

tende desvirtuar aquella presunción de dominio.

Por lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

No hay costas en el recurso.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE INCENDIO.—ART. 2005 DEL C. C.  
DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA DEL CASO FORTUITO Y LA PRUEBA DE LA AUSENCIA  
DE CULPA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

El veintiocho de octubre de mil novecientos veintiséis fue destruido por un incendio un edificio situado en la ciudad de Barranquilla, calle de Santander, destinado especialmente para bodegas y depósitos de mercancías, de propiedad de los señores Antonio y Bonifacio Faillace, edificio que ocupaba entonces, en calidad de arrendataria, la sociedad de comercio "A. Held".

Por demanda de cuatro de junio de mil novecientos veintisiete, los señores Faillace pidieron que se declarara a la sociedad "A. Held", responsable civilmente del incendio y destrucción del mencionado edificio y que, en consecuencia, se la obligara a pagar a los demandantes "todos los perjuicios y daños que consisten en la destrucción del edificio por el incendio y en la pérdida de los frutos civiles durante todo el tiempo que corre entre la fecha del incendio y la del pago de la indemnización".

Estimaron los demandantes el valor de los daños y perjuicios en la suma de diez y ocho mil pesos, "que era el justo precio del edificio, sin el suelo, el día del incendio, según estimación que se ha hecho de acuerdo con el precio normal de la propiedad raíz aquel día, más el monto de los frutos civiles..., los cuales se estiman desde ahora en la cantidad de doscientos cuarenta por mes".

El Juzgado 2º de Barranquilla, por sentencia de fecha de once de marzo de mil novecientos treinta y tres, condenó al deman-

dado a pagar a los señores Antonio y Bonifacio Faillace, por concepto de los daños y perjuicios ocasionados a éstos por la destrucción del edificio incendiado y por la pérdida de los frutos civiles, la suma de treinta y dos mil ochocientos setenta y dos, oro legal.

Apelada esa providencia, el Tribunal Superior de Barranquilla la revocó, y, para reemplazarla dijo: que la sociedad de comercio "A. Held" sí era arrendataria de los señores Faillace la noche del incendio (cuestión ésta que se debatió largamente en el juicio), pero que no era responsable de la destrucción y la pérdida del edificio causadas por tal incendio y que, en consecuencia, no estaba obligada a pagar a los arrendadores los daños y perjuicios demandados por éstos.

II

Por medio de apoderado acusaron en casación la referida sentencia los señores Faillace, formulando contra ella tres cargos, a saber:

1º—Violación, por infracción directa, del art. 1730 del Código Civil, por cuanto el Tribunal consideró que el arrendatario, tenedor de la cosa, no la debe, o, en otros términos, que el arrendatario no es deudor, y en esa inteligencia se negó a aplicar el referido texto que dice:

"Siempre que la cosa parece en poder del deudor se presume que ha sido por hecho o culpa suya".

2º—Violación, por errónea interpretación del artículo 2005 del Código Civil, por cuanto el Tribunal consideró que la casa demandada no estaba en la obligación, para eximirse de responsabilidad, de probar "el he-

cho afirmativo de la causa cierta del siniestro", sino que le bastaba demostrar que en lo general había tenido todo el cuidado de un buen padre de familia. En sentir del recurrente, el Tribunal ha debido exigir, no la simple prueba de la prudencia o diligencia, sino la prueba del hecho afirmativo: la causa ajena, precisa, concreta, determinada que excluya la presunta culpa que establecen los arts. 2005 y 1730.

3º—Violación de los arts. 593 y 697 del Código Judicial, por el "error evidente de hecho de no haber tenido en cuenta una prueba testimonial completa" (la presentada por el demandante sobre un hecho que:

"patentiza el descuido, la imprudencia y la negligencia: el de prender constantemente fuego dentro de un depósito de gran volumen de mercancías, muchas de ellas inflamables, como proyectiles y otras de fácil combustión, como aceites, pinturas, aguarrás, etc." En sentir del recurrente, el Tribunal apreció erróneamente la prueba testimonial, formada por las declaraciones de Eulogio Herrera, Guillermo Duncan, Rafael Altamar, Osvaldo Gallardo, Teófilo Palacio, Pablo Pacheco, Miguel Rebolledo y Cupertino Dávila, e incurrió en un error de hecho evidente al dejar de apreciar las declaraciones rendidas sobre este mismo particular por los testigos Luis Jiménez, Manuel Zapate, Moisés Chaparro, Octavio Briceño y Manuel Dederlé.

El opositor estima: a) "que la cita que el actor ha hecho del artículo 1730 del Código Civil, como aplicable al caso, carece de todo fundamento"; b)—que las consideraciones hechas por el recurrente sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio, pueden ser aplicables en Francia, por existir en el Código de Napoleón la disposición especialísima contenida en el art. 1735, pero lo que rige entre nosotros para el caso de incendio, es lo que en Francia constituye el "derecho común", conforme al cual lo que al arrendatario corresponde probar, para quedar libre de responsabilidad, es que puso en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia; c)—Que existiendo declaraciones contradictorias sobre los hechos a que se refieren las declaraciones citadas por el recurrente para fundar su tercer cargo, el juez de instancia podía atribuir el valor que creyera conveniente a las pruebas de que habla el recurrente, o prescindir de ellas, y que la Corte, como tribunal de casación, no puede considerar este aspecto del problema.

### III

Para proceder en un orden lógico, la Corte estudiará, en primer término, el cargo concerniente a la violación del art. 2005 del Código Civil; en seguida sacará las consecuencias que de ese mismo estudio se desprenden en relación con la aplicabilidad del art. 1730, y finalmente estudiará la cuestión de pruebas planteada por el recurrente en su tercer cargo sobre violación de los arts. 593 y 697 del Código Judicial, por el error evidente de hecho de no haberse tenido en cuenta una prueba testimonial completa.

#### Artículo 2005

El problema jurídico que aquí se ventila ha quedado nitidamente planteado en estos términos: a juicio del recurrente, el Tribunal violó, por errónea interpretación, el art. 2005, porque consideró "que la casa demandada no está en la obligación de probar cuál causa cierta determinó el incendio o destrucción del edificio". A juicio del recurrente, el arrendatario no podía eximirse de responsabilidad "sino probando el hecho afirmativo de la causa cierta del siniestro": no le bastaba demostrar que había tenido el cuidado de un buen padre de familia.

En cambio, en concepto del opositor, el arrendatario, "para demostrar que los daños y pérdidas de la cosa arrendada no sobrevinieron por su culpa", lo que debía probar, y lo probó, era el haber empleado aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. En otros términos, al exigir la ley la prueba de que la pérdida de la cosa no sobrevino por culpa del arrendatario, lo que exige no es otra cosa que la demostración, por parte de éste, de la ausencia de culpa, o sea, de haber empleado en la conservación y goce de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. En síntesis: a tiempo que, para el recurrente, el demandado sólo podía eludir la responsabilidad probando el caso fortuito o la causa extraña, para el opositor resulta suficiente la prueba de la ausencia de culpa.

