estudios sobre Derecho Civil Colombiano, donde citando la opinión del jurisconsulto Vera, dice lo siguiente: "El artículo 1.434 sólo rige contra los cobros no intentados en vida contra el deudor, porque si esas ejecuciones ya habían tenido comienzo, siguen adelante".

Lo que ocurre cuando alguno de los litigantes muere, durante el curso del juicio, es que los términos judiciales no corren en el negocio, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 2° del artículo 370 del C. Judicial, hasta que se haga saber a quien debe representar a aquél que puede seguir interviniendo en la causa. Debe, pues, notificarse a los herederos de la parte fallecida la existencia del pleito para que actúen en el juicio, y si éste se adelanta, sin llenar previamente dicha formalidad, la jurisprudencia ha considerado que la actuación

es absolutamente nula; pero indudablemente el principio consagrado en aquel precepto procedimental tiene la excepción que contempla el artículo 264 del expresado Código, cuando la parte ha constituido apoderado judicial, quien puede continuar representándola, después del fallecimiento de aquélla, pues el mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal.

Como en esta ejecución la señora Rita Henao A., según aparece al folio 38 del cuaderno principal, constituyó apoderado al doctor Salvador Abad Escobar, y éste ha intervenido en el juicio, sin que el mandato le hubiera sido revocado por los herederos de aquélla, mal puede sostenerse la nulidad de la actuación cumplida con posterioridad al veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y tres, fecha en que falleció la expresada Rita Henao."

(Auto de 20 de noviembre de 1935, ejecutivo de Pedro Díaz Granados contra Clímaco Henao y otros; Magistrado doctor Pardo).

XCVI. — EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS CABEN INCIDENTES DESPUES DE PROFERIDA LA SENTENCIA DE PREGON Y REMATE.

El Juzgado de primera instancia desechó de plano la articulación, fundado en el art. 394, en relación con el 456, ambos del código judicial. Pero esta tesis no puede ser tan absoluta como se indica, ya porque, a diferencia de lo que pasa en los juicios ordinarios, el juicio ejecutivo no termina con la sentencia, pues de acuerdo con lo dispuesto por el art. 981 del C. J., hay juicio ejecutivo desde que se notifica el mandamiento de pago hasta que se hace el pago al acreedor, ya porque la misma doctrina del art. 451 enseña claramente que en el juicio ejecutivo sí puede haber lugar a incidentes después de dictada la sentencia de pregón y remate. Así lo sostuvo el Tribunal de Bogotá, en sentencia de 8 de febrero de 1934, publicada en la revista Justicia. (Auto de 31 de enero de 1935; juicio de Marceliano Londoño contra Pascual González; M. Dr. B. Agudelo).

XCVII. — LA ENFERMEDAD NO SIRVE DE EXCUSA PARA ABSOLVERSE DE ABSOLVER POSICIONES.

Abraham Hernández pidió que se le eximiera de absolver posiciones porque tenía debilitada la memoria y el esfuerzo intelectual que tendría que hacer con la absolución, lo expondría a un nuevo derrame

cerebral. Citó el artículo 605 del Código Judicial y acompañó una certificación de tres médicos graduados. El Magistrado sustanciador negó la petición diciendo que cuando una de las partes padeciera de enfermedad calificada de grave, lo procedente era la suspensión de términos (art. 370 del C. J.). Suplicado el auto, la Sala Dual dijo: Los razonamientos del señor Magistrado Ponente son fundados y de indiscutible legalidad, porque cuando el código judicial habla en los citados arts. 605 y 622 de capacidad, no se refiere a la fortaleza física sino a la capacidad jurídica que faculta al individuo para adquirir derechos, contraer obligaciones y hacer uso de aquél, personal y directamente. Esto se deduce de los términos claros de esas disposiciones, tomados en su sentido natural y obvio. Cualquiera otra interpretación que se aleje de esta elemental regla de hermenéutica legal no puede conducir sino a tergiversar el espíritu de la ley y a querer hacer decir a ésta lo que ella no dice. (Auto de 31 de Marzo de 1933, juicio de la Cía. Ríogrande Abajo c. la Cía de Minas de Oro de Porcecito y otra; Magistrado Dr. B. Agudelo).

**XCVIII. — EL SECUESTRO DECRETADO A PETICION DEL  
ACREEDOR PONE FIN AL DECRETADO EN EL JUICIO DE  
SUCESION.**

En su condición de acreedor, Rafael M. Sierra S. pidió el secuestro preventivo contra la sucesión de Ismael Sierra, pero al llevarse a cabo el secuestro, se opuso Carlos Jaramillo Vieira como secuestre nombrado en el juicio de sucesión referido. El señor Juez se negó a llevar a cabo el secuestro pedido por el acreedor aplicando el texto del artículo 280 del C. J. que dispone que "si la cosa se halla en poder de persona que la tiene con el carácter de secuestre, debidamente comprobado, no se lleva a cabo el secuestro preventivo". El Tribunal revocó y dispuso llevar a cabo el segundo secuestro por encima del primero, diciendo: "el Juez de la primera instancia ha dado a la doctrina del art. 280 citado mayor extensión de la que le corresponde: porque ese artículo hace parte del Cap. 1°, Libro 2° del C. J. que sólo se refiere a secuestros pedidos por acreedores personales y por quien va a reivindicar, y no fue el señor Jaramillo Vieira nombrado secuestre en acción de dominio o personal de un acreedor sino por el dueño de la finca, es decir por la sucesión del señor Manuel Ismael Sierra, o a nombre de ella; y porque no paró mientes en que el caso de autos está comprendido en uno de excepción dicho en el art. 905 del C. J. Este

último artículo autoriza a los acreedores hereditarios o testamentarios a pedir, en cualquier estado del juicio de sucesión, el secuestro de bienes de ésta. Y cualquier estado de la sucesión comprende a las sucesiones ilíquidas, o en vía de ser liquidadas, estén los bienes bajo la administración del albacea, de los herederos, de terceros o de administrador o secuestre que los tenga a nombre de la sucesión. A no ser jurídica esta interpretación bastaría al deudor nombrar depositario de sus bienes y entregárselos, y a los herederos nombrar o hacer nombrar el administrador o secuestre a que se refiere el artículo 904 del C. J. para anular los derechos que tiene el acreedor para impetrar las medidas precautorias que le competen en virtud de la prenda tácita que consagra el art. 2.488 del C. C. en favor de los acreedores.

