

se aceptara la tesis del recurrente, inadmisibles desde todo punto, de que la cláusula 5ª del testamento comporta un legado, a los herederos de Pedro Angel Gracia se les obligaría a pagar dos veces una misma deuda, lo cual no armonizaría con la ley ni con la equidad natural.

Con acierto aplicó el Tribunal los citados artículos 1120 y 1191, y el cargo, por ende, es infundado.

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

1º No es casable la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, el cuatro de septiembre de mil novecientos veintinueve.

2º Se condena en las costas del recurso a la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El señor Fernando Rocha D. promovió una demanda contra el señor Segundo Rocha, como interesado personal éste y también como representante legal de su hija menor Julia de las Mercedes, para que se decretara la división material del terreno **Siraquita**, situado en el Municipio de Boyacá, del Departamento del mismo nombre, y circunscrito por los linderos indicados en la demanda.

Apuntó el demandante que la división debía hacerse así: una cuarta parte para la señorita Julia de las Mercedes Rocha, otra cuarta para el demandado, y el resto, o sea la otra mitad, para el propio demandante, a quien toca una cuarta por compra hecha a su madre la señora Carmen Duarte, y otra por derecho directo.

Expuso estos hechos en el libelo:

“1º Por medio de la escritura número ciento ochenta y ocho (188), otorgada ante el Notario de Ramiriquí, en día veinticinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, registrada en forma legal, la cual acompaño en comprobación, el señor doctor Segundo Rocha Herrera donó a su hija natural Rosalía Rocha Duarte un terreno situado en la vereda de **Siraquita**, jurisdicción del Municipio de Boyacá, deslindado así: por el Oriente, la vereda de **Pachaquirá** (de Boyacá); por el Sur y Occidente, las veredas de **Rodríguez** y **Paeces** (de Jenesano), y por el Norte, la vereda de **Soconsaque**, de Boyacá. La constitución de esa donación se determinó bajo los derechos y obligaciones de un fideicomiso, disponiendo el donante que se tendría por propietaria fiduciaria a la donataria Rosalía Rocha Duarte, y por fideicomisarios a los herederos de ésta.

“2º La donataria fiduciaria Rosalía Rocha D. otorgó testamento cerrado, el que una vez comprobada la defunción de la nombrada Rocha, fue abierto en forma legal por el señor Juez 6º del Circuito de Bogotá, y protocolizado en la Notaría 1ª de aquel Circuito. En ese testamento se instituyó por herederos de Rosalía Rocha Duarte, a la señora Carmen Duarte, a Segundo Rocha

Duarte, a Julia de las Mercedes Rocha y a mí. Por causa de la institución de herederos hecha por mi hermana Rosalía Rocha Duarte, todos los cuatro herederos somos comuneros propietarios del terreno de **Siraquita**, a título singular por partes iguales. Así lo declaró la Suprema Corte de Justicia en las bases que sirvieron para proferir su sentencia, que en copia también acompaño, y de la cual haré relación.

“3º Con la partida de defunción del donante, doctor Segundo Rocha Herrera, compruebo que cesó el derecho de percibir los frutos civiles que se reservó en la escritura de donación número ciento ochenta y ocho, arriba mencionada.

“4º Por medio de la escritura número doscientos ochenta y uno, autorizada por el Notario de Ramiriquí el día veintitrés de abril de mil novecientos veintitrés, la señora Carmen Duarte me vendió los derechos y acciones, el dominio y propiedad, que a ella le corresponde por restitución, que se radicó en su cabeza a la muerte de su hija Rosalía Rocha D. sobre el terreno de **Siraquita**, y que le daba la escritura ciento ochenta y ocho citada.

“5º La estipulación contenida en la cláusula 2ª de la escritura número doscientos ochenta y uno, transmisora en mi favor de los derechos que a la señora Carmen Duarte le correspondían sobre el terreno de **Siraquita**, sirvió de basamento a la memorada Corte para dictar la sentencia de fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete, porque en ella se tuvo en cuenta la estipulación puntualizada allí.

“En resumen: que el doctor Segundo Rocha Herrera donó el terreno de **Siraquita**, demarcado atrás, bajo el gravamen de un fideicomiso en favor de los herederos de la donataria Rosalía Rocha D., que lo somos la señora Carmen Duarte, Segundo Rocha Duarte, Julia de las Mercedes Rocha y el suscrito, por partes iguales, a título singular o a cuerpo cierto. (Así lo dijo ya la Suprema Corte de Justicia); que el terreno de **Siraquita** vino a nuestro poder en la forma dicha y no por causa de la herencia del señor Segundo Rocha H., ni por la de Rosalía Rocha de Duarte, sino en virtud de la estipulación resolutoria fideicomisaria, que se cumplió por la muerte de la donataria fiduciaria Rosalía Rocha Duarte; que soy subrogatario de los derechos que a la señora Carmen Duarte le corresponden sobre el terreno de **Siraquita**, cuya subrogación se me reconoció por el honorable Tribunal de Tunja, por auto de fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, que se le notificó personalmente a Segundo Rocha el veintinueve de marzo del mismo año, cuyo auto y su notificación también se hallan en copia con la de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, y que ponen en claro las dudas que se presentaron acerca de los verdaderos dueños del terreno de **Siraquita**.”