Tanto el opositor como el recurrente defendieron con grande esmero y erudición sus respectivos puntos de vista e invocaron abundante y muy autorizada doctrina extranjera —especialmente francesa— para esclarecer el problema.

Por eso, y porque en realidad arrojan mucha luz sobre las cuestiones planteadas los detenidos y admirables estudios que los grandes jurisconsultos contemporáneos franceses han consagrado a los arts. 1732 y 1733 del Código Francés —artículos que se han

citado y aducido repetidamente en este juicio—, la Corte no considera improcedente sino muy útil comenzar por comparar la legislación francesa y la colombiana sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.

De conformidad con el inciso final del art. 2005 del C. C. colombiano, “en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce (el de la cosa arrendada), deberá probar (el arrendatario) que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba se hará responsable”.

El art. 1732 del Código francés contiene, en substancia, el mismo principio: “el arrendatario responde de los daños o pérdidas que sobrevengan durante su goce (de la cosa arrendada), a menos que pruebe que tuvieron lugar sin su culpa”. Pero el art. siguiente del mismo código francés, enfocando ya especialmente la cuestión del incendio de la cosa arrendada, establece lo siguiente: “El arrendatario responde del incendio a menos que pruebe que el incendio aconteció por caso fortuito o fuerza mayor, o por vicio de construcción, o que el fuego ha sido comunicado por una casa vecina”.

A primera vista, la simple confrontación del texto colombiano con los textos franceses podría ser suficiente, como lo sostiene el opositor, para llegar a la conclusión de la exactitud de la tesis sostenida por él, puesto que, como lo anota éste, en Francia se exige la prueba positiva del caso fortuito o de la causa extraña en caso de incendio, en virtud de un texto especial que modifica, para el caso, el principio general consagrado en el art. 1732 igual a nuestro art. 2005.

Sin embargo, no sería, ni con mucho, bastante esa consideración para resolver la cuestión planteada.

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo que autores tan modernos y prestigiosos como Josserand y Demogue dicen en relación con los dos citados textos del código francés, se ve claramente que de la simple disparidad de las dos legislaciones en cuanto al caso de incendio, no podría sacarse la conclusión que saca el opositor.

Por el contrario, se llegaría, a la luz de esa doctrina, y no obstante la disparidad anotada, a la tesis del recurrente.

“Esta obligación (la de velar por la conservación de la cosa) —dice Josserand— es el corolario de la obligación de restitución: desde el momento en que el arrendatario está eventualmente obligado a restituir los lugares alquilados (*les lieux loués*), a la expiración del arriendo, él tiene la posición del deudor de un cuerpo cierto; su responsabi-

lidad se compromete, pues, por la pérdida o deterioro de la cosa, en los términos del derecho común, es decir, a menos que demuestre que el acontecimiento provino de una causa extraña que no podría serle imputada; es así como debe ser comprendido el art. 1732... El art. 1733, inciso primero, consagra el derecho común de la responsabilidad; no lo deroga en ninguna manera. De esta idea de que el art. 1733 no hace sino aplicar al arrendatario, en caso de incendio de la cosa arrendada, la responsabilidad contractual del derecho común, hay que sacar las siguientes consecuencias... Al arrendatario no le sería posible alegar que la causa del incendio es desconocida o que no ha incurrido en culpa; ésta prueba negativa es ineficaz aquí, como de una manera general en materia de responsabilidad contractual” (v. Tomo II, Nos. 1198-99). Demogue (tomo VI, N° 608) expone, en el mismo sentido, lo siguiente:

“Lo que liberta al deudor es la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor y no la de ausencia de culpa. Esto resulta claramente para el arrendatario del art. 1733, y la jurisprudencia admite que hay que producir la prueba directa y positiva del caso de fuerza mayor. El art. 1733 no hace sino aplicar aquí el derecho común. (Al contrario, en Italia, el arrendatario se liberta probando la ausencia de culpa). Estas soluciones parece que hacen caso omiso de los textos que se contentan con la ausencia de culpa. Pero es que no hay que hacer exégesis de una manera exagerada. El conjunto de textos es tan impreciso, que es evidente que los redactores del código no tuvieron ninguna idea clara sobre la distinción entre ausencia de culpa y fuerza mayor. Estas nociones no vinieron a ser separadas sino a la larga. Corresponde, pues, al intérprete suplir el silencio del código con ideas racionales y lo que parece mejor adaptado a las necesidades prácticas es exigirle al deudor la prueba que sea más precisa para darle seguridad al acreedor”...

Como se ve, para los dos eminentes autores citados no hay diferencia alguna entre la prueba que debe ser suministrada en el caso del art. 1732 y la que debe producirse en el caso del art. 1733. Tanto en éste como en aquel exigen los dos prestigiosos profesores la prueba del caso fortuito o de la causa extraña. Las Cortes de apelación, en lo general, tampoco hacen diferencia entre uno y otro caso. Sólo que ellas —enfocando el problema en un sentido inverso— consideran que en una y otra hipótesis —tanto en la del art. 1732 como en la del art. 1733— basta la prueba de la ausencia de culpa, y

no se requiere la del caso fortuito, término éste, que en sentir de ellas, fue indebidamente empleado en el art. 1733.

De la simple confrontación de nuestra ley con la francesa, en esta materia, no es posible, pues —si se profundiza la cuestión—, sacar la conclusión que a primera vista parece imponerse con tanta evidencia para la solución del problema planteado en relación con nuestro art. 2005. Si éste (piensa uno a primera vista) consagra el mismo principio del art. 1732 del Código de Napoleón, y los autores de éste consideraron indispensable decir expresamente, y a renglón seguido, que en caso de incendio sí era necesaria la prueba del caso fortuito, es porque tanto ese art. 1732 como nuestro artículo 2005 sólo exigen la prueba, que es distinta, de la ausencia de culpa; pero, profundizada la cuestión, no resulta ésta tan clara. De otra parte, la doctrina y la jurisprudencia que hasta ahora se han expuesto para relieves la insuficiencia de la referida confrontación, dejan en el ánimo —por la oposición entre la una y la otra y por el desdén con que ambas miran la diferencia de terminología en los dos textos citados— una gran perplejidad sobre este problema de la responsabilidad contractual en que —debido a la vaguedad e imprecisión de los códigos francés y colombiano, al respecto— apenas ahora comienza a salir la doctrina del estado caótico que se produjo como resultado de la falta de técnica con que los legisladores emplearon las expresiones caso fortuito y fuerza mayor.