Tanto quiere la ley proteger el interés de los acreedores en las sucesiones, que a más de la acción sobre secuestro de que habla el art. 905 del C. J., consagra en el artículo siguiente, el beneficio de separación de los bienes y en el 941 el derecho a hacer inventariar los créditos que tienen las condiciones que ese artículo indica. (Auto de 29 de febrero de 1936, juicio de Rafael M. Sierra contra la sucesión de Ismael Sierra; auto de 14 de abril de 1936, juicio de Justiniano Roldán contra herederos de Adriano Parra; Dr. B. Agudelo).

**XCIX. — LA LEY NO ESTABLECE SOLIDARIDAD ENTRE LOS  
GIRADORES.**

De acuerdo con la última parte del Art. 1568 del C. C., la sociedad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que la ley no la presume o establece, y la ley sobre instrumentos negociables (ley 46 de 1923) solamente estatuye en su Art. 70 la solidaridad para los endosatarios conjuntos y en ninguna parte para los giradores. (Auto de 19 de julio de 1935, juicio de Gabriel Botero contra Félix A. Suescún; M. Dr. B. Agudelo).

**C. — EL TUTOR NO TIENE QUE CONSTITUIR APODERADO  
PARA LA DEFENSA DE LOS BIENES DEL PUPILO.**

Se alega que el señor Herrón por no ser abogado, en los casos contemplados por las leyes 62 y 21 de 1931, no debió ser admitido a gestiones, pero es que se confunde lo que es un mandatario judicial con un representante legal (artículo 62 del C. C.). En este orden de ideas, el padre de familia tendría que constituir apoderado en los juicios en que es interesado su hijo, lo cual sería un absurdo. (Auto de



8 de mayo de 1936, solicitud de Franco de P. García; Dr. B. Agudelo).

CI. — EN LOS JUICIOS DE SUCESION PUEDE EL PADRE REPRESENTAR A SUS HIJOS.

En el código anterior, por disposición expresa de la ley, había que dar a los menores curador ad-litem; pero en el actual Código no se reprodujo tal disposición y como en varias ocasiones lo ha explicado este Tribunal, en los juicios de sucesión, como que son de jurisdicción voluntaria, no hay intereses encontrados entre los padres y los hijos, mientras no surja controversia que revele esa oposición de intereses y que requiera decisión especial, sino el interés común de que se divida el patrimonio (Auto de 17 de julio de 1935; sucesión de Domitila Moreno; auto de 16 de Agosto de 1935, juicio de sucesión de Gumercinda Cano; M., Dr. Agudelo).

CII. — CUANDO NO SE TRATA DE HACER UNA EXPRESA DECLARACION DE NULIDAD ABSOLUTA DEBE DESESTIMARSE EL ACTO COMO PRUEBA.

Bastaría para negar el derecho de la señora María García a oponerse a la entrega ordenada, observar que son nulos los contratos de venta entre cónyuges no divorciados, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1852 del C. C.—y la dación en pago en el caso de autos es una venta—; que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa (inco. 2° art. 6° ibidem); que la nulidad absoluta debe ser declarada de oficio cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (art. 15, L. 95 de 1890), y que según doctrina de la Corte Suprema de Justicia, fundada en la naturaleza de la nulidad absoluta, cuando no se trata de hacer una expresa declaración de nulidad del acto, debe desestimarse como prueba, si esa nulidad es manifiesta, es decir si, como en el presente, aparece de manifiesto del mismo instrumento que le sirve de prueba. (Auto de 19 de junio de 1935; juicio de Ignacio Uribe contra Jesús Montoya; magistrado Dr. B. Agudelo).

CIII. — EL RECONOCIMIENTO NO SIRVE PARA FIJAR LA FECHA DE UN DOCUMENTO.

Para que se vea que un documento privado no prueba contra terceros por el simple hecho de estar reconocido ante Juez competente, se copia lo que al respecto dice el Dr. Fernando Vélez en su "Estudio

sobre el derecho civil colombiano", T° VI, N° 594: "Cuatro son los hechos que fijan la fecha de un documento privado, respecto a terceros, según el art. 1762.

"1°.—El fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, es decir, de una de las partes contratantes o de uno de los testigos, puesto que la ley no distingue. Si un tercero ha escrito el documento, pero no lo ha firmado, su muerte no fijará la fecha, porque la ley no lo dice, quizá con razón, pues la letra de un escrito no ofrece la misma garantía que las firmas de éstos".

"2°.—El registro, en el cual debe comprenderse la protocolización del documento. Se requiere en el caso del registro que el documento se copie; luego no bastaría una simple mención o el extracto de él (art. 36, L. 57 de 1887; art. 705 C. J.). En la protocolización el documento queda original en el libro correspondiente del notario".

"3°.—Presentación del documento en juicio".

"4°.—Que se inventaríe por un funcionario competente, en su carácter de tal, como en una sucesión, o que en ésta se tome razón de él, indicando sus partes sustanciales de modo que se sepa quiénes son los contratantes y cuáles sus pactos".

"Tales son los cuatro hechos que establecen que la fecha de un documento privado para terceros, es la del día en que ocurre alguno de aquéllos. Esos hechos no se pueden ampliar, ni comprobando otros, como que a una de las partes se le había amputado ambos brazos, que hagan imposible la alteración de la fecha, porque el art. 1762 es de naturaleza limitativa, según los términos en que está redactado. Sin embargo, si el tercero a quien se opone el documento privado confiesa que lo conocía cuando contrató, la confesión surte sus efectos, no porque fije la fecha del documento, sino porque habría dolo en aprovecharse de la incertidumbre de la fecha, no obstante que se conocía el documento. La fecha de éste para otras personas sería, en consecuencia, la que fijara uno de los cuatro hechos mencionados" (Auto de 15 de marzo de 1935, juicio de Rosenda Palacio contra Teodomiro Marín; M. Dr. B. Agudelo).