Segundo Rocha D. contestó la demanda, oponiéndose a la acción, y compendió así su pensamiento:

“El motivo que tengo para oponerme a la división material pedida, es el no ser dicha finca un bien común a varios dueños, sino exclusivamente mía, como único y definitivo fideicomisario del fideicomiso que comenzó a constituirse con el otorgamiento de la escritura pública número ciento ochenta y ocho, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, pasada ante el Notario de Ramiriquí, y se convalidó y tuvo definitiva existencia por virtud del testamento otorgado por el señor Segundo Rocha Herrera, en el cual se ratificó aque-

lla donación, modificando la constitución de los fideicomisarios, que vinieron a ser únicamente los descendientes de Rosalía Rocha Duarte, y en su defecto, Fernando Rocha y el suscrito, hermano de dicha señorita. Esta murió sin descendencia, y mi cofideicomisario Fernando Rocha Duarte me cedió sus derechos al fideicomiso, por medio de la escritura pública número ochocientos setenta y cuatro, de veintisiete de septiembre de mil novecientos diez y ocho, pasada ante el Notario 1° del Circuito de Tunja."

Convertido el asunto en juicio ordinario, con arreglo al artículo 1297 del Código Judicial, el señor Juez 2° del Circuito de Tunja dictó sentencia el diez de noviembre de mil novecientos veintiocho. En ella decretó la división del terreno de **Siraquita**, y declaró no probadas las excepciones alegadas por el demandado.

Apeló el apoderado de éste, y el Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de doce de junio de mil novecientos veintinueve, falló así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a decretar la división del terreno de **Siraquita**, identificado en la demanda, por el motivo que se ha invocado en ésta, y, en consecuencia, absuelve al demandado de los cargos que tal demanda le apareja."

Fernando Rocha D. interpuso recurso de casación, que, por estar en las condiciones legales en orden a la cuantía y naturaleza del juicio, admite la Corte y procede a decidir.

El apoderado del recurrente ante esta Superioridad invoca la causal primera para acusar la sentencia por violación de ley sustantiva, "quebrantamiento que proviene de violación directa, de interpretación errónea de la misma ley y de indebida aplicación de ésta al caso del pleito, así como de mala apreciación de pruebas..... y de consiguiente error de derecho."

Primer motivo. Se impugnan estos párrafos de la sentencia:

"Para que la donación entre vivos sea efectiva y firme, se necesita no sólo que la haga persona hábil, y ella se constituya por medio de escritura pública registrada, previa insinuación, si fuere preciso, sino que esa asignación sea aceptada y la aceptación notificada al donante.

La hecha por Rocha Herrera reúne las condiciones primeras, pero carece de las últimas, como pasa a verse.

Ya está dicho que por ser menor de edad la donataria, la representó para el efecto de aceptar la donación, según se expresa en el referido instrumento, su madre natural, Carmen Duarte.

Empero, esta aceptación no es la especialísima que requiere la ley para el objeto, porque, al decir del inciso 1° del artículo 1468 del Código Civil, "nadie puede aceptar sino por sí mismo o por medio de una persona que tuviere poder especial suyo al intento, o poder general para la administración de sus bienes, o por medio de su representante legal."

Descartado el caso de que Rosalía no aceptó por sí misma la donación, al menos en un principio no está demostrado que la señora Duarte se encontrara en alguna de las circunstancias de que habla el texto legal transcrito.

Aunque la Sala sentenciadora encabeza los párrafos copiados con el mote de donación fideicomisaria entre

vivos, tanto por los conceptos allí expresados como por las disposiciones en que los apoya, se viene en conocimiento de que para nada tuvo en cuenta los ordenamientos legales que regulan el fideicomiso; por el contrario, clasifica el acto contenido en la escritura número ciento ochenta y ocho como donación entre vivos, pura y simple, y examina el acto de que se trata a la luz de los preceptos legislativos que regulan esa materia.

Prosigue diciendo el apoderado que hay diferencias sustanciales entre la donación entre vivos propiamente dicha y la constitución de un fideicomiso, de las cuales no puede desatenderse el juzgador, si quiere evitar errores de entendimiento que lo lleven a violaciones de la ley y a extremos inadmisibles en el examen y decisión de un litigio sobre estos puntos.

Hace en seguida un cotejo de la donación entre vivos y el fideicomiso, y dice:

"Estimo que tratándose de la propiedad fiduciaria no se requiere aceptación por el fiduciario para que el fideicomiso tenga existencia, porque el artículo 807 del Código Civil establece que en el evento de que antes de cumplirse la condición falte el fiduciario por cualquiera causa—causa que puede ser por tanto su no aceptación—gozará fiduciariamente el mismo constituyente, si vive, o sus herederos, en el caso contrario. El fundamento en que descansa esa prescripción está en que la voluntad del constituyente en que el fideicomiso pase al patrimonio del fideicomisario, no puede estar subordinada a trabas o deficiencias procedentes del intermediario. Y siendo así que el fideicomiso puede constituirse por instrumento público o por testamento, el artículo 807 debe tener estricta aplicación, sin hacer distinción entre uno y otro de estos dos modos."

No se objete que desde que el artículo 1470 exige que las donaciones con cargo de restitución a tercero imponen la aceptación del fiduciario para que se hagan irrevocables, es indispensable el lleno de ese requisito, no obstante el artículo 807. El artículo 1137 *ibidem* excluye, tratándose de fideicomiso, la aplicación de disposiciones distintas, aunque el acto constitutivo del fideicomiso se designe erróneamente con el nombre de donación. A confirmar esto, concurre la regla 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887.