Inspirándose en la célebre distinción propuesta por Demogue entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado (tomo V, N° 1234), la doctrina más reciente, en un grande esfuerzo para esclarecer todos estos puntos de la responsabilidad contractual, ha presentado una muy interesante teoría sobre la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito, y sobre el criterio que debe adoptarse para distinguir los casos en que basta la primera de las expresadas pruebas de aquellos en que es necesaria la segunda.

Esa teoría, que la Corte estima muy bien fundada y que aparece expuesta en el más moderno y prestigioso tratado sobre responsabilidad civil (H. y L. Mazeaud), parte de la base de que hay una diferencia sustancial entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor o de la causa extraña; explica que, “el dominio de la ausencia de culpa comprende todos los casos en que se ignora el origen del daño”, y se funda en las siguientes distinciones:

1ª—En el campo contractual hay que evitar la confusión entre dos problemas que frecuentemente se involucran: el problema del contenido de la obligación y el problema de la responsabilidad contractual propiamente dicha. Esto no puede ser abordado sino cuando el contenido de la obligación contractual se conoce perfectamente. Antes de resolver la cuestión de si el deudor es o no responsable, hay que resolver otra cuestión: a qué estaba realmente obligado el deudor por el contrato? ¿Cuál es el contenido de la obligación contraída por ese deudor? (Mazeaud, Tomo I, N° 105).

2ª—Para resolver el primero problema —el del contenido de la obligación contractual— es menester distinguir entre las obligaciones “determinadas, precisas o de resultado” y las obligaciones “generales de prudencia y diligencia”. En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva, como cuando se trata, por ejemplo, de la obligación que tiene el que ha recibido a mutuo una suma de dinero de hacer el pago respectivo a su acreedor en un determinado día. En las segundas —en las obligaciones generales de prudencia y diligencia— el deudor se ha comprometido a poner solamente toda la diligencia necesaria y a tomar todas las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia, como en el caso de un cirujano que, al operar a su cliente, no tiene la obligación determinada y precisa de curarlo sino la obligación de tomar todos los cuidados y precauciones aconsejados por la ciencia para evitar un fracaso y para procurar en cambio conseguir la curación del paciente. (Mazeaud, Tomo I).

3ª—En las obligaciones determinadas o precisas, hay inejecución, y por consiguiente culpa, cuando no se llega al resultado prometido. En cambio, en las otras —en las de prudencia y diligencia— no hay inejecución por el solo hecho de no haber sido alcanzado el resultado propuesto: sólo hay inejecución, y por lo tanto, culpa, cuando el deudor ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente. (Mazeaud, Tomo I).

4ª—Así —sin desconocer que en unas y otras la inejecución implica culpa—, media entre unas y otras, por lo que respecta a la culpa y a la prueba la ausencia de ésta, una diferencia fundamental: cuando no se trata de obligación precisa o determinada sino solamente de la obligación general de prudencia y diligencia, los jueces, para determinar la existencia de culpa, tienen que entre-

garse a un examen de la conducta del demandado, investigar cómo se ha manejado éste, descubrir si hubo de su parte imprudencias o negligencias, y en cambio, cuando la obligación del deudor es precisa o determinada, entonces, en caso de inejecución, la responsabilidad de éste se encuentra necesariamente comprometida por el solo hecho de no haberse alcanzado el resultado, a menos que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, sin que sea procedente ningún examen sobre la conducta misma del deudor. Con la ayuda de todas esas distinciones, esa doctrina reciente enfoca de esta suerte el problema de los arts. 1732 y 1733 del Código de Napoleón: "Se sabe que el primero de esos textos liberta al arrendatario de su obligación de restitución en cuanto prueba que no ha cometido culpa, a tiempo que el otro (el 1733), enfocando el caso particular en que la restitución se ha hecho imposible por incendio, no descarga al arrendatario sino en cuanto éste último pueda establecer el caso fortuito. Es que el arrendatario no tiene, en principio, en cuanto a la restitución, sino una obligación general de prudencia y diligencia, por lo cual es necesario apreciar su conducta para saber si hay inejecución". "Por el contrario, en caso de incendio, los redactores del código, para que el arrendatario fuera más atento, quisieron gravarlo con una obligación determinada: el arrendatario debe proteger la cosa arrendada contra los incendios; no le basta, en este caso, velar con diligencia; debe impedir la destrucción, el deterioro, por el fuego, de la cosa que le ha sido alquilada, y hay por lo tanto inejecución desde que la destrucción se produce, a menos que ella sea el resultado de una causa extraña, de un caso fortuito".

De conformidad con los principios generales sobre pruebas, tanto en el caso del art. 1732 del código francés como en el caso de nuestro art. 2005, se presume la inejecución de la obligación del arrendatario. El arrendador no está obligado a probar que el arrendatario ha sido negligente. Es a éste a quien le incumbe establecer que ha tenido toda la prudencia deseable. Los dos textos que enfocan la obligación del arrendatario de velar con prudencia y diligencia sobre la cosa arrendada, hacen pesar sobre dicho arrendatario la carga de la prueba de la ausencia de culpa.

"Pero hay que hacer notar —agrega Mazeaud— que en el segundo caso (el del art. 1732 del Código de Napoleón, igual al inciso final de nuestro art. 2005) el deudor suministra la prueba exigida contra él desde que establece haber obrado con prudencia y di-

ligencia. La prueba de la ausencia de culpa es liberatoria. La ejecución queda en efecto con eso demostrada".

Concuerda esa doctrina expuesta hace muy poco por Mazeaud con la que muy sagazmente había presentado Bonnecase en el tomo III de su Suplemento:

"En ciertos casos el legislador le hace jugar a la ausencia de culpa el mismo papel que al caso fortuito y a la fuerza mayor; pero no sucede siempre lo mismo, y se encuentran textos que oponen formalmente la ausencia de culpa al caso fortuito y a la fuerza mayor. Tal es el caso de los arts. 1732 y 1733, relativos a la responsabilidad del arrendatario. Según el primero de esos textos, el arrendatario se exime de la responsabilidad por la sola prueba de la ausencia de culpa, y al contrario, el art. 1733 exige, para que se descarte la responsabilidad del hecho del incendio, que sean demostrados el caso fortuito o la fuerza mayor; el vicio de construcción o la comunicación del fuego por una casa vecina".

Refiriéndose al problema concreto de la diferencia entre la ausencia de culpa y el caso fortuito o la fuerza mayor, dice el mismo autor lo siguiente, que concuerda también con la conclusión de Mazeaud:

"Lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la técnica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador concede a la ausencia de culpa efecto liberatorio, se contenta con exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, exige el caso fortuito o la fuerza mayor, requiere la prueba de un suceso preciso y determinado independiente de toda culpa del deudor y que ha provocado la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación".