CIV. — SINGULARIZACION DE LA COSA OCUPADA POR MUCHOS.

El señor Juez de la primera instancia reconoció la excepción de petición de modo indebido, la cual funda, en que habiéndose ejercitado la acción reivindicatoria contra varios demandados que no están

unidos por el vínculo de comunidad, era preciso que a cada uno de ellos se demandase por la porción de terreno que detenta.

Sobre este punto acogió el señor Juez *a quo*, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sostenida en diversos fallos de casación, desde 1887 hasta 1926, y en virtud de la cual ha establecido que para singularizar una finca que se reivindica, “no basta que ésta se halle comprendida dentro de otra, o que haga parte integrante de ella”.

Dicha doctrina de la Corte no ha sido aceptada por todos los Magistrados de esta alta Corporación, pues en la sentencia de casación del 4 de agosto de 1926, que corre publicada en los Nros. 1.710 y 1.711 de la Gaceta Judicial, hubo salvamento de voto del doctor Tancredo Nannetti, con cuyas razones y argumentos jurídicos está de acuerdo la Sala.

De dicho salvamento de voto se extracta lo siguiente:

“La exigencia de que el bien raíz que es materia de la reivindicación debe singularizarse por medio de contornos precisos, no es simple formulismo. Tal exigencia tiene por base el hecho de que la sentencia que ordene la restitución debe recaer, para que pueda cumplirse, sobre una cosa determinada y cierta.

“Ahora bien: cuando una finca circunscrita por linderos ha sido ocupada en varios parajes con labranzas y casas de habitación por varios individuos, basta, para definir el derecho del reivindicador, la prueba del dominio de la finca y de la ocupación de porciones de ella por los demandados. La sentencia, si triunfan las pretensiones del demandante, puede cumplirse ordenando a cada uno de los poseedores la desocupación de la parte del cuerpo cierto que indebidamente retiene.

“Ocurre con frecuencia que gran número de individuos en el supuesto de que se trata de terrenos baldíos, ocupan con casas, labranzas y cercados una finca ajena, y no sería justo que se obligase al dueño, para defender su propiedad, a reivindicar por separado contra cada uno de los usurpadores las porciones detentadas, exigiéndole, además, que las determine por linderos, los cuales, en el caso contemplado, son por todas partes las mismas tierras del reivindicador. (Sentencia de 9 de septiembre de 1936; juicio de Emilio Zapata contra Luis Arias y otros; Magistrado doctor Pardo).

#### CV. — LAS PARTES NO SON LIBRES PARA FIJAR CONVENCIONALMENTE LOS HONORARIOS DE ABOGADO.

Es verdad que en las escrituras que se ven de folios 1 a 4 del ex-

pediente, consta que los honorarios de abogado se fijaron por el acreedor y deudor en la suma de doscientos cincuenta pesos moneda legal; pero también lo es que esa libertad contractual debe considerarse atemperada por el artículo 580 del C. Judicial, el cual establece la facultad del Juez para regular las costas cuyo monto no está señalado por la ley.

Además, el 582 *ibidem* concede a las partes el derecho de objetar la liquidación de costas, y al Juez la facultad de tasarlas, previo dictamen de peritos, sin más sujeción que a los dictados de la justicia y la equidad.

No puede decirse que con tal atribución señalada al Juez, se viola el principio consignado en el artículo 1502 del C. Civil. También las partes pueden acordar en un contrato cierta cantidad de dinero como pena o multa que debe pagar una de ellas por razón de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de lo pactado, y sin embargo esa pena, cuando excede de ciertos límites, puede reducirse o rebajarse, conforme lo dispone el 1.601 *ibidem*.

Y es que la autonomía de las partes o libertad de estipulación no deben respetarse, cuando saliéndose de los límites de la justicia y de la equidad, afectan, ya derechos individuales, o sociales, como ocurriría en el presente caso, si se señalaran como honorarios de abogado la exorbitante suma de doscientos cincuenta pesos moneda legal, que representa la mitad del capital dado en préstamo por N. N. a Celedonio Montoya. La estimación de las agencias y trabajos en derecho en la cantidad de cincuenta pesos que fue la acordada en la escritura N° 3.234 de 20 de septiembre de 1928, otorgada en la Notaría 4° de este Circuito, se considera legal y justa. (Auto de 23 de enero de 1936; juicio de N. N. contra Celedonio Montoya. Magistrado doctor Pardo).

#### CVI. — PARA PODER REEMPLAZAR AL PERITO HAY NECESIDAD DE REQUERIRLO A QUE TOME POSESION.

Uno de los peritos no tomó posesión antes de la diligencia de avalúo y sin embargo el Juez entró a reemplazarlo durante ella. Puesto el avalúo en conocimiento de las partes, el demandado objetó el avalúo; se declaró fundada la objeción y apelado el auto para ante el Tribunal, éste declaró que no había materia apta para fallar porque no había peritazgo, una vez que el nombramiento de peritos es derecho reconocido a las partes que no se les puede arrebatar. El Tribunal cita la jurisprudencia de la Corte que se transcribe: “Los jueces y Tribunales sólo pueden reemplazar los peritos nombrados por las partes en

el caso de que los peritos se excusen, o cuando no den su exposición en el término que se les señala, o si el dictamen se diere de una manera vaga e indeterminada (“T. 1° N° 2962). “El hecho de no haberse presentado a tomar posesión del cargo el perito nombrado por una de las partes, antes de ejecutarse el auto que señala día para la práctica de la diligencia, no faculta al Juez para nombrar de oficio a quien deba reemplazarlo. En tales circunstancias no puede decirse legalmente que falta el perito. No puede considerarse que falta el perito nombrado por una de las partes sino cuando requerido para tomar posesión se excusa o cuando no fuere hallado en el lugar del juicio o donde debe practicarse la diligencia.” Incurrir en error de derecho el Tribunal sentenciador al estimar en la sentencia una prueba pericial que se ha practicado sin llenarse las formalidades legales sobre peritos. (Juris. de la Corte, T. 3°, Nos. 2558, 2897 y 2898”). (Auto de 4 de marzo de 1936, juicio de Juan M. Salazar contra la sucesión de Anselmo Tamayo; Dr. B. Agudelo).

