

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación.

Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos quince.

(Magistrado ponente, doctor Pardo).

Vistos:

Martín Vergara y Cecilia Escallón contrajeron matrimonio en esta ciudad de Bogotá el día cuatro de mayo de mil ochocientos sesenta y siete. La señora Escallón otorgó testamento cerrado en esta misma ciudad el veintiocho de octubre de mil ochocientos sesenta y nueve, el cual, después de la muerte de dicha señora, ocurrida el cinco de diciembre del año que acaba de citarse, fue abierto en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, último domicilio de la testadora, registrado el día diez y ocho del mismo mes de diciembre y protocolizado en la Notaría segunda del propio Circuito en la escritura número dos mil doscientos treinta y ocho.

La testadora instituyó por herederos suyos a su esposo Martín Vergara y a su legítima madre María del Rosario Gómez de Escallón.

En demanda de siete de enero de mil ochocientos setenta el doctor Demetrio Porras, como mandatario de la heredera señora Gómez de Escallón, solicitó del Juez primero del Circuito de Bogotá declarase abierta la sucesión y decretase la facción de los inventarios, cosas éstas a que accedió el Juez gado, el cual dispuso citar a los que tuviesen derecho a concurrir al acto. Esos inventarios, lo propio que el avalúo de los bienes, se practicaron en distintos actos en marzo y abril de mil ochocientos setenta uno y en julio de mil ochocientos ochenta y siete.

Teniendo de presente el valor dado a los bienes desde el año de mil ochocientos setenta y uno y los nuevos avalúos hechos en virtud de lo resuelto por el Tribunal, el activo del inventario ascendió últimamente a la suma de veintiocho mil novecientos ochenta y nueve pesos noventa y cinco centavos (\$ 28,989-95).

Es el curso del juicio, iniciado, como se vio, desde principios de mil ochocientos setenta y que está pendiente aún, murió la heredera María del Rosario Gómez de Escallón el diez de julio de mil ochocientos setenta y ocho.

Y como consecuencia de ello en sustitución de los derechos que reclamaba en la sucesión de su hija, fueron reconocidos como partes en él varios herederos, a saber: Francisco Exacción Gómez, Tomás N. y José Joaquín Escallón, Bárbara Escallón de Ortega, Concepción, Dolores y Eloy Escallón.

A Francisco, Concepción y Dolores los representa en el juicio el doctor Enrique Camacho, por haberles comprado sus derechos.

Bárbara y Eloy son representados por su cesionario señor Julián Escallón.

José Joaquín y Tomás actúan en su nombré. Martín Vergara, que figuró en autos como cónyuge sobreviviente y heredero de Cecilia Escallón, instituyó por heredera a María Trinidad López Díaz, quien vendió sus derechos al doctor Manuel Felipe Perera, reconocido como parte en el juicio.

En auto de diez y seis de septiembre de mil ochocientos setenta y uno se aprobaron los inventarios y se dispuso que las partes designasen partidior.

Y no habiéndose puesto de acuerdo en el nombramiento, el Juez nombró a Domingo Ortiz.

El partidior desempeñó su cargo y presentó la cuenta al Juzgado el día doce de febrero de mil ochocientos setenta y cuatro. La objetaron no sólo el cónyuge sobreviviente Martín Vergara y la heredera María del Rosario Gómez, únicas partes en el juicio en aquella ya remota época, sino Agapito Vergara, que reclamaba el reconocimiento de un crédito a su favor y a cargo de la sucesión.

Las objeciones fueron resueltas en fallos del Tribunal de Cundinamarca, de fechas once de febrero y quince de marzo de mil ochocientos setenta y cinco, en las que, confirmada la resolución del Juez *a quo*, se dispuso rehacer la partición, de acuerdo con lo ordenado allí al acoger varias de las objeciones. Muerto el perito Domingo Ortiz, el Juez, en razón de que las partes no se pusieron de acuerdo para reemplazarlo, nombró al doctor Gonzalo Currea el diez y seis de mayo de mil ochocientos ochenta y siete, para que rehiciese el trabajo, según lo resuelto por el Tribunal en las decisiones de que se" ha hablado.