Radouant, en su clásica monografía sobre "el caso fortuito y la fuerza mayor", afirma y explica también la diferencia sustancial entre la ausencia de culpa, de una parte, y la fuerza mayor o caso fortuito de la otra, y en cuanto a los artículos 1732 y 1733, expone la misma doctrina que expusieron después Bonnecase y Mazeaud:

"En lo concerniente a los deterioros y pérdidas sobrevenidos a la cosa durante el goce del arrendatario, éste se liberta por la prueba de la ausencia de culpa; pero cuando se trata de incendio, un régimen especial interviene; el locatario no se liberta sino por la prueba de que el incendio ha sobrevenido por caso fortuito o fuerza mayor, o vicio de construcción o comunicación del fuego por una casa vecina".

Paul Esmein —autor del tomo VI de Planiol et Ripert, citado con tan justos elogios por el recurrente—, en un estudio muy reciente publicado en la "Revue Trimestrielle" varios años después de la aparición de dicho tomo, enfocando el problema en una forma muy distinta a la que hasta ahora se ha visto, y prescindiendo, para el caso, de la referida distinción de Demogue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, llega sin embargo —así en lo que respecta a la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba de la causa extraña, como en lo atinente a la procedencia de la primera en el caso del art. 1732 y en lo concerniente a la posibilidad de exonerarse el arrendatario de responsabilidad en los casos en que la causa del daño permanezca desconocida— a conclusiones que coinciden con las antes expuestas de Mazeaud, Bonnecase y Radouant.

En ese estudio, después de establecer la distinción entre la responsabilidad por culpa (que "consiste en no prestar en la ejecución de la obligación los cuidados de un buen padre de familia") y la obligación de garantizar un riesgo, asienta que "la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual", y en seguida, refiriéndose a la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad contractual, dice lo siguiente:

"Pero cómo debe probar el deudor la falta de culpa? Basta que pruebe el carácter diligente de su conducta, es decir, establezca que tomó en tiempo oportuno las medidas necesarias para porcurar la ejecución adecuada, o es necesario que haga conocer la causa extraña que, aportando un obstáculo a su actividad, ha impedido la ejecución?"

Todas las veces en que ha prometido hacer personalmente algo y no ha hecho nada, o ha prometido no hacer alguna cosa y ha violado su promesa, es normalmente imposible que ignore la causa extraña, si existe una, a menos que no sea demente, lo que no se presume. A falta de denunciar por su parte una causa extraña, se deberá presumir que la inejecución es voluntaria. Le incumbe probar la existencia de la causa extraña porque es el elemento capital de la prueba de la falta de culpa, que está a su cargo.

Pero la situación no es idéntica cuando la obligación tiene por objeto la guarda y restitución de una cosa (cuerpo cierto) o de una persona, que se pierde o deteriora sin que se establezca que el hecho es debido al hecho personal del deudor. Habiendo probado el deudor su diligencia y quedando desconocida la causa del daño, no puede decirse, como en el caso precedente, que la única

hipótesis plausible es la de una inejecución voluntaria. Ocurre que en casa de un hombre diligentes se produce un incendio, cuyo origen es imposible determinar. El principio de probabilidad suficiente justifica que sea bastante la prueba de una conducta diligente.

Además, esta prueba deberá comportar la prueba de todas las precauciones ordenadas por los usos y los reglamentos, de acuerdo a las circunstancias. Corresponde al juez resolver si se imponía una determinada precaución. Pero respecto de toda precaución que tenga ese carácter, el acreedor puede exigir del deudor la prueba que ha sido tomada, a falta de lo cual sobrevive la presunción de culpa, que produce la responsabilidad. Entonces, la simple presunción de culpa tiene un valor considerable.

El punto esencial consiste en resolver sobre los casos en que, habiendo probado el deudor su diligencia perfecta, la causa del daño permanece desconocida, caso que no es muy frecuente en la práctica, pero que es muy importante del punto de vista teórico. Digo que las reglas sobre la carga de la prueba, aplicadas a los principios de la responsabilidad, no permiten declarar al deudor responsable, por el solo hecho que la causa quede desconocida.

No admite todo el mundo que si el deudor demuestra la causa del daño y si establece (prueba que le corresponde por las razones enunciadas) el carácter diligente de su conducta en relación a este hecho, si prueba que para prevenirlo y desviar el efecto ha hecho lo que tenía la obligación de hacer, está liberado? Entre esta hipótesis y la de la causa desconocida no existe otra diferencia que la existencia misma de esta causa desconocida. El hecho de la existencia de una causa desconocida no puede ser en sí un fundamento de responsabilidad ni de una regla de prueba. El fundamento de responsabilidad no puede encontrarse sino en la relación del deudor con esta causa desconocida. Como toda responsabilidad supone la violación de una obligación, se trata de saber si el deudor tenía una obligación de conocer el hecho ignorado. Es ésta una cuestión de derecho, porque se trata de una regla de conducta, de una obligación legal. En lo que le respecta, no es cuestión de carga de prueba.

En consecuencia, puedo concluir que una responsabilidad de pleno derecho del deudor guardador de una cosa o de una persona, que ha probado la diligencia de su conducta, pero que no ha podido determinar la causa del daño, que permanece desconocida, no está justificada por los principios de la responsabilidad. No podría estar obligado de pleno

derecho sino en virtud de una obligación de garantía, lo que se examinará en el capítulo siguiente. Pero entonces, lo demostraré, se sale del dominio de la responsabilidad y entran en juego principios completamente distintos”.

Después de estudiar las disposiciones del código civil a la luz de esas que él llama reglas racionales sobre la carga de la prueba, dice el mismo autor lo siguiente:

“Creo poder concluir que nada impide en derecho positivo la aplicación de la regla racional sobre la carga de la prueba y que el deudor guardián contractual de una cosa o de una persona no está obligado, cuando ha sido dañada o perdida, a probar la causa extraña, si le es posible probar por otros medios la falta de culpa”.

De conformidad con esas ideas, al analizar Esmein el problema de los arts. 1732 y 1733, hace radicar la diferencia entre aquél y éste, en que el legislador quiso consagrar, en caso de incendio, la responsabilidad del arrendatario cuando la causa permaneciera desconocida, a tiempo que, conforme a la regla general de que no es necesaria la prueba de la causa extraña cuando la obligación consiste en la guarda de un cuerpo cierto, cuando se trata de pérdidas y daños no provenientes de incendio, es posible la prueba de la ausencia de culpa en esa hipótesis de causa desconocida del daño.

En el tomo X del mismo tratado de Planiol et Ripert, citado por el recurrente (tomo éste que se refiere en especial a los contratos de venta y arrendamiento) se lee lo siguiente:

“La interpretación de esta disposición (el art. 1733 del código civil francés) despierta una seria dificultad. Qué debe probar el locatario para escapar a la presunción de culpa que lo grava? Es uno de los hechos precisos enumerados por el art. 1733, y esta enumeración es limitativa, o basta que el locatario pruebe que él no incurrió en culpa, estableciendo por ejemplo, que el incendio se ha producido en circunstancias que no permiten imputárselo, o aún simplemente que él siempre aportó a la conservación de la cosa arrendada los cuidados de un buen padre de familia?