#### CVII. — ES RENUNCIABLE EL DERECHO A NOMBRAR DEPOSITARIO.

El deudor puede hacer renuncia en favor del acreedor del derecho de nombrar depositario, porque no está prohibida por las leyes, el orden público ni las buenas costumbres. Es una formalidad establecida en beneficio particular. (Auto de 14 de abril de 1936, juicio de Justiniano Roldán contra herederos de Adriano Parra; Dr. B. Agudelo).

#### CVIII. — LOS GASTOS DE ENFERMEDAD Y ENTIERRO DEL CAUSANTE SE FIJAN MEDIANTE ARTICULACION.

Los gastos de última enfermedad y entierro del causante son gastos de la sucesión (art. 1016 del C. C.); es imposible que puedan constar todos ellos en documento que preste mérito ejecutivo, y tienen prelación de primera clase (art. 2494 *ibidem*). Como esta clase de gastos son bajas del acervo que el partidor debe tener presente a la hora de la liquidación anterior a la distribución y adjudicación de bienes, este Tribunal tiene resuelto que el monto de ellos se fije en articulación que el interesado podrá proponer antes de la partición, a fin de dar lugar a pruebas y contrapruebas. (Auto de 12 de mayo de 1936, sucesión de Celestina Arango; Dr. B. Agudelo).

NOTA.—En otros casos, el Tribunal ha aceptado que el Juez puede regularlos en el momento mismo de la diligencia de inventarios.

#### CIX. — NO PROCEDE LA ACCION DE RESOLUCION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

La acción establecida por el demandante es la de resolución del contrato de sociedad. A este respecto son terminantes las peticiones de la demanda, y en varias piezas de estos autos se recalca que esta acción versa sobre resolución. Véase el memorial de fs. 36. No hay lugar, pues, a interpretación alguna de la demanda con relación a la acción intentada.

Y acontece que el contrato de sociedad no puede ser legalmente resuelto, y aun cuando ello no fuera así y aun cuando estuvieran probados los hechos fundamentales de la demanda, éstos no serían prueba bastante para declarar la resolución pedida.

No se desconoce que hay dos encontradas opiniones que en el campo de la doctrina jurídica disputan acerca de si es aplicable o nó al contrato de sociedad la acción que emana de la condición resolutoria tácita consagrada en el art. 1546 del C. C. y que con apariencias de legalidad se argumenta, para decidir esa controversia, que donde la ley no distingue no le es dado distinguir al juez. Pero la Sala considera que por la especialidad de las reglas sobre disolución que rigen para el contrato de sociedad, no es aceptable la acción resolutoria para este contrato, porque su fisonomía jurídica no la admite, pues, a semejanza de lo que acontece en el contrato de arrendamiento, es de ejecución parcial y sucesiva; no produce efectos instantáneos, y los que nacen durante la vigencia del contrato de sociedad mal podrían desaparecer, como de tajo, con la declaración sobre resolución. Por esto dice la Corte Suprema “que en caso de infracción de las partes, cabe terminarlo o concluirlo, pero resolverlo no” (Casación de 11 de agosto de 1920, XXIX, 21—2°).

El Código Civil indica los motivos que pueden dar lugar a la disolución de la sociedad y las consecuencias de esa disolución para el socio que da lugar a ella.

La resolución y la disolución del contrato son fenómenos esencialmente diversos: en el primer caso se considera que el contrato nunca ha existido, pues pierde su fuerza tanto para lo futuro como para lo pasado, y da lugar a indemnización de perjuicios; en el segundo caso el contrato desaparece para lo futuro, pero subsisten las relaciones de derecho creadas durante su existencia. Y no solamente son distintos los efectos de esos dos fenómenos jurídicos dichos sino que también son

distintas las causas que los generan, de tal suerte que pedida la resolución de un contrato no puede declararse la disolución del mismo y viceversa, sencillamente porque, se repite, son acciones distintas.

Para la prosperidad de la acción judicial establecida deben aparecer de la demanda ligadas íntimamente, o armónicamente combinadas, las tres partes que son de su esencia: los hechos fundamentales, el derecho en que se apoya la acción, y las solicitudes de la parte petitoria, porque, como lo anota el Dr. Luis E. Villegas (Salvamento de voto de 11 de noviembre de 1912, G. J. Nos. 1105 y 1106) "si los hechos son ciertos, pero no generan a la luz de la ley el derecho que se invoca, tales hechos son legalmente infecundos. Si los hechos son ciertos y engendran algún derecho, pero la solicitud que se hace no hermana con tales hechos y tal derecho, la acción establecida es vana".

Admítase, en gracia de discusión, que se puede invocar acción resolutoria en el contrato de sociedad; y admítase que están probados los hechos que se indican como fundamentales en la demanda, base de este juicio, y aun así había que concluir por confirmar la sentencia que negó las declaraciones solicitadas, y ello porque de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1546 del C. C. hay lugar a la resolución del contrato cuando no se cumple por uno de los contratantes lo pactado, y porque no se pactó en el contrato de sociedad que el demandado Flórez debía abstenerse de ejecutar los hechos que se dice haber ejecutado. De suerte que aun habiendo el demandado cometido tales actos, no fueron ellos violatorios de pacto alguno. Y no es la ejecución de acto alguno perjudicial lo que da lugar a la acción resolutoria, nó: es la violación de lo pactado. De ahí que se hubiera dicho al principio que aun dando por cierto que la acción invocada es válida para el caso de autos, y que estuvieran probados los hechos imputados al señor Flórez, que aun así, se repite, la acción no puede prosperar.

En resumen, si los hechos son ciertos, son infecundos para el fin perseguido en este juicio, porque no engendra el derecho que se invoca; y aun cuando pudieran ser motivo de derecho alguno, para la disolución de la sociedad, la acción establecida, o sea la de resolución, es vana ahora porque no hermana con esos hechos y con tal derecho. Abundan paradigmas al respecto.