"El Título 8° del Libro 2° del Código Civil es el que versa sobre propiedad fiduciaria, y de él hace parte el artículo 807, que, como se ha visto, prescinde de la aceptación del fiduciario para la existencia del fideicomiso."

Del texto de la escritura número ciento ochenta y ocho resulta por modo claro que la voluntad de segundo Rocha Herrera, respecto del terreno de **Siraquita**, fue la de que, muerta Rosalía sin dejar descendientes, pasara en propiedad a los herederos de ésta. Si el fin y el fondo de dicho acto no fue otro, preciso es convenir que el dominio absoluto lo transfirió Rocha Herrera a Rosalía Rocha, o, lo que es lo mismo, que el acto en estudio no constituye la donación entre vivos a que se refiere el artículo 1443 y siguientes del Código.

"Consecuencialmente no tenía porqué regirse por estas disposiciones, sino por las de rigurosa observancia para el fideicomiso."

La Sala, en el cuerpo de su decisión y especialmente en los pasos transcritos, califica de donación entre vivos el fideicomiso de la escritura número ciento ochenta y ocho en cita, y a virtud de esa errónea calificación violó, por aplicación indebida al caso del pleito, los ar-

ticulos 1443, 1468 y 1469 del Código Civil, al entender que la falta de aceptación por parte de Rosalía dejó sin efecto la institución.

Como consecuencia, y por falta de aplicación al caso del pleito, quebrantó los preceptos que regulan la propiedad fiduciaria, especialmente los artículos 794, 796, 756, 2652 y 807, por cuanto no tuvo en cuenta que la escritura ciento ochenta y ocho, con el requisito del registro, fue suficiente para la constitución del fideicomiso, y por cuanto, así entendido, no necesitaba aceptación de Rosalía Rocha ni de persona alguna en su nombre. Quebrantó también el artículo 1137, por haber desobedecido el mandato que contiene.

Se considera:

Existen diferencias entre la donación entre vivos, pura y simple, y la institución del fideicomiso; pero como éste puede constuirse a título de donación, hay algunas disposiciones de la donación que le son aplicables. Es inadmisibles, por absoluta, la aseveración de que el fideicomiso a título de donación se rige únicamente por los preceptos del Título 8º del Libro 2º del Código Civil.

Desde luégo el fideicomiso de que se trata ha menester insinuación, cuando la cuantía lo exija, con arreglo al artículo 1460 del propio Código; y también es preciso que el fiduciario lo acepte, pues que así lo dispone terminantemente el artículo 1470, y el 1471 vuelve a hablar de esa aceptación.

El Tribunal no entendió que la donación consignada en la escritura número ciento ochenta y ocho era pura y simple, sino que era un fideicomiso a título de donación, y examinó si de las condiciones generales de la donación, aplicables a dicho fideicomiso, estaban cumplidas todas o algunas en el caso controvertido. Dedujo que en la donación de Rocha Herrera se llenaban las condiciones relativas a la habilidad del donante y al otorgamiento de la escritura pública y su registro, pero que faltaba la referente a la aceptación del fiduciario.

Al afirmar el sentenciador que el fideicomiso a título de donación entre vivos necesita la aceptación del fiduciario, no hizo otra cosa que ajustarse al precepto contenido en el citado artículo 1470. No negó que las disposiciones generales del fideicomiso sean aplicables al que se está estudiando, sino que dio a entender que hay disposiciones especiales que, precisamente por serlo, prevalecen sobre aquéllas. Lo tocante a la aceptación del fiduciario es una de ellas.

Para la Corte es una tesis correcta la de que, tratándose de un fideicomiso otorgado a título de donación entre vivos, surge la necesidad de tener presentes algunas disposiciones del Título XIII, del Libro 3º, del Código Civil, que, por concretarse al caso, se aplican de preferencia a los preceptos generales del mencionado Título 8º del Libro 2º. Estos gobiernan la materia sin perjuicio de las excepciones o casos especiales. No fuera así, y carecerían de objeto práctico los artículos 1470 y 1471.

El artículo 1137, traído por el Código a propósito de las asignaciones testamentarias condicionales, se contrae al fideicomiso testamentario, y para el derivado de una donación entre vivos se hallan los artículos 1470 y 1471. Las disposiciones contemplan dos casos especiales distintos y no hay colisión entre ellas, para que el intérprete tenga que acudir a la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

No admite, pues, la Corte, en el sentido en que se aduce al presente, el cargo de violación por indebida apli-

cación de los artículos 1443, 1468 y 1469 del Código Civil, y de quebrantamiento por omisión de los artículos 794, 796, 756, 2652, 807 y 1137 *ibidem*.

Segundo motivo. Insiste el recurrente en que los artículos 1470 y 1471 no pueden interpretarse con prescindencia de los que por modo especial regulan la propiedad fiduciaria, ni el solo tenor de ellos autoriza para calificar como donación un acto de voluntad que por su esencia y naturaleza da nacimiento a relaciones jurídicas de otro orden.