Esta última solución se impondría, sin duda, si fuera necesario ver en el art. 1733 una simple aplicación del principio consignado en los arts. 1302 y 1732. La enumeración de las causas de exoneración contenida en el art. 1733 no podría, por otra parte, ser considerada como limitativa. Todas esas causas, en efecto, se reducen a una sola, la indicada primeramente: el caso fortuito. El vicio de construcción y la comunicación

del fuego por una casa vecina no son, para el arrendatario, sino casos fortuitos. Bastaría al arrendatario para exonerarse, probar el caso fortuito. Pero hay caso fortuito porque no hay culpa del locatario. Bastará, pues, a éste probar que el incendio no provino por su culpa, que el fuego ha tenido nacimiento en circunstancias que por su naturaleza excluyen la imputabilidad del arrendatario, o bien, —si la causa permanece desconocida—, establecer que él no ha cesado jamás de aportar a la conservación de la cosa arrendada todos los cuidados de un detentador cuidadoso y diligente.

Esta es precisamente la solución que consagra, para la aparcería, la ley de 10 de julio de 1899, art. 4º En virtud de ese texto, el colono aparcerero responde del incendio,.... a menos que pruebe que él ha cuidado la cosa como un buen padre de familia”.

No parece por lo demás dudoso que esta interpretación favorable al arrendatario pueda prevalecerse de los antecedentes históricos, y sea la más conforme a las intenciones del legislador moderno. Los términos del art. 1733 reproducen poco más o menos textualmente un pasaje de Pothier. Ahora bien, se había acordado en nuestro antiguo derecho admitir que el arrendatario debe presumirse responsable del incendio, cuando la causa es desconocida, esto es, “a falta de justificar que el siniestro no ha sucedido por su culpa ni por la de sus domésticos”, y los trabajos del código civil demuestran que esta solución fue la adoptada. Por otra parte, cuando en 1879 fue discutida una proposición de ley por la cámara de diputados, que tendía a la abrogación del art. 1733, la intención del parlamento fue la de permitir la prueba de la ausencia de culpa.

Es explicable, pues, que una gran parte de la doctrina se haya afiliado a esta opinión, y que ella haya sido de una manera general consagrada en las sentencias.

Otros autores la han abandonado, y ha acabado por producirse un movimiento contrario en la jurisprudencia. Para sostener que el art. 1733 degora el art. 1732 en cuanto a la prueba que debe formularse por el arrendatario que quiere exonerarse de responsabilidad, se ha invocado la diferencia de redacción de los dos textos. Si el primero enumera las diversas categorías de hechos que el locatario podrá alegar en su descargo, es, se dice, porque el legislador no ha querido contentarse, en el caso de incendio, con la prueba negativa de la ausencia de culpa, que admite el art. 1732 para el caso de pérdidas o degradaciones provenientes de otras causas. Si tal no fuera la interpretación ad-



misible, el art. 1733 reproduciendo, simplemente, para el caso particular de incendio, las reglas más generales contenidas en el art. 1732, no sería inútil.

Los precedentes históricos, y los debates legislativos relativos al art. 1733, son abandonados como insuficientemente precisos, como la expresión de opiniones individuales. Se hace observar, en fin, que el art. 1733, por el solo hecho de que consagra una presunción legal de culpa en contra del locatario, es un texto excepcional que debe ser interpretado estrictamente.

Es, sin duda, por la influencia de esta última consideración, la sola que tenga realmente un valor jurídico, por lo que la jurisprudencia ha sido llevada a modificar su orientación primera. Cuando la mayor parte de las Cortes de apelación se reducían aún, para admitir la exoneración del arrendatario, a la prueba hecha por él de que no había incurrido en culpa, la Corte de Casación, desde 1882, decidió que la enumeración del artículo 1733 es limitativa, e impone al locatario la prueba directa y positiva de un hecho preciso que constituya una de las causas de exoneración indicadas por el juez. La Corte de Casación ha juzgado especialmente que el locatario no podría ser admitido a probar un pretendido vicio de construcción, de donde podría resultar el incendio, si el estado de los lugares no permite establecer con certidumbre una relación de causa a efecto entre ese pretendido vicio de construcción y el siniestro. De la misma manera, el locatario no podría exonerarse de responsabilidad estableciendo que estaba ausente en el momento del incendio. Esta última solución puede justificarse, por otra parte, aun en la opinión que permite al arrendatario probar que no ha cometido culpa. Estando obligado el arrendatario a cuidar de la conservación de la cosa arrendada, no podría, en efecto, prevalerse, como medio de justificación, del abandono de esta cosa. Sería de otra manera si, por su destinación en virtud del contrato, la casa arrendada debía normalmente cesar de estar habitada en la época del incendio, si se tratara, por ejemplo, de una casa campestre".

Falta por ver en qué consiste o cómo se suministra o produce la prueba de la ausencia de culpa. Será necesario probar que ninguna de las culpas concebibles o humanamente posible fue cometida en ningún tiempo por el deudor? O, por el contrario, "dejándole a la duda un cierto lugar", bastará, para no incurrir en el absurdo de exigir la prueba de una negativa indefinida, una prueba indirecta que le devuelva a la demostración su aspecto positivo, concernien-

te a las precauciones que ha tomado el deudor?

Esta cuestión fue insuperablemente tratada por Radouant, en su monografía ya citada:

"Un rigor más o menos grande he ahí, en efecto, frente a aquel a quien incumbe la carga de destruir la presunción, lo que distingue la prueba de la ausencia de culpa y la del caso fortuito o fuerza mayor; tal es el aspecto práctico de la cuestión. Si se investiga la diferencia de naturaleza que a él corresponde, aparecerá que bajo cierto punto de vista el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser algo más que la ausencia de culpa y que tal punto de vista es el del distinto valor de la prueba. La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado.

Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo; demostrar que tales o cuáles culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de la ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta: imperfecta, porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa del daño, tiende a certificar por eliminación que no es una culpa.