El doctor Currea presentó su trabajo el ocho de julio siguiente, y en él se les adjudicaron los bienes a Martín Vergara, como cónyuge sobreviviente, y a Francisco Escallón Gómez, como heredero sustituido en todos los derechos de María del Rosario Gómez de Escallón, según lo resuelto al folio 78 del cuaderno 8 el veintiséis de enero de mil ochocientos ochenta y siete. Conferido el traslado legal, la partición fue objetada por Martín Vergara.

El Juez, en sentencia de veintisiete de septiembre de mil ochocientos ochenta y siete, desechó las objeciones y aprobó la partición.

José Joaquín Escallón, nieto de la heredera María del Rosario Gómez, pidió se aplazase la aprobación del trabajo del partidior mientras se decidía un incidente iniciado por él con anterioridad para que se le reconociera como parte en el juicio.

También apeló de la sentencia antes dicha y de una resolución posterior del Juez en que no accedió al alzamiento que había solicitado.

El Tribunal, al resolver estas apelaciones, revocó el decreto que aprobaba la partición, en sentencia de diez y seis de octubre de mil ochocientos ochenta y ocho, y dispuso retrotraer el juicio al estado que tenía cuando se promovió el incidente antes expresado.

En consecuencia, el incidente siguió su curso legal, y concluyó con la resolución de veintinueve de julio de mil ochocientos ochenta y nueve, en que se reconoció como parte al heredero José Joaquín, se improbió la partición hecha por el doctor Currea "sólo en razón de que no figuraban en ella los partícipes que habían acreditado últimamente sus derechos en la sucesión," y se mandó rehacer ésta en el sentido antes dicho.

En atención a que el doctor Currea dejó transcurrir el término que se le fijó para rehacer su fallo, recayó el nombramiento en el doctor Raúl Rey Acero, quien presentó su cuenta el 10 marzo de mil novecientos nueve, dentro del tiempo no de la prórroga concedida al efecto.

El doctor Manuel Felipe Perera, cesionario de los derechos del cónyuge y heredero Martín Vergara, hizo varias objeciones a la partición.

El Juez, en sentencia de treinta y uno de marzo de mil novecientos diez, desechó estas objeciones menos la relativa a la formación de la hijuela de gastos, y en este sentido ordenó rehacer el trabajo.

El partidador reformó su cuenta y la presentó al Juzgado el veintiséis de octubre del año citado, quien la aprobó en sentencia del día siguiente, sin que las partes hubiesen hecho objeción de ninguna clase a la partición reformada, que reprodujo totalmente la anterior, menos la hijuela de gastos.

El doctor Petera, representado por su apoderado, y el doctor Enrique Camacho, apelaron de la sentencia, parcialmente éste, y el Tribunal de Bogotá, en fallo de seis de mayo de mil novecientos doce, desechó ambos recurso y aprobó la partición.

En tiempo oportuno el mandatario del doctor Manuel Felipe Petera interpuso recurso de Casación.

El Tribunal otorgó ese recurso, que fue ampliado en la Corte en el extenso memorial, de los folios 9 al 31 del cuaderno 616.

Se procede a decidirle, para lo cual, en obediencia de la ley, se admite previamente por reunir todos los requisitos legales pertinentes.

*

* *

Dos son las causales de casación que se invocan en contra de la sentencia del Tribunal: incompetencia de jurisdicción improrrogable, aducida ante aquel Cuerpo y repetida luego en la Corte, y violación de leyes sustantivas y mala apreciación de pruebas, o sean las causales 4ª y 1ª de que trata el artículo 2 de la Ley 169 de 1896.

Es preciso empezar el estudio por la causal de incompetencia, por razón de método.

*

* *

Conforme a la Ley citada, es la incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal sentenciador lo que origina la causal 4ª de casación.