En sentir del recurrente, el alcance del artículo 1470 es el de que cuando el fideicomiso se constituye por escritura pública, su revocación queda subordinada a la voluntad del fiduciario, es decir, que mientras éste no manifieste su no aceptación, al constituyente no le es dado dejar sin valor, por su sola voluntad, la escritura que lo contiene. Porque la donación es un contrato, y como tal ha de entenderse aun la que envuelve el gravamen de restituir a un tercero, es obvio que no puede dejar de subsistir por la voluntad de uno solo de los que intervienen en su celebración. Si así no se toma el artículo, hay que convenir que en casos como el concreto que se estudia, no puede ser fiduciario un hijo natural que se halle en la infancia cuando se constituye el fideicomiso, pues careciendo de representante legal en la acepción restringida que la ley requiere, ni pudiendo constituir apoderado, no hay quien acepte por él, y así las cosas, queda al arbitrio del donante o constituyente revocar el fideicomiso por medio de otra escritura otorgada hasta el mismo día en que firmó la primera. Fuera de que se llegaría de esta suerte a la conclusión de que no es cierto que el fideicomiso vale por escritura pública, como lo establece el artículo 795 *ibidem*, el hijo natural quedaría para ese efecto en una condición de inferioridad, y comprendido en una excepción que no consagra ninguna de las disposiciones que versan sobre la propiedad fiduciaria.

De aquí se desprende—continúa el autor del recurso—que los actos que contemplan los artículos 1470 y 1471 son perfectamente distintos de las donaciones entre vivos, y que para ponerlos en armonía con las disposiciones especiales sobre propiedad fiduciaria, no debe dárseles más extensión que la que permiten los preceptos que regulan esta última. El artículo 1470 requiere, para que la donación fideicomisaria quede en firme, que sea aceptada por el fiduciario directamente o por conducto de las personas que determina el artículo 1468; pero como no fija el tiempo en que ha de ocurrir esa aceptación, nada se opone a que cuando el intermediario, por ser menor, carece de capacidad para manifestar su asentimiento, lo haga cuando llegue a la mayor edad. Y no se objete que, como la aceptación necesita que se notifique al donante por mandato del artículo 1469, eso mismo está indicando que tal aceptación debe manifestarse cuando se hace la donación, o a más tarde mientras el donante vive; este último precepto rige para las donaciones entre vivos, pero no para las fideicomisarias, por no permitirlo el objeto de éstas.

Análoga interpretación restrictiva impone el artículo 1471. Al paso que el artículo 1469 requiere la notificación de la aceptación como uno de los requisitos para que la donación entre vivos se haga irrevocable, el fin de la notificación en las fideicomisarias es el que, mediante ella, donante y fiduciario puedan, de común acuerdo, variar el fideicomiso, sustituir un fideicomisario a otro y aun revocar el fideicomiso. Es decir, que en éstos no

se requiere la notificación para que se hagan irrevocables, sino únicamente para que, por mutuo acuerdo de las partes, se hagan las alteraciones a que aquel precepto les da derecho.

Al llegar Rosalía Rocha a la mayor edad, aceptó la donación fideicomisaria de la escritura ciento ochenta y ocho, mediante el contrato de arrendamiento del terreno, ajustado con Secundino Castelblanco, como aparece de la escritura mil doscientos sesenta y tres, de treinta de diciembre de mil novecientos trece, pasada en la Notaría 1ª de Bogotá, y por medio del testamento otorgado en esta misma ciudad el cuatro de abril de mil novecientos diez y seis, en el cual dispuso que el terreno de **Siraquita** pasara a los fideicomisarios designados por el constituyente.

Fundado en lo que antecede, el recurrente acusa la sentencia por errónea interpretación de los artículos 1470 y 1471 y por falta de aplicación de ellos al caso del pleito; la acusa igualmente por aplicación indebida del artículo 1468, en cuanto entiende que Rosalía Rocha "no aceptó por sí misma la donación," siendo así que la aceptó por medio del contrato de arrendamiento y por su testamento. Quebrantó también este último precepto, al estimar que la aceptación de Rosalía Rocha carece de valor por no haber tenido lugar en vida del donante, como afirma en un paso que el recurrente copia.

Se considera:

Dijose antes que cuando el título del fideicomiso es una donación entre vivos, hay disposiciones legales concernientes a ésta, que son aplicables a aquél. Es que aun cuando se trate de un fideicomiso, al legislador no le es indiferente el título de su constitución.

El artículo 1470 exige la aceptación del fiduciario en las donaciones fideicomisarias, y semejante aceptación requiere un acto de voluntad, porque siendo la donación un contrato, debe haber en ella concurrencia de voluntades de las partes. Sostener que mientras el fiduciario no manifieste su voluntad adversa a la aceptación, el constituyente no puede retractar la donación prometida, equivale a mudar el contexto del artículo, admitiendo que basta la falta de manifestación contraria a la aceptación para que ésta se entienda expresada.

Ni vale la objeción relativa al hijo natural que se halla en la infancia. El podría ser fiduciario, aceptando a su nombre su representante legal. La madre natural es llamada a la guarda legítima (artículo 458 del Código Civil), y en el caso de la objeción podría esa madre hacerse discernir la guarda, con lo cual quedaría convertida en representante legal del hijo para aceptar por él el fideicomiso con los requisitos debidos. Para facilitar la provisión de guardador a quien lo necesitara, reconocía una especie de acción popular el artículo 1439 del Código Judicial anterior.