Replica el demandante en su alegación de esta instancia que "se puede objetar que el art. 1546 citado habla también de la indemnización de perjuicios, y que si no se pueden volver las cosas al estado que tenían en el momento de celebrarse el contrato, sí se pueden pagar

los perjuicios". Esta es también la teoría de la Corte Suprema (Gaceta Judicial año XXV, pág. 341—col. 2ª—) Es indudable que cuando se comete un acto culposo que causa daño, puede demandarse la correspondiente indemnización. Pero como la sociedad es una tercera persona distinta de los socios individualmente considerados, la demanda ha de establecerse en nombre de la sociedad y pedirse para la sociedad, pues es élla la que ha sufrido los perjuicios. Como el actor pidió para sí y en su nombre, la demanda tampoco podría prosperar por este aspecto. (Sentencia de 31 de Enero de 1933; juicio de Antonio Quijano contra José Flórez; Magistrado Dr. B. Agudelo).

#### CX. — NO HAY COMUNIDAD ENTRE EL DUEÑO DEL PREDIO Y EL CONSTRUCTOR DE MEJORAS.

En terreno de Carlos Vega, un tercero construyó a ciencia y paciencia del primero, un edificio. Entonces, se presentó vega a pedir la división por venta. El Tribunal rechazó la acción. No se trata de una comunidad sino de un caso de accesión que se rige por lo dispuesto para esos casos por el art. 739 del C. C. Al respecto ha dicho la Corte Suprema: "Es manifiestamente errónea e injurídica la opinión de los que juzgan que cuando alguien edifica en terreno ajeno, a ciencia y paciencia del propietario, el constructor se hace dueño del edificio, y se produce una comunidad entre el dueño del predio y el dueño del edificio" (Casación de 5 de octubre de 1910 C. J. XIX).

En efecto, la acción que tiene el que ha edificado en terreno ajeno para reclamar el valor de la construcción es personal y no real; y como el derecho del dueño del terreno es real, mal puede haber comunidad entre derechos reales y personales. (Sentencia de 15 de Marzo de 1933, juicio de Jesús Bernal contra Jorge Vega; Magistrado Dr. B. Agudelo).

#### CXI. — LAS DILIGENCIAS SON APELABLES.

El Art. 484 del C. J. dice que contra las providencias judiciales existen los recursos de reposición, apelación, súplica, etc. Las resoluciones que se toman por el Juez, en el acto de una diligencia, como negar pruebas, suspender la diligencia, cuando hay oposición, no suspenderla, etc., son providencias judiciales y por tanto están sujetas a los recursos concedidos por la ley.

Sobre este particular hay una verdadera anarquía y en algunos casos se ha sostenido la doctrina de que cuando en una diligencia ju-

dicial se toman resoluciones, o se hacen declaraciones perjudiciales para alguna de las partes o interesado en un negocio judicial, el medio para reparar el agravio no es el de intentar cualquiera de los recursos que el código procedimental otorga contra las providencias judiciales, sino el de provocar un auto para obtener pronunciamientos contrarios a aquéllos que contiene la diligencia, para que así el proveído dictado por el Juez quede sujeto al recurso de reposición o de alzada. Esta es la tesis sostenida por el señor Juan C. Rico, pero este es un procedimiento que peca contra la economía procesal y que seguramente conduce a iguales resultados y no pasa de ser un formulismo exagerado. Si el Juez, por ejemplo, no atiende una oposición en la diligencia, y el interesado insiste en que se atienda en petición posterior, seguramente el Juez volverá a decir que no es el caso de atenderla, y, conforme a la doctrina citada, sólo esta providencia sería la que estaría sujeta a los recursos judiciales, cuando, interpuesto el recurso en la misma diligencia, o en los tres días después de firmada por el interesado, puede decirse si se concede o nó el recurso.

En la jurisprudencia razonada del Tribunal Superior de Bogotá, el Dr. Luis Felipe Latorre, autoridad citada por el apoderado del señor Juan C. Rico, se dice: "Si el interesado firmó la diligencia (de depósito, inventarios, etc.) en que el Juez adoptó alguna resolución de la cual apela el primero, el recurso debe interponerse en el mismo acto de la diligencia, o dentro de los tres días siguientes, porque la firma de dicho acto implica una notificación de lo resuelto allí". (a. de 9 de diciembre de 1942, divisorio de Vicente y Antonio Rico; M. Dr. F. Echeverri).

#### CXII. — LAS NULIDADES PROCESALES SON ABSOLUTAS O RELATIVAS.

Las nulidades procesales por ilegitimidad de la personería se consideran relativas puesto que son ratificables (Art. 134 de la ley 105 de 1890); y la nulidad relativa se entiende instituída en favor del indebidamente representado, por tanto, no puede desconocerse en su contra. Y en contra del relativamente incapaz resultaría reconocida en el sentido de negarle una articulación de desembargo, lo que es tanto más inaceptable cuanto que ley no permite anular de plano un juicio por ilegitimidad de la personería y abre anchísimo campo en el art. 135 para ratificación. (a. de 21 de febrero de 1929, j. de José J. Martínez, c. Sergio A. Lopera, M. Dr. I. Duque).

#### CXIII. — LOS DOCUMENTOS PUBLICOS NO PUEDEN REEMPLAZARSE CON CERTIFICADOS.

De ahí la prohibición de que los secretarios certifiquen sobre lo que consta en los procesos. Una actuación judicial, que es documento auténtico, no se puede reemplazar por medio de certificado, salvo el caso de pérdida; sólo entonces es admisible el certificado siempre que hubiere otros documentos que hicieren verosímil que el documento perdido existió y que se presenten testigos para complementar la prueba (Arts. 682 y 683 C. J.). La prueba de haberse fijado un edicto por determinado tiempo, debe resultar del edicto mismo, esto es de las notas puestas en él por el Secretario sobre las fechas de fijación y desfijación. Lo que el art. 1064 C. J. exige es que antes de procederse al remate haya constancia legal de haber estado fijados los edictos en que se anuncia por el tiempo determinado por la ley; esa constancia tiene que resultar de los edictos mismos. (a. de 5 de junio de 1929, j. de Enero Jiménez, c. Manuel Agudelo, M. Dr. I. Duque).

#### CXIV. — AUNQUE EL JUEZ ESTIME QUE NO PROCEDE EL SEQUESTRO DEBE EXIGIR PREVIAMENTE EL JURAMENTO Y LA FIANZA DEL CASO.