Al contrario, cuando el demandado puede precisar el hecho generador, la prueba es perfecta. Nada más fácil que constatar su



existencia y asegurarse que él estaba exento de culpa; pues entonces la ausencia de culpa de que se trata está concentrada en un radio estrecho, fácil de explorar, y no tiene que ser analizada bajo formas infinitas e inasibles, a través de toda la conducta del individuo; por otra parte, existen multitud de acontecimientos cuya sola existencia parece por sí misma excluir la culpa. En este caso, no da ya lugar para la duda; cuando se conoce la causa precisa de un daño y se la sabe exenta de culpa, es incontestable que el hecho cuya consecuencia es, no deriva de una culpa. Lo que está demostrado es aún la ausencia de culpa, pero con esta particularidad, que ella lo está con certeza, porque constituye la cualidad, fácil de constatar, de un hecho positivo directamente probado. Ahora bien, sabemos cómo se llaman los acontecimientos así calificados por la ausencia de culpa: casos fortuitos o fuerza mayor. Llegamos, en suma, a esta conclusión: que, en todos los casos, es únicamente la ausencia de culpa lo que se trata de probar, para aportar la responsabilidad, y no podría ser de otra manera en una legislación que funda la responsabilidad, contractual o delictual, en la culpa. No hay dos pruebas para llegar a ella; pero el objeto único a demostrar es susceptible de dos modos de prueba desiguales en valor como en dificultad; el uno negativo, indirecto, que sólo proporciona una probabilidad, por poderosa que ella sea; el otro positivo, el cual facilita una certidumbre".

En el mismo sentido dice Bonnecase:

"Para los autores más recientes que han examinado de cerca el problema, la diferencia entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa, no conduce a la distinción de dos nociones que se opongan en su esencia, sino simplemente a una situación más favorable para el deudor cuando le basta, para liberarse, demostrar la ausencia de culpa, que, cuando se trata de probar el caso fortuito o la fuerza mayor. Es ello, dicen esos autores, una especie de resultado de la convención, porque considerando y analizando las cosas más de cerca, la prueba de la ausencia de culpa en su forma absoluta es, si no imposible, por lo menos mucho más difícil que la de la fuerza mayor. En esta última hipótesis, es verdad, el deudor está obligado a probar la existencia de un acontecimiento preciso que haya acarreado, abstracción hecha de toda culpa por su parte, la imposibilidad absoluta de ejecución de su obligación. Por lo menos cuando semejante prueba haya sido suministrada, no habrá ninguna duda sobre la irresponsabilidad del deudor. Al contrario, constituyendo la ausencia de cul-

pa una situación de carácter negativo, se necesitaría irremediablemente probar, para establecerla, que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida por el deudor. Ello no se exige en realidad, y únicamente se pide la prueba de ausencia de las culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia".

"Es así como la ausencia de culpa —dice en otro lugar el mismo autor citado— ha llegado a representar para el deudor un medio liberatorio de acceso mucho más fácil que el caso fortuito o la fuerza mayor. Importa poco, desde luego, que ciertos autores aleguen que el caso fortuito o la fuerza mayor se relaciona con la ausencia de culpa, so pretexto de que la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor no es otra cosa que la prueba positiva de la ausencia de culpa; lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la táctica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador acuerda efecto liberatorio a la ausencia de culpa, se reduce a exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, estipula el caso fortuito o la fuerza mayor, exige la prueba precisa de un acontecimiento preciso y determinado, independiente de toda culpa del deudor y acarreado consigo la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación".

Esmein parece más exigente en cuanto al modo de producir la prueba de la ausencia de culpa, o sea la prueba de una conducta diligente, pero, como ya se vio, proclama sin vacilación, lo mismo que Mazeaud, Bonnecase, Radouant y Perréau (en Planiol et Ripper), las siguientes conclusiones, que son las fundamentales para el caso:

Primera.—Hay diferencia entre la prueba del caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, y la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente.

Segunda.—En los casos en que, como en el presente, permanece desconocida la causa del daño, no es necesaria la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la causa extraña, sino que puede ser suficiente la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente. (Será bastante esta prueba, según Mazeaud, si se trata de simples obligaciones de prudencia y diligencia, y, según Esmein, si la obligación tiene por objeto la guarda y restitución de una cosa).

Tercera.—En el caso del artículo 1732 del Código de Napoleón (que es tanto como decir en la hipótesis de nuestro artículo 2005), lo que se exige no es la prueba del caso for-

tuito o la fuerza mayor o de la causa extraña, sino la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente, y por ende, aun cuando la causa del daño permanezca ignorada, siempre le será posible al arrendatario eximirse de responsabilidad si en debida forma comprueba su conducta diligente, o, mejor dicho, si se establece su ausencia de culpa en esa forma negativa, indirecta, de que habla Radouant, que en verdad sólo proporciona una probabilidad, y que no consiste en la prueba del hecho preciso generador del daño, ni tampoco en la demostración de una negativa indefinida (sobre que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida), sino, como lo dice Bonnecase, en la prueba de la ausencia de aquellas culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia.

Estas tres conclusiones constituyen, como se desprende de lo expuesto y transcrito, la síntesis de la doctrina predominante y más reciente sobre la prueba que debe producir el arrendatario para eximirse de responsabilidad en el caso del art. 1732 del Código Francés, o sea en el caso de nuestro art. 2005. Y es obvio que a la luz de esa doctrina no puede prosperar el cargo formulado por el recurrente, de mala interpretación, por parte del Tribunal, del expresado texto del código colombiano.

#### Artículo 1730

Los mismos razonamientos expuestos para desechar el cargo de violación del art. 2005 sirven para desechar el cargo de violación del art. 1730. Este contiene, para el caso en él contemplado, la misma presunción de culpa que el art. 2005 establece contra el arrendatario en la hipótesis de pérdidas y daños de la cosa arrendada.

De tal manera que, aun aceptando la tesis del recurrente sobre la aplicabilidad a este caso del referido art. 1730, no puede prosperar el cargo por la sencilla razón de que, según todo lo antes expuesto, esa presunción de culpa se destruye por la prueba de la ausencia de culpa en la forma antes indicada.

Si, conforme al art. 2005, el arrendatario, para eximirse de responsabilidad, tiene que probar que los daños y pérdidas no sobrevinieron por su culpa, es porque se presume que sí fueron debidos a culpa de él. Por lo tanto, el art. 1730 nada le agrega ni nada le quita al problema. Y si, como se deja dicho, la presunción del art. 2005 puede ser destruída sin la prueba del caso fortuito o de la causa extraña, es obvio que la presunción,

no diferente, del art. 1730, también puede ser destruída sin esa prueba.

#### Tercer cargo

En cuanto a la tercera de las causales aducidas (violación directa de los arts. 593 y 697 del C. J., por el error evidente de hecho de no haber tenido en cuenta una prueba testimonial completa), fundamento que el recurrente desarrolla atribuyéndole al Tribunal apreciación errónea de las declaraciones de Eulogio Herrera, Guillermo Duncan, Rafael Altamar, Osvaldo Gallardo, Teófilo Palacio, Pablo Pacheco, Miguel Rebolledo y Cupertino Dávila, y falta absoluta de apreciación de las declaraciones de Luis Jiménez, Manuel Zapata, Moisés Chaparro, Octavio Briceño y Manuel Dederlé, la Corte considera:

El señor juez de primera instancia se refirió prolijamente en su fallo a las declaraciones de estos últimos, y fundándose especialmente en ellas, condenó al demandado al pago de los perjuicios, en virtud del siguiente razonamiento: "Si los testigos de la demanda, en número mayor que los del contrario, señalen los hechos de que allí donde había materias inflamables se prendían anafes y estufas para ejecutar trabajos de hojalatería, hay que concluir, por otra, que el arrendatario, obligado a responder por sus actos y por los de sus dependientes, no empleó el cuidado y la diligencia que acarrea la culpa leve, obligado a prestar en el contrato de arrendamiento".