El fiduciario, en el caso de una donación fideicomisaria, ha de expresar, pues, su aceptación, lo cual ha de hacer por lo menos mientras viva el donante. Ello, porque siendo el título del fideicomiso el contrato de donación entre vivos, para que haya concurrencia de voluntades, la conjunción de éstas ha de cumplirse en vida del donante. El recurrente asevera que tal conclusión no la permite el objeto de las donaciones fideicomisarias; pero la Sala no halla repugnancia en la adopción de ella: si el fideicomiso se forma por donación entre vivos, se aplica a éste lo preceptuado acerca de la aceptación en las donaciones, para que el contrato quede

consumado en orden a las relaciones del constituyente y el fiduciario. Nada se advierte aquí que contradiga la esencia de la propiedad fiduciaria, y sólo se cumple el mandato especial del artículo 1470.

No acoge la Sala la interpretación que el recurrente le da al artículo 1471, en el sentido restringido de que el fin de la notificación de la aceptación en las donaciones fideicomisarias, es apenas para que, mediante ella, donante y fiduciario puedan, de común acuerdo, variar el fideicomiso, sustituir fideicomisarios y aun revocar el fideicomiso.

La donación se acepta por el fiduciario y se le notifica la aceptación al donante para que se consume el contrato de donación; y precisamente, en virtud de tal consumación no puede ya el donante prescindir del asentimiento del fiduciario con el fin de introducir modificaciones en el fideicomiso. No se descubre motivo razonable en la distinción del recurrente, cuando dice que la notificación de la aceptación en las donaciones puras y simples se necesita para que la donación se haga irrevocable, mientras que en las fideicomisarias esa aceptación se encamina únicamente a facilitar al donante la oportunidad de hacer variaciones de acuerdo con el fiduciario. En uno y otro evento, la notificación tiene el mismo objeto: hacer constar la concurrencia de voluntades en el contrato, porque, se repite, cuando el fideicomiso se constituye a título de donación, a la ley no le es indiferente ese título.

Acercas de la impugnación del aserto relativo a que la señorita Rocha no aceptó por sí misma la donación, cabe observar que el sentenciador dijo que Rosalía no aceptó en vida del donante, por falta de capacidad, y que nadie aceptó legalmente por ella, de donde se sigue que la donación no se perfeccionó.

El recurrente estima que ha sido quebrantado el artículo 1468, porque Rosalía Rocha aceptó la donación mediante los ya citados arrendamiento y testamento. No entra la Sala a estudiar—por ser ello inútil—si es admisible la aceptación tácita de la donación, signifiada por actos que la den a entender. Lo importante es inquirir si es válida la aceptación expresa o tácita hecha después del fallecimiento del donante, y la Sala piensa lo mismo que el Tribunal al respecto. Si la donación es un contrato, como lo sostiene la jurisprudencia, debe haber en ella concurrencia de voluntades, y semejante concurrencia ya no puede producirse después de la muerte del donante. Esto lo ha resuelto la Corte en casos de donaciones puras y simples, como puede verse en el número 813 del tomo 2º de su **Jurisprudencia**, y la doctrina es extensiva a las donaciones fideicomisarias, porque el título de éstas es la donación entre vivos, y ha querido la ley aplicarles sobre el particular las disposiciones referentes a la aceptación y notificación, según se deja explicado.

Por lo expuesto, no prospera el cargo de errónea interpretación de los mentados artículos 1470 y 1471, ni el de aplicación indebida del 1468, en los aspectos alegados.

Tercer motivo. Se acusan en él los siguientes párrafos de la sentencia:

"El demandado, para fundar sus excepciones, trajo en copia la parte sustancial del testamento cerrado que Rocha Herrera hizo en mil ochocientos noventa y ocho, y ya se ha visto que allí se ratificó la donación anteriormente verificada en favor de Rosalía, pero con esta adición hecha por el mismo Rocha:

'Mando que si mi citada hija muere sin descendientes, sus bienes pasen a sus hermanos, por iguales partes, con los gravámenes que tengan (sus hermanos Fernando y Segundo).'

"Es fácil observar que si bien es verdad que el testador tenía el ánimo de hacer firme la donación de que habla el instrumento notarial, modificó, sin embargo, aquella notablemente, en cuanto al fideicomiso, puesto que, según el testamento, los bienes de Rosalía (entre los cuales debía estar el terreno de **Siraquita**) ya no pasaban a los herederos de ésta sino a sus hermanos, por iguales partes, esto es, a Fernando y Segundo, caso de que la agraciada falleciera sin dejar descendientes."

Estos párrafos y el siguiente—arguye el impugnador—quebrantan el citado artículo 1471, en cuanto se sostiene que el testamento de Segundo Rocha pudo por sí solo cambiar los fideicomisarios y convertir en legado un fideicomiso legalmente válido. Al entenderla así, el Tribunal olvidó que, aceptada la donación fideicomisaria, es por acuerdo del donante y el fiduciario como son posibles las alteraciones a que se contrae ese precepto.

Se considera:

No procede el cargo, porque está fundado en supuestos que ya se dejaron confutados. Se dijo que el sentenciador estimó que, por no haber aceptado Rosalía Rocha la donación en vida del donante, tal donación no se perfeccionó, y que la estimación no es errónea. Si por no haber aceptado oportunamente la fiduciaria no se consumó la donación, pudo el donante variarla sin el concurso de aquella. Otra cosa sería si la fiduciaria hubiera aceptado después del testamento de Rocha Herrera, pero antes de la muerte del mismo.

Cuarto motivo:

Consiste en que, aun desechando la tesis de que la aceptación de Rosalía Rocha, en la época en que acaeció, fue bastante para hacer irrevocable el fideicomiso, habría que llegar a la conclusión de que la aceptación de Carmen Duarte Aponte dio desde entonces vida jurídica al fideicomiso, e hizo irrevocable la donación que lo contiene; pues no se trata de una donación común entre vivos, sino de una fideicomisaria, la cual es fuerza subordinarla a las disposiciones que regulan la propiedad fiduciaria.