Ningún Juez debe proferir una decisión a fondo sin sustanciar previamente el negocio. En un juicio ejecutivo en que se ejercita la acción real, por infundada que parezca la ejecución por cualquier motivo, debe ordenarse que el ejecutante preste el juramento del caso. Si se pide un secuestro preventivo, aunque a las claras no proceda la acción de secuestro, debe el Juez ordenar que se preste el juramento de no proceder de malicia y hacer que se otorgue la fianza, antes de negar la acción si estima que debe negarse. No solamente esto es lo legal, sino que si se omiten esas formalidades se ve luego el superior en dificultades o en imposibilidad de revocar la providencia de fondo, por pretermisión de formalidades indispensables.

La excesiva celeridad en la administración de justicia conduce a la excesiva lentitud de la misma. (a. de 4 de julio de 1929, j. de Miguel Vélez, c. Antonio Madrid, M. Dr. I. Duque).

#### CXV. — NO CORRESPONDE AL ORGANO JUDICIAL REGULAR EL USO DE AGUAS COMUNES

Corresponde a la Policía y no al Poder Judicial regular el uso de

aguas comunes, en forma de establecer turnos si son insuficientes, o de proveer a una división equitativa de aguas, según las épocas de mayor o menor abundancia, en cada caso particular conforme a los arts. 322 del Código de la Materia, los cuales deben aplicarse porque según el art. 889 del C. C., las disposiciones relativas a servidumbres se entenderán "sin perjuicio de lo estatuido sobre servidumbres en el Código de Policía o en otras leyes". Campo le queda, en consecuencia, al demandante para pedir a las autoridades de policía la aplicación de esos textos, es decir, la reglamentación del servicio de aguas de modo que puedan usar de las que hoy se litigan así el demandante como la demandada. Véanse, además, los arts. 201 C. J. y 8 de la ley 153 de 1887. (S. de 5 de septiembre de 1931, j. del Dr. Basiliso Uribe c. Gonzalo Uribe y s. de igual fecha j. de Castor Vélez c. Carmen Emilia Sierra; M. Dr. I. Duque).

**CXVI. — SI LA JURISDICCION ES PRORROGABLE NO PUEDE EL JUEZ DE OFICIO ABSTENERSE DE ADMITIR LA DEMANDA.**

Cuando la jurisdicción del Juez es prorrogable debe darse curso al juicio, sin que ello mengüe el derecho del demandado de proponer la excepción de incompetencia de jurisdicción, si lo tiene a bien; solamente cuando por la naturaleza de la causa resulta ser incompetente el Juez ante quien se propone una demanda, no debe dársele curso a ésta porque se produce nulidad (Artículo 123 numeral 1°, 124 numerales 1° y 3° 132 ley 105 de 1890, 157, 158, 144 y 145 C. J.). Por lo mismo el Tribunal no tiene por qué entrar a estudiar el alcance de la cláusula sobre renuncia del domicilio, ni las demás alegaciones que hace el apoderado del ejecutante sobre prórroga de jurisdicción, porque ello es materia de la sentencia de excepciones en el caso de proponerse la excepción de incompetencia de jurisdicción. (a. de 12 de julio de 1928, j. de Julio Trujillo c. Ruperto Velásquez; M. Dr. I. Duque).

**CXVII. — EL SECUESTRO DE LOS BIENES DE LA SUCESION DEBE EXTENDERSE A LA MITAD DE GANANCIALES DEL CONYUGE SUPERSTITE.**

Han creído algunos que cuando se trata de una sucesión de bienes adquiridos durante la sociedad conyugal es improcedente el depósito de los bienes o que éste debe dejársele al cónyuge supérstite. No es esto aceptable. Siempre que el Código Civil habla de los bienes de una sucesión, siempre que se refiere a herederos, siempre que habla de

delación de herencia, siempre que se refiere a cosas semejantes como a los derechos de rescisión en la partición de bienes relictos, traza reglas de carácter general, sin hacer distinciones sutiles. El legislador no sutaliza, no idea distinciones entre bienes relictos de la sociedad conyugal ilíquida, y bienes relictos propios del finado; entre sociedad conyugal ilíquida y derechos hereditarios ilíquidos. Estas clases de sutilezas de invención moderna fueron desconocidas por los redactores del C. Civil; el derecho es muy simple para tratarlo de convertir en un embrollo. Si acaso admiten algunas distinciones sólo es en cuanto sean estrictamente indispensables. De modo que cuando la ley habla de bienes de una sucesión que deben depositarse, comprende en ellos los adquiridos durante la sociedad conyugal, pues no pueden separarse de los bienes relictos porque son los mismos bienes relictos. Que dentro de la sucesión se liquide una sociedad conyugal para determinar cuáles son los gananciales, cuáles son los bienes que corresponden a los herederos en vista de los aportes de los cónyuges, es cuestión de orden distinto. (a. de 23 de agosto de 1938, s. de Victoriano Vélez, M. Dr. I. Duque).

**CXVIII. — EL CONOCIMIENTO DIRECTO DEL TESTIGO PUEDE CONSISTIR EN MERAS DEDUCCIONES QUE EL SE HAYA HECHO.**

No puede llevarse a la exageración el modo de apreciar el testimonio, es decir, el modo como se tiene conocimiento de los hechos; la mayor parte de éstos se conocen no por el sentido de la vista, ni siquiera por el oído, sino por fenómenos de inducción y deducción. Es así como sabemos quiénes son nuestros padres, quiénes nuestros hermanos, el lugar en que nacimos, el país en que vivimos, etcétera. Por esto resulta generalmente imposible hacerle a un testigo las preguntas de que tratan los arts. 635 y 636 C. J.; y porque en general nadie sería capaz de expresar como testigo que vio u oyó determinados hechos, se ha consagrado la práctica de que los testigos declaren que "saben y les consta personalmente" tales o cuales hechos. Es decir, por no hacer prácticamente imposible el testimonio humano, dado el texto literal de los artículos 635 y 636 del C. J., que aplicados literalmente hacen imposible el testimonio en la generalidad de los casos, se abusa de la expresión "sé y me consta por directas percepciones", y se admite como razón del dicho de un testigo.