El Tribunal, en su fallo, comienza por reproducir íntegramente la sentencia del Juzgado, en la cual, se repite, está hecho el análisis de las declaraciones de los testigos últimamente citados, y contenido el razonamiento que acaba de transcribirse fundado en tales declaraciones.

Comentando la sentencia del Juez, y especialmente el razonamiento que se ha reproducido antes, dice el Tribunal: "Consecuente con esos dos extremos es la sentencia del inferior, habiéndose ceñido ella al derecho y a la fuerza probatoria de los elementos que, aportados en el juicio, tuvo a su disposición entonces", y más adelante agrega el Tribunal, insistiendo en comentar de modo especialísimo el párrafo de la sentencia del Juzgado que se deja transcrito, que él "pone de manifiesto el estado del expediente a la sazón; pinta el grado de su convicción; y señala algunas deficiencias de las pruebas aportadas, como causa determinante de aquel fallo".

No obstante la circunstancia ya apuntada de que el Tribunal comenzó por reproducir

la sentencia del Juez, vuelve a hacer después una reproducción especial del párrafo que en el presente fallo se ha copiado, y después de esta segunda especialísima reproducción, dice el Tribunal:

"A través de las anteriores palabras del señor Juez, que son de cristalina transparencia para el fin con que se reproducen, se ve que aplicó al caso el art. 2005 del C. C., interpretando recta y juiciosamente la precisión de sus términos y de su espíritu. Sólo por la circunstancia de haber estimado que a la época del fallo la entidad arrendataria no había comprobado suficientemente que los daños del incendio del edificio sobrevenidos durante su goce no sobrevinieron por su culpa ni por culpa de sus dependientes, le alcanzaba la culpa leve instituida por nuestras leyes. Y más aún: las pruebas producidas hasta entonces por las partes en el juicio tuvo que hacerlas pasar por el fino tamiz que aconseja el art. 703 de la ley 105 de 1931 para apreciar la virtualidad de cada grupo. Encontró el Juez deficiencias en las pruebas encaminadas a acreditar que la entidad arrendataria empleó en el goce de sus derechos, y en lo tocante a la conservación del edificio arrendado el cuidado de un buen padre de familia que era, en verdad, su obligación, y parece que atribuye ese descuido a una razón muy obvia. Bien aplicado se encuentra el art. 2005 al caso particular de autos..."

En seguida el Tribunal, después de sentar al tesis de que al demandado "le bastaba probar que la pérdida no sobrevino por una culpa suya ni por la de sus dependientes", y que no tenía la obligación de probar cuál causa cierta determinó el incendio ni señalar el caso fortuito que precisamente le dio origen, entró a examinar y a apreciar minuciosamente las pruebas de la segunda instancia, advirtiéndole previamente "que tales pruebas le han dado a esta cuestión una fisonomía jurídica que no tenía a la época del fallo de la primera instancia".

Al analizar el Tribunal las pruebas contenidas en el cuaderno once, dice lo siguiente:

"Basta una simple ojeada a las declaraciones de los señores Luis del Valle, Guillermo Renowitzki, Roberto A. Visbal, Elberto González Rubio, Antonio Luis Montes, Federico Schemel, José A. Osio, Mortimer de Lima, Germán Ribón C., Víctor Montalvo, Manuel N. Borrás, Ricardo de Castro, Carlos Schemel y Miguel Vergara Palacio, ciudadanos de elevado relieve en esta sociedad por su cultura, independencia y hombría de bien; basta una ojeada, se repite, a sus declaraciones, para dejar asentadas estas verdades que la parte demandada se propuso y logró com-

probar: 1)—Que todos ellos conocieron perfectamente en su interior el edificio de que los autos tratan, el cual visitaron con mucha frecuencia hasta los días próximos a su incendio; 2)—Que en ninguna de las dependencias de ese edificio existían anafes prendidos ni fuego de ninguna clase, ni lámparas de petróleo o gasolina encendidas ni se hacían allí en aquel local trabajos de hojalatería o estañadura; 3)—Que en distintas partes de dicho local estaban colgados extinguidores químicos de incendio y había grandes carteles en partes muy visibles, que decían: 'Se prohíbe fumar'... y 4)—Que conocieron al ciudadano alemán que como celador o depositario tenían allí los señores 'A Held' y era una persona seria y de buena conducta.

"Muchos de esos declarantes refieren que no sólo vieron aquellos grandes carteles de la prohibición, sino que alguna vez ellos, inadvertidamente, fueron a penetrar fumando al interior del establecimiento, y el celador con fineza le hizo botar el cigarrillo o cigarro.

"Esas declaraciones que, por su número y por la calidad de quienes las rindieron, autorizan para hacer la afirmación que arriba se hizo, están corroboradas de modo uniforme en el mismo cuaderno por las que rindieron los honrados, humildes ciudadanos Santiago Domínguez, Alejandro Galvis, Heliodoro Frías, Víctor Escalante, Heliodoro Frutos y Juan B. Ospino. Estos últimos, ingenuos declarantes, establecen también allí algunos hechos que, aunque de escasa importancia, pudieran haber puesto sombras de duda en determinados puntos de esta controversia judicial.

"Como se verá al leerse el cuaderno N° 11 de esta prueba, el doctor Tafur Guerrero ejerció el derecho de repreguntar a los testigos; pero cada uno, poseído de la verdad encarnada en cuanto estaba diciendo, satisfizo las repreguntas, con respuestas que dan fuerza y robustez a sus afirmaciones declaradas".

Después de analizar muy minuciosamente el Tribunal, en más de catorce fojas útiles, todas las pruebas "que hacen relación al cuidado de un buen padre de familia que el arrendatario debe emplear en la conservación de la cosa arrendada, pruebas entre las cuales se cuenta la testimonial a que se refieren los párrafos transcritos", saca la siguiente conclusión: "Con el estudio que de las pruebas se tiene hecho, se ha llegado a la conclusión de que A. Held, en este caso concreto, como arrendatario del edificio de los señores Faillace que un incendio devoró la noche del 28 al 29 de octubre de 1926,

desplegaron (sic) en la conservación de la cosa arrendada todo el cuidado y todo el celo que pudiera haber desplegado un buen padre de familia”.