"De acuerdo con el artículo 802 del Código Civil, el que constituye un fideicomiso puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios y dos o más fideicomisarios. Clasificado el acto que contiene la escritura ciento ochenta y ocho, dentro de la nomenclatura jurídica que le corresponde, no se ve qué pudiera oponerse a entender que Segundo Rocha Herrera nombró dos fiduciarios: en primer término a Carmen Duarte, y en segundo a Rosalía Rocha. Sólido apoyo encuentra esta tesis en los propios términos de que allí se sirvieron los otorgantes:

'No teniendo la donataria representante legítimo para aceptar esta donación, acepta en su nombre su madre natural, señora Carmen Duarte Aponte, mientras la donataria está en aptitud de poder hecerlo.'

"Descartada la errónea creencia en que incidió Segundo Rocha Herrera, al suponer que hacía una donación entre vivos, siendo así que el terreno lo destinó para personas distintas de la titulada donataria, el papel que en

realidad desempeñó Carmen Duarte fue el de fiduciaria, al igual del carácter con que fue designada Rosalía Rocha. Por el aspecto indicado, el sentenciador quebrantó el artículo 802 del Código Civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, y el 1468 por aplicación indebida."

Se considera:

El cargo actual descansa sobre el supuesto de que Rocha Herrera nombró también fiduciaria a Carmen Duarte, en el acto contenido en la escritura número ciento ochenta y ocho. Así no lo entendió el Tribunal, quien afirma que la nombrada señora actuó como un tercero en el otorgamiento de la escritura, ni en el curso de las instancias fue aducido este punto de vista.

Ahora bien: si es errónea la apreciación del sentenciador al no reconocerle a la Duarte el papel de fiduciaria, el error sería de hecho en la estimación de las estipulaciones del instrumento; y en tal caso el recurrente ha debido atacar por semejante aspecto, es decir, ha debido acusar y demostrar un error evidente de hecho, del cual se siguieran las infracciones legales que le imputa el fallo recurrido. Ya ha declarado la Corte varias veces que es error de hecho el que se comete al apreciar malamente la intención de las partes al contratar. (Véase, por ejemplo, los números 1523 y 1526 del tomo 3º de la **Jurisprudencia**).

Basta esto para desestimar el reparo expresado en el actual motivo.

Quinto motivo:

Sostiene aquí el recurrente que, aun admitiendo que el acto que se controvierte es una donación fiduciaria regida por los artículos 1470 y 1471 del Código Civil, y que Carmen Duarte no pudo aceptar, en su condición de madre natural de la Rocha, la intervención de aquella ha de mirarse como la de un tercero. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1473, son aplicables a las donaciones las reglas generales de los contratos, en cuanto no se opongan a las especiales que las reglamentan. En la determinación de las personas que son hábiles para aceptar una donación, la Corte ha sentado la jurisprudencia de que la designación que hace el artículo 1468 no es incompatible con la facultad que da a cualquiera el artículo 1506 para estipular a favor de un tercero.

El autor del recurso cita algunas sentencias de la Corte en refuerzo de su objeción, y manifiesta que acusa la que es objeto de estudio, porque al estimar que la donación no fue aceptada, quebrantó el citado artículo 1506 del Código, por errónea interpretación y aplicación indebida.

Se considera:

El Tribunal expuso que Carmen Duarte actuó como tercero en la escritura de donación, agregando que, aunque se admitiera que tal señora estipuló para su hija, con arreglo al artículo 1506 del Código Civil, siempre era indispensable la aceptación de la donataria, para que la donación produjera efectos respecto de ella, ora fuese por lo que establece el principio ordinario que entraña esta disposición, ora por lo que de manera precisa estatuye para el caso particular el artículo 1468.

"Rosalía de la Concepción Rocha nació en el mes de noviembre de mil ochocientos noventa y dos, según la partida de bautizo que se ha traído al expediente, como resultado del auto para mejor proveer dictado por el Tribunal. La escritura de donación se otorgó el veinti-

cinco de septiembre de mil ochocientos noventa y seis, de donde se sigue que la donataria se encontraba en ese tiempo en la infancia. Si se agrega a esto que el donante Rocha Herrera falleció en septiembre de mil ochocientos noventa y nueve, pues su cadáver fue sepultado el cinco de aquel mes, hay que concluir que Rosalía no pudo aceptar personalmente la donación en vida del donante, y como nadie la aceptó legalmente por ella, aquella donación no se perfeccionó.”

Como se ve, el sentenciador contempló el caso de que la aceptación de Carmen Duarte estuviera amparada por el artículo 1506, y expuso que, aun en dicho caso, era preciso que Rosalía Rocha manifestara su aceptación en vida del donante.

La Corte acoge esta conclusión por las razones indicadas antes; y como la modificación del fideicomiso, dispuesta en el testamento, sólo tuvo efecto después de la muerte del donante, se sigue que es válida esa modificación, porque cuando comenzó a tener vida jurídica ya había caducado la donación de la escritura número ciento ochenta y ocho, por falta de la oportuna aceptación de la donataria.