Pero los arts. 635 y 636 del C. J. no deben interpretarse literal-

mente, sólo sirven de ejemplo en determinados casos cuando se trata de un hecho presenciado; la idea del legislador es simplemente la de que el testigo dé la razón de su dicho de algún modo que lleve al ánimo del Juez la persuasión de que el testigo declara por propias y directas percepciones. Verbigracia, testigos hay que dicen que no saben si el marido le suministra alimentos a su esposa o si le da lo necesario, porque nada han visto; pero que en realidad saben que no le da lo indispensable dado el estado de miseria en que se encuentra la esposa, los vicios del marido, sus relaciones de amistad con los interesados, etcétera. Por fenómenos de inducción y deducción de ciertos sucesos, el testigo sabe de cierto el hecho sustancial. Un Juez hábil depondrá los escrúpulos del testigo y hará que declare que el marido no le suministra lo necesario a su mujer y que exprese en el cuerpo de la declaración la razón clara de su dicho. Toca después al Juez apreciar al dictar el fallo el valor del testimonio, con recto criterio; pero es necesario que en el cuerpo de la declaración aparezca en forma muy clara la razón de las afirmaciones del testigo. Ejemplos semejantes se podrían multiplicar a rodo; de manera que no deben interpretarse con un criterio estrecho los arts. 635 y 636 del C. J.

En todo caso es extraño que en presencia de los arts. 636 y 637 del C. J. se reciban declaraciones con el consabido "se y me consta" que no sólo se prestan a grandes abusos sino que carecen de todo mérito probatorio. En el caso de este pleito, el señor Juez 1º del Circuito de Marinilla, con violación flagrante de esas disposiciones, admitió declaraciones recibidas en esa forma, y ordenó que Cenón Marín desocupara el inmueble reclamado por Baldomero Ocampo. (a. de 16 de Agosto de 1928, j. de Baldomero Ocampo c. Cenón Marín; M. Dr. I. Duque).

#### CXIX. — EL JUEZ ASUME FUNCIONES DE VERDADERO LEGISLADOR.

El juez no puede alegar silencio absoluto de la ley so pena de denegación de justicia (Art. 201 C. J.); si la ley guarda silencio, el Juez asume el carácter de legislador, sin miedo, porque el miedo no se compadece con la administración de justicia. Guarda silencio la ley?, se aplican las leyes que regulen casos semejantes. No hay casos semejantes?, el Juez obra ad libitum, discrecionalmente; la ley lo autoriza para ello en los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 201 y 261 C. J. Así lo dispusieron los redactores del Código de Napoleón; el artículo 201 C.

J. es trasunto un poco ampliado de una disposición del C. Napoleón. (a. de 31 de octubre de 1928, sucesión de Guadalupe Upegui; M. Dr. I. Duque.).

#### CXX. — LOS AVALUOS DEBEN PRACTICARSE ANTES DE LA CITACION PARA SENTENCIA DE REMATE.

El art. 1029 del C. J. no permite citar para sentencia de pregón y remate sino una vez practicadas las diligencias de secuestro y depósito de los bienes embargados. El Tribunal, en consecuencia, procedió a revocar la sentencia de pregón y remate para que se cumpliera esa actuación. (Sentencia de 13 de octubre de 1933, juicio de David Velásquez contra Agustín Arango; Magistrado Dr. B. Agudelo).

#### CXXI. — ES NULA LA PROMESA DE VENTA DE BIENES RAICES DE MENORES.

Hay objeto ilícito en la promesa de venta de bienes raíces de menores. La venta de bienes de tal naturaleza hay que hacerla por medio de subasta pública, presidida por el juez del domicilio del representante de los menores. Y la estipulación que envuelve la promesa de venta importa claramente la violación de la ley, ya que si la venta directa está prohibida, la promesa de venta también lo está (arts. 303, 1519, 1740 y 1741 del C. C. y 811 del C. J.) (Sentencia de 12 de agosto de 1933, juicio de Eduardo Ochoa contra Graciela Hernández; M. Dr. B. Agudelo).

#### CXXII. — SI SE DEMANDA LA NULIDAD DE UN CONTRATÓ. HAY NECESIDAD DE DEMANDAR A TODOS LOS CONTRATANTES.

De demandar apenas al comprador, prescindiendo del vendedor, cuando el contrato de la escritura pública N° 1330 es de compraventa, solemne, principal, bilateral, oneroso y conmutativo, intervienen en él necesariamente dos partes llamadas vendedor y comprador (Arts. 1843, 1857, 1495, 1496, 1497, 1498, 1499 del C. C.).

b). La no inclusión de la persona del vendedor en el libelo de demanda, es un error gravísimo que hiere de hemiplejía, por lo menos, la acción promovida por el demandante en esta controversia, por cuyo motivo basta solamente esta omisión para fundamentar el fallo negativo o absolutorio del demandado de todos los cargos de la demanda. Esta omisión perfila y da vida completa a la excepción perentoria "de

petición de modo indebido" la que, para el caso de autos, debería llamarse ineptitud sustantiva, ya que es de elemental saber que en la demanda sobre simulación de un contrato de compraventa, es preciso, como mínimum, citar en el juicio a las dos partes principales del contrato: vendedor y comprador. Se observa, además, que no se solicita la demanda del contrato, sino la escritura. (Sentencia de 28 de junio de 1933, juicio de Antonio J. Narváez contra Marco A. Ospina; M. Dr. B. Agudelo).

**CXXIII. — PARA NOMBRAR CURADOR AL PUPILO PARA DETERMINADO PLEITO NO HAY NECESIDAD DE JUICIO PARTICULAR.**

Gonzalo Pérez ejecutó a Antonio J. Taborda quien se hallaba demente, por lo que el ejecutante pidió que se le nombrara a éste un curador ad-litem. El Juez se negó a ello diciendo que el Código sólo autoriza el nombramiento de curador ad-litem para la persona que está ausente o se oculta, o cuya residencia se ignora, pero no cuando se encuentra demente, caso en el cual es necesario que el nombramiento se haga mediante juicio aparte. El Tribunal revocó diciendo: "El suscrito Magistrado considera que no todos los casos en que hay lugar a nombrar curador especial están indicados en el Código Judicial, pues también hay otros en el Código Civil, como puede verse en los que tratan los arts. 505 y 583. En este último caso la eventualidad del cargo hace que la curadoría sea dativa, es decir, dada por el Juez para determinado pleito.