De autos aparece que se trata de un juicio de sucesión de mayor cuantía, de que en razón del último domicilio de la testadora, que lo fue la ciudad de Bogotá, sólo pedía conocer en segunda instancia el Tribunal a quo en el momento de prometerse la sentencia de seis de mayo de mil novecientos doce, objeto del recurso pendiente en la Corte,

Falta de estimación de la cuantía de la demanda iniciada el siete de enero de mil ochocientos setenta, falta de notificación de esa demanda y defectos en la citación de los interesados en el juicio tales son los motivos que alega el recurrente, da la página 9.a a la 15 de su alegato y al folio 17 vuelto del mismo, para fundar el cargo de que se trata.

Cierta es la falta de la estimación de la cuantía No son exactos los otros dos motivos. Pero suponiendo, lo que no se admite, que la parte tuviera razón en sus alegaciones de hecho, de ellas surgirían de nulidad en el procedimiento, que añadidura se hicieron valer durante las instancias del juicio y se desecharon en las resoluciones respectivas, pero no surgiría en ningún caso la incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal.

Ya se expresó a cuánto asciende el monto de los bienes herenciales de la señora Cecilia Escallón de Vergara, y se dijo, además, que la ciudad de Bogotá fue el último domicilio de dicha señora. Estos hechos apoyaron la jurisdicción plena con que procedió el Tribunal al fallar el negocio en segunda instancia.

Violación de varias regias procesales y mala apreciación de las pruebas, corrientes de los folios 6° a 10 de los cuadernos 1° y 2°, referentes a la demanda, citaciones, edictos emplazatorios e inventarios, todo esto aduce la parte como fundamento de la 4.° causal.

Pero es inútil su intento, porque como se vio, esta causal de incompetencia improrrogable de jurisdicción no existe.

El recurrente alega otro motivo de incompetencia al pie del folio 27 de su alegato. Allí sostiene que pues el Tribunal aceptó la inclusión en la partición del crédito a cargo de Martín Vergara por el valor del arrendamiento de La Manga en ocho años, contra lo decidido por el Tribunal en la sentencia de once de febrero de mil ochocientos setenta y cinco, desconoció un estado de cosas creado hace treinta y cinco años (el escrito se elaboró en mil novecientos doce) e incurrió en aquella causal de casación.

Se responde á este cargo:

- a) El Tribunal no decidió en la sentencia de mil ochocientos setenta y cinco que no se incluyese el crédito. Aplazó la decisión, según la prueba que se diese: si el crédito se cobró de Agapito Vergara, arrendatario de La Manga durante la sociedad conyugal, no debía incluirse; sí debía tenerse en cuenta en caso contrario.
- b) No hay pues ejecutoria alguna que hubiera quebrantado el Tribunal.
- c) Por último, el caso no sería de incompetencia de jurisdicción, sino de violación de la cosa juzgada, en el supuesto no admitido en que se coloca la parte.

La misma parte alega otra causal de incompetencia en el capítulo x de la demanda.

Sostiene en el fondo, que muerta la heredera María del Rosario Gómez de Escallón, debieren suspenderle los términos; y agrega que personados sus herederos, que son varios, debieron ser representados por un procurador común (Código Civil, artículo 1378), o debieron designar una sola persona con quien se siguiera el juicio (Código Judicial, artículo 320).

De todo esto se deduce incompetencia de jurisdicción improrrogable en el Tribunal.

Pero basta, a juicio de la Corte, enunciar el argumento para desecharlo; sobre todo, porque la suspensión de términos no puede hacerse valer en forma retroactiva, ni toda irregularidad de un proceso, cualquiera que sea, genera incompetencia de jurisdicción, y menos improrrogable.

Se desecha pues la cuarta causal de casación.

Primera causal.

Se consignarán los motivos en que se funda y se irán estudiando paulatinamente para evitar repeticiones inútiles y procurar un fallo compendiado en lo posible.

Primer motivo.

Hay que resumirlo así:

El Tribunal, para reconocer la cuota hereditaria de María del Rosario Gómez de Escallón, tuvo en cuenta el testamento de Cecilia Escallón,» que figura en el cuaderno primero de los autos. Pero allí sólo hay una copia de copia, en razón de haberse desglosado el original. La Sala, pues, al apreciar la prueba incurrió en un error de derecho contrario a estos artículos: 1767, Código Civil de Cundinamarca, y 1102 del mismo Estado; 1760 y 1083 del Código Civil Nacional, y 11 de la Ley 95 de 1890; 560 y 562 del Código Judicial de aquella Sección; 684 y 686 del Nacional.

Respuesta:

a) Este motivo es medio nuevo, porque no fue materia de objeción oportuna a la partición.

b) Además, este motivo no es exacto, porque en los cuadernos 2.º y 37 se halla el testamento de la señora Cecilia Escallón. expedida en copia auténtica por el Notario segundo del Circuito de Bogotá, junto con las diligencias relativas a su apertura y publicación, y la prueba de haber sido protocolizado y registrado.

c) Entre las reglas citadas hay algunas derogadas, como el artículo 1083 del Código Civil Nacional, y así éste como el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 y el 1102 del Código de Cundinamarca, tratan de la nulidad de los testamentos, materia extraña a un recurso de casación de la índole del que se estudia.

d) La falta de presentación no probada de las diligencias de apertura y publicación del testamento se hizo valer como objeción para fundar nulidades de procedimiento; pero no se le dio el aspecto que tiene esa alegación en el recurso.

Segundo motivo.

Violación del artículo 1057 del Código Civil cundinamarqués y del 1046 del Nacional.

Estas son las razones del cargo:

a) Cecilia Escallón no instituyó heredera a su madre María del Rosario Gómez de Escallón.

b) No está comprobado el parentesco entre los dos.

La Corte observa:

La partición verificada por Domingo Ortiz, la primera que se practicó en el juicio, no fue objetada por las razones que invoca el recurrente en este motivo.

En la sexta de las objeciones opuestas a la partición del doctor Currea se expresó no ser la señora María del Rosario Gómez de Escallón heredera, testamentaria de su hija Cecilia, y de ahí se ha concluido que al cónyuge sobreviviente o a su representante le corresponde la mitad de la herencia; una cuarta, por la asignación testamentaria, y otra, por la herencia intestada de su cónyuge, en concurrencia con la ascendiente de la misma.

Lo relativo al parentesco entre doña Cecilia y doña María del Rosario se ha alegado únicamente en la casación, y ello como si se tratara de una su cesión intestada.

No habiéndose objetado oportunamente la partición por los aspectos a que este motivo se refiere, el recurso es infundado. Tercer motivo. Antecedentes.

En la partición, y ello en las cuatro que se han verificado en el juicio, se ha reconocido que la he redad de La Sangra es de la propiedad exclusiva de la señora Cecilia Escallón de Vergara; que no formó parte del haber de la sociedad conyugal habida entre esta señora y su consorte señor Martín Vergara, y que por lo mismo debe adjudicar se, como se adjudicó, primero a la señora María del Rosario Gómez de Escallón, madre de Cecilia, luego a los herederos de aquella señora.

Objetada la primera partición por la señora María del Rosario Gómez, el Tribunal, en sentencia de quince de marzo de mil ochocientos setenta y cinco, declaró ser *La Manga* bien propio de la señora Cécilia Escallón. Y esto es lo mismo que volvió a resolver la Sala sentenciadora en el fallo acusado. Ella, se expresa así:

"..... .El sostener que todos los bienes que aparecen inventariados deben reputarse pertenecientes a la sociedad conyugal, tiene por objeto—objeto expresado varias veces por la parte Perera—que la finca denominada *La Manga* se divida o adjudique como si perteneciera al caudal común de los consortes; pero esto es imposible, pues en las fojas 30 y siguientes del cuaderno número 4.º se hallan en copia las escrituras números mil cuarenta de doce de junio de mil ochocientos sesenta y tres, y trescientos noventa y ocho de veintiocho de marzo de mil ochocientos sesenta y cuatro, otorgadas en la Notaría primera del Circuito de Bogotá, escrituras en las cuales consta que dicha finca pertenecía exclusivamente a la señora Cecilia Escallón de Vergara, quien la adquirió por herencia de su padre señor Tomás Escallón y en virtud de la división de bienes que mediante tales escrituras hicieron la señoras María del Rosario Gómez de Escallón y Cecilia Escallón y los señores Francisco y Eloy Escallón...."

El recurrente diserta con gran amplitud en el v capítulo de la demanda de