Admitiendo que, de conformidad con el artículo 1506 del Código Civil, pudo la señora Duarte aceptar para su hija, la aceptación de ésta seguía siendo necesaria en vida del donante para la consumación del vínculo. Acaecida la muerte del doctor Rocha Herrera sin haberse cumplido esa aceptación, no habría porqué exigir el asentimiento de la estipulante Duarte para los efectos de la disposición testamentaria.

El sentenciador, por tanto, no interpretó erróneamente el mentado artículo 1506, sino que lo compaginó con los artículos 1468, 1470 y 1471. Hé aquí porqué no prospera el cargo.

#### Sexto motivo:

Expresa el recurrente que el Tribunal incidió en error de derecho al apreciar la escritura número ciento ochenta y ocho, porque no paró mientes en que el constituyente designó en ella dos fiduciarios, y uno de ellos, Carmen Duarte, aceptó el fideicomiso en el acto del otorgamiento, y asimismo al pasar por alto la declaración que allí hizo el donante, de quedar obligado a esperar que Rosalía Rocha cumpliera la mayor edad, con el fin de manifestar su aceptación.

A lo cual se observa que el error sobre el primer punto, si lo hubo, sería de hecho, y por semejante aspecto no se aduce el reparo, como se dijo antes. Cuanto al segundo punto, también sería de hecho el error, y ha debido acusarse por ello. De aquí que no procedan las infracciones de los textos legales que cita el recurrente.

Añade el impugnador que el Tribunal erró de derecho en la apreciación de la escritura mil doscientos sesenta y tres, de treinta de diciembre de mil novecientos trece, por la cual Rosalía dio en arrendamiento a Secundino Castelblanco el terreno de **Siraquita**, y en la del testamento de la misma Rosalía, otorgado el cuatro de abril de mil novecientos diez y seis, por no haberles dado el mérito que comportan para demostrar la aceptación de la donación fideicomisaria, error que lo llevó a transgredir los artículos 1468 y 1470 del Código Civil, cuando declaró que esa donación no fue aceptada.

Se observa que el cargo carece de importancia, dado el punto de vista en que se situó el sentenciador, a saber: que la donación no fue aceptada en vida del donante, punto que la Corte ha hallado correcto. Si los mencio-

nados documentos implican una aceptación tácita, ésta se cumplió después de muerto el señor Rocha Herrera, o sea cuando ya no era admisible.

Se agrega que el Tribunal erró de derecho en la apreciación del fallo de casación de diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete, el cual obra en autos, aducido por el demandante. En ese fallo se resolvió que la donación fideicomisaria se consumó desde el registro de la escritura, y que el testamento de Rocha Herrera fue ineficaz para alterar la donación y convertirla en legado; error que condujo a la violación de los artículos 1443, 1457, 1460, 1468, 1470 y 1471 del Código Civil, y 681 del Judicial anterior.

El Tribunal, apreciando aquella sentencia, dijo que la Corte no tuvo oportunidad de estudiar la donación por el aspecto de su aceptación, pues no hubo ataque por semejante lado, sino por el aspecto del registro de la escritura.

Respóndese que, aun concediendo que hubiese habido el error que se imputa, es lo cierto que el sentenciador llegó a la conclusión que sustenta, mediante razonamientos directos, y que la sentencia referida no tiene fuerza obligatoria en el presente litigio, merced a lo que va a decirse en el punto siguiente.

#### Séptimo motivo:

Se refiere a que la sentencia recurrida quebrantó la cosa juzgada y violó el artículo 831 del Código Judicial.

La sentencia que se dice desconocida, es la proferida en casación el diez y nueve de agosto de mil novecientos veintisiete, traída en copia al proceso, como se ve al folio 20 y siguientes del cuaderno 1°; y el autor del recurso formula varias consideraciones para sostener que ella implica cosa juzgada respecto de lo que ha sido sujeta materia del actual litigio.

#### Se considera:

De la doctrina del susodicho artículo 831 del Código Judicial anterior se desprende que para la existencia de la cosa juzgada, son precisos estos elementos: identidad de asunto, identidad de acciones e identidad de personas. Esto en tesis general.

Pues bien: aquella sentencia de casación se dictó en un juicio seguido por Carmen Duarte Aponte contra Segundo Rocha Duarte, sobre resolución de un contrato, y hubo en él demanda de reconvencción para la devolución de unas sumas de dinero que habían sido entregadas en cumplimiento del contrato a que se contrae la demanda principal, y por el pago de perjuicios en virtud de la celebración del mismo contrato.

Por donde se ve que no hay identidad de materia entre aquel juicio y el presente; ni identidad de acciones, porque allá se trataba de una personal, y aquí de una mixta, cual es la división de una comunidad; ni, finalmente, identidad completa de personas, porque en el primer juicio eran partes la señora Duarte y Segundo Rocha Duarte, y en el juicio que ahora se estudia lo son este señor y Fernando Rocha D.

De otro lado, en el juicio en que se pronunció la referida sentencia de casación, no fue materia del debate lo relativo a la aceptación de Rosalía Rocha Duarte; y prescindiendo de examinar semejante punto no controvertido entonces, fue como la sentencia hizo los razonamientos que en ella se ven.

No hay, pues, violación de cosa juzgada, ni quebrantamiento del artículo 831, luego el cargo aducido en este motivo resulta improcedente.

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

Las costas son de cargo del recurrente.

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

FRANCISCO TAFUR A.—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Pasto, el señor Luis Aurelio Guerrero demandó al señor César de la Rosa para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se declarase por sentencia definitiva:

“Que el señor César de la Rosa me adeuda, y está obligado a pagarme, dentro de seis días de notificada la sentencia, la cantidad de tres mil pesos (\$ 3,000) oro legal, con los intereses corrientes, a partir del once de abril de mil novecientos veintisiete; y

“Que el señor De la Rosa debe pagarme asimismo las costas del juicio.”

Fundó esta demanda en el Título 12 del Libro 4º del Código Civil, y en los hechos siguientes:

“1º El once de enero de mil novecientos veintisiete se efectuó entre el señor César de la Rosa y el suscrito la siguiente operación comercial: giró él a mi cargo, y yo acepté, la letra número 00079, por \$ 3,000 oro legal, a favor del Banco Hipotecario del Pacífico, pagadera a noventa días vista, la cual descontó el señor De la Rosa en dicho Banco.

“2º El expresado señor De la Rosa se obligó conmigo a consignar en mi oficina comercial la suma de \$ 3,000 para atender al pago de la letra girada por él en descubierto, en el término de los mismos noventa días a que giró la citada letra número 00079.

“3º Al vencimiento de dicha letra tuve que cancelarla al Banco Hipotecario del Pacífico.

“4º Con anterioridad a la operación comercial de que he hablado, el señor De la Rosa me había recibido en depósito la cantidad de \$ 3,450, según documento otorgado por él; pero como al vencimiento de éste no me otorgara dicha suma, procedí ejecutivamente contra él, quien propuso la excepción de pago, que la declaró probada el Tribunal Superior hasta concurrencia de la cantidad de \$ 2,900, a pesar de haber creído yo, y sostengo, que esta cantidad me había sido realmente entregada por De la Rosa por cuenta del valor de la letra número 00079; de donde resulta que a cargo del demandado queda en pie todo el valor de esa letra, en fuerza de la obligación que contraí, de consignármelo en el plazo de noventa días, contados desde el once de enero de mil novecientos veintisiete, como condición convenida para haberle aceptado la letra en referencia, girada por él en descubierto.”

Contradijo la demanda De la Rosa, rechazando la acción y negando los hechos. Además opuso las excepciones de pago y de cosa juzgada.

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

“El Juzgado declara no probadas las excepciones de pago y cosa juzgada, y en su lugar condena al señor don César de la Rosa, mayor de edad y de este vecindario, a pagar al señor don Luis Aurelio Guerrero, también mayor y vecino de esta ciudad, dentro de los seis días siguientes a la notificación de esta providencia, la suma de tres mil pesos oro legal (\$ 3,000), con sus intereses legales, a partir del once de abril de mil novecientos veintisiete. Condénase en costas al demandado, y para la apreciación de las agencias en derecho, dése cumplimiento por el demandante a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 62 de 1928. El señor Secretario liquidará lo de su cargo.”

Apelada esta sentencia ante el Tribunal Superior de Pasto, éste la confirmó, condenando en costas al apelante.

Contra el fallo del Tribunal, el señor De la Rosa interpuso recurso de casación, que la Corte admite por estar ajustado a las prescripciones legales.

El señor Juez de la causa resume los hechos comprobados que sirvieron de fundamento a la sentencia del Tribunal, del modo siguiente:

“En síntesis, aparece comprobado plenamente que don César de la Rosa, en once de enero de mil novecientos veintisiete, giró a cargo de don Luis Aurelio Guerrero la letra número 00079, a favor del Banco Hipotecario del Pacífico; que esa letra fue aceptada por Guerrero y pagada por él mismo, según se ve de la cancelación hecha por el Banco; que el mismo día once de enero de mil novecientos veintisiete, De la Rosa firmó una constancia por separado, declarando que para atender al pago de esa letra se comprometía—dentro del término de noventa días a que estaba girada—a darle al girador los fondos para atender al pago; que antes de esta operación (giro de la letra), Luis Aurelio Guerrero depositó en poder de De la Rosa tres mil cuatrocientos cincuenta pesos, con el plazo de un mes; que De la Rosa no se los devolvió, y que propuesta la ejecución de Guerrero contra el depositario por la suma antes dicha, el Tribunal declaró pagada esa obligación hasta concurrencia de dos mil novecientos pesos. Es de notar que de aquí aparece existir en contra de De la Rosa y a favor de Guerrero, una obligación civil actualmente exigible, de pagarle tres mil pesos oro, que es a lo que se refiere el presente juicio. No se ha comprobado aquí que De la Rosa sea acreedor de Guerrero, no obstante haber ofrecido el demandado esa prueba; tampoco se ha comprobado que la letra hubiera sido girada siendo Guerrero deudor de De la Rosa, y antes, por el contrario, la letra dicha se giró en descubierto; y también se ha demostrado que Guerrero pagó el valor de la letra. Y aunque es verdad, que la letra está girada por valor recibido, se observa que esa frase, ‘valor recibido,’ si bien hace presumir que el dinero se ha entregado por el girador al girado, es ésta una presunción legal que admite prueba en contrario, y como Guerrero ha allegado esa prueba en contrario, según se ve de la constancia de once de enero de mil novecientos veintisiete, firmada por César de la Rosa, y reconocida por él en posiciones, esa presunción desapareció totalmente en presencia de esta prueba. El hecho de que Guerrero hubiera cubierto la letra a su vencimiento, no indica que se hubiera hecho provisión de fondos en vista de la prueba apuntada, y de allí sólo se deduce, por no haberse probado lo contrario, que Guerrero,