Entre los pupilos a quienes debe darse curador especial indican los tratadistas al demente. Aun cuando no lo indicaran sería de observar que la disposición del art. 583 citado es general, sin excepción dentro de la especialidad o eventualidad que contempla; que hay un caso, especial también, el del art. 46 del C. P., que autoriza nombrar curador para el juicio contra persona demente, y que los vacíos en el procedimiento se llenan de acuerdo con lo dispuesto para casos semejantes (Art. 242 del C. J.). Sólo así, haciendo el nombramiento de curador especial, se amparan tanto los derechos de la parte actora como los del ejecutado.

La jurisprudencia establece, con fundamento en el citado artículo 583, que por tratarse de nombrar curador para determinado juicio, la jurisdicción es entonces acumulativa, es decir, que debe nombrar el Juez que conoce del juicio; que no hay necesidad de oír a los parientes

del pupilo porque el art. 583 a más de especial no se remite al art. 462 ibídem que trata de guardas dativas, y que no es indispensable crear expediente aparte para ello. (Auto de 14 de octubre de 1935; juicio de Gonzalo Pérez y otro contra Antonio J. Taborda. M. Dr. B. Agudelo).

**CXXIV. — LAS POSICIONES DE UN EX-REPRESENTANTE LEGAL VALEN COMO DECLARACION DE UN TESTIGO.**

El Tribunal aplicó la doctrina de la Corte consignada en sentencia de 5 de mayo de 1923 (jurisprudencia N° 610) de que las posiciones absueltas por un ex-liquidador carecen de valor legal como posiciones y sólo pueden estimarse como declaración de un testigo. (a. de 26 de junio de 1928, j. de Gerhard Sacer c. Manuel S. Gómez; M. Dr. I. Duque).

**CXXV. — REQUERIMIENTO QUIERE DECIR RECONVENCION JUDICIAL.**

Citar a un individuo para absolver posiciones no implica requerimiento; tampoco lo implica la declaratoria de confeso; ni menos el auto de mandamiento ejecutivo que se le notifique. El requerimiento es una solemnidad especial exigida por la ley, y jurídicamente se denomina también "reconvención judicial".

Para librar un auto de mandamiento ejecutivo es preciso que se trate de una deuda clara, y de plazo vencido; si para constituir al deudor en mora cuando no se ha fijado plazo es necesario requerimiento previo (Art. 1608 C. C.) mal puede servir de requerimiento el mandamiento de pago que se le notifique porque no ha debido dictarse dicho auto. Y que el requerimiento es una solemnidad o un requisito previo especial, lo dice el artículo 290, C. J. de 1887. (a. de 15 de febrero de 1928, j. de Jorge Orozco c. Jesús Ramírez; M. Dr. I. Duque).

**CXXVI. — LA OMISION DE REQUISITOS EN UN REMATE CONSTITUYE SOLO NULIDAD RELATIVA.**

Habiendo muerto el ejecutado, los herederos debieron ser notificados del título ejecutivo, pero la omisión de esta formalidad sólo implica una nulidad relativa que no puede declararse de oficio. La Corte Suprema ha resuelto en diversas ocasiones, lo mismo que este Tribunal, que la omisión de los requisitos legales en un remate sólo produce nulidad relativa. Luego mientras no se anulen en sentencia judicial, debe mirarse como válida la diligencia de remate. (A. de 28 de



abril de 1928; j. de María Josefa García c. Juan de la C. Sánchez; M. Dr. I. Duque).

CXXVII. — EL ESTADO DE NECESIDAD DEL CONYUGE SE PRESUME.

Aunque el cónyuge no entró a demostrar, con pruebas especiales, que tuviese derecho a porción conyugal, es doctrina de los expositores de Pruebas Judiciales que el hecho de afirmar una persona que carece de bienes constituye una negativa de carácter indefinido, y que corresponde a la parte contraria demostrar que los tiene. (s. de 16 de diciembre de 1930. j. de Margarita Bonnet contra Domingo Bohórquez; M. Dr. I. Duque).

CXXVIII. — EL SEÑALAMIENTO DE LINDEROS ES ESENCIAL EN LA COMPRAVENTA DE BIENES RAICES, PERO NO EN LA PROMESA DE VENTA.

En el documento de la promesa ha de determinarse la cosa a que ella se refiere de una manera que permita reconocer la identidad de esa cosa; y el reconocimiento de dicha identidad no se hace únicamente por el señalamiento de linderos; hay también otras maneras de determinar el inmueble, como sería, respecto de una propiedad urbana, expresar la calle de su ubicación y el número que la distingue. Lo importante para la promesa, es que quede fijada la voluntad de las partes acerca de una cosa conocida. Después, al otorgarse la escritura, deben ponerse los linderos, porque esta es formalidad que han de llevar los instrumentos públicos que traten de inmuebles. Fúndase todo esto en que, realmente, la promesa y el contrato prometido tienen naturalezas peculiares, tanto es así, que la promesa vale otorgada en documento privado aunque diga relación a la compraventa de una finca.

En la promesa que aquí se discute aparece especificada la casa por su situación y por algunas de sus circunstancias de construcción: casa de dos pisos, de tapias y tejas, situada en Medellín, en el cruce de las calles de El Palo y Maturín. Pudiera agregarse como otro elemento de especificación, según apunta Uribe, el estar gravada la casa con una hipoteca a favor de Felipe y Julio Henao. Estima el suscrito que, en vista de estas determinaciones, las partes no podrían dudar racionalmente de la identidad de la casa. Ahora bien: conocida por

las partes semejante identidad, la expresión de los linderos había de ser obra propia del instrumento de legalización. Para esa expresión, bastaba que cualquiera de los litigantes suministrara el dato de tales linderos. (A. de 5 de octubre de 1928, j. de Antonio Uribe c. Bernardo Alvarez; M. Dr. Juan E. Martínez).

— ||| —