Sigue el Tribunal examinando y apreciando las pruebas aportadas por el demandante tendientes a probar la culpa del demandado, y saca de ese examen las siguientes conclusiones: a) Que ni los aceites lubricantes, ni los aceites para pintura, ni el aguarrás, ni la estopa, ni el carbón mineral, ni el carburo de calcio, según el dictamen pericial son explosivos e inflamables en el sentido que pretende el demandante; b) Que en el caso de que A. Held hubieran introducido materias que la ciencia reputa efectivamente inflamables, combustibles o explosivos, lo que no está comprobado sino en cuanto a la pólvora para cacería, tales artículos no se habrían depositado en el edificio que se incendió.

Después de ese examen de las pruebas aportadas por el demandante, entre las cuales figura la testimonial que el recurrente estima mal apreciada (declaraciones de Herrera, Gutiérrez, Duncan, Rafael Altamar, etc.), insiste el Tribunal en afirmar que, no obstante tales pruebas, aparece probada la obligación del demandado de conservar la cosa como un buen padre de familia.

En síntesis: el Tribunal, después de reconocer que, dadas las declaraciones de Luis Jiménez, Manuel Zapata, Moisés Chaparro, Octavio Briceño y Manuel Dederlé, y la insuficiencia de las pruebas presentadas en primera instancia por el demandado, se había condenado con razón a éste, examina las pruebas presentadas en la segunda instancia por una y otra parte, para llegar a la conclusión de que éstas le han dado al pleito “una fisonomía jurídica que no tenía a la época del fallo de primera instancia, porque el demandado logró probar en la segunda que sí había tenido, como arrendatario, el cuidado, la prudencia, la diligencia, propios de un buen padre de familia”. Las declaraciones de los testigos citados: Jiménez, Zapata, Chaparro, Briceño y Dederlé, quedaron, pues, en sentir del Tribunal, completamente desvirtuadas (y esto aparece claramente en la sentencia, aunque de modo explícito no se diga) con todas las pruebas de la segunda instancia y especialmente con las declaraciones, a las cuales les atribuye grande importancia el Tribunal, de Luis del Valle, Roberto Visbal, González Rubio, Antonio Luis Montes, Schmel y muchos otros distinguidos caballeros, quienes aseguran lo contrario de lo aseverado por los testigos presentados por el demandante en primera instancia.

No hubo, en consecuencia, falta de apreciación, por parte del Tribunal, de las declaraciones de los testigos Jiménez, Zapata, Chaparro, Briceño y Dederlé. Tanto las apreció, que consideró que el Juez había encontrado en ellas suficiente fundamento para fallar contra el demandado, pero consideró el Tribunal que las pruebas de segunda instancia, al cambiar completamente la fisonomía del pleito, habían venido a desvirtuar esas declaraciones, conclusión a que el Tribunal podía llegar, conforme al art. 702 y conforme a los principios generales sobre pruebas en materia de responsabilidad contractual, atrás explicados.

En cuanto a la errónea apreciación de las declaraciones de Eulogio Herrera, Guillermo Duncan, Rafael Altamar, Osvaldo Gallardo, Teófilo Palacio, Pablo Pacheco, Miguel Rebolledo y Cupertino Dávila, la Corte tiene que limitarse a manifestar que no está dentro de sus atribuciones el corregir o rectificar esa apreciación, ya que en casación no es procedente el examen, análisis y apreciación de pruebas sino cuando se alega que se ha incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en autos, y que como consecuencia de ello se ha violado la ley sustantiva. El recurrente no ha afirmado que la apreciación que él califica de errónea, de esas declaraciones, haya hecho incurrir al Tribunal en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en autos, o en error de derecho, ni ha explicado en qué consiste el error en la apreciación. Se limita a calificar de estrecho el criterio con que fueron analizadas esas declaraciones.

Con respecto a las costas, se considera:

La Corte ha estimado que no es del caso infirmar la sentencia del Tribunal de Barranquilla, porque no puede considerarse como errónea una interpretación del art. 2005 del C. C. que coincide con la dada al correspondiente y equivalente texto del código francés por lo que la Corte considera como doctrina predominante, más reciente y mejor fundada, pero ello no significa que la tesis brillantemente defendida por el recurrente sea temeraria o anticientífica o carezca por completo de fundamento. Como ya se dijo, se trata de una cuestión muy controvertida en que, debido a la vaguedad e imprecisión de la ley al respecto, apenas ahora comienza a salir la doctrina del estado caótico que presentó durante más de un siglo. Según se advirtió en su lugar, en favor de la tesis del recurrente podrían in-

vocarse nada menos que el Curso de Derecho Civil de Josserand y el Tratado de las Obligaciones de Demogue. Sólo que la Corte, fundándose en otras obras, entre las cuales hay algunas más recientes que éstas y que son, en su mayor parte, no tratados generales, sino estudios especiales sobre la materia controvertida, y considerando que las razones allí aducidas en pro de la tesis expuesta en la sentencia son más convincentes que las razones en contrario— ha estimado que no se puede infirmar el fallo recurrido.

Por lo que acaba de decirse, no sería el caso de condenar en costas al recurrente, si se tratara de una sentencia de primera o de segunda instancia, pero ante el mandato terminante del art. del C. J. sobre costas en casación, la Corte no puede menos que

hacer esa condenación contra el recurrente.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha siete de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase oportunamente el expediente.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.



#### REIVINDICACION

La sentencia de adjudicación en un juicio de sucesión constituye justo título traslativo de dominio para reivindicar, al tenor del artículo 765 del Código Civil. La compra de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir que se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden dar, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre doce de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

El doctor Eduardo Sarmiento Barreto, en nombre propio y también como apoderado de Marcelina Cuervo de Gualteros, de su esposo Anatolio Gualteros y de Carlos J. Gual-

teros, en ejercicio de la acción de dominio, demandó a Salomón Toquica y Epifanio Lovera, para que fueran condenados a restituirles los lotes de terreno alinderados y determinados en la demanda.

Epifanio Lovera propuso una excepción dilatoria, por cuanto dijo no ser poseedor de esos inmuebles, excepción que prosperó y por lo tanto continuó el juicio sólo con el demandado Toquica, el cual se opuso a las pretensiones de la parte actora.

En sentencia de veintinueve de julio de mil novecientos treinta y dos, el juez del conocimiento, primero del circuito de Zipaquirá, desató la litis con la negativa de las declaratorias pedidas por la parte actora.

Esta sentencia subió en apelación al Tribunal Superior de Bogotá, el cual confirmó el fallo del inferior, en sentencia de veintitrés de marzo del año próximo pasado.

El doctor Sarmiento Barreto interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Para demostrar los hechos y fundamentar su intención, la parte actora adujo los títulos, con los cuales, en concepto de ésta, se acredita el derecho de dominio sobre los lotes a que se refiere la reivindicación. A su vez, el demandado presentó otros títulos para desvirtuar los aducidos por el demandante.

La primera faz, por lo tanto, del presente litigio, es la de la comparación y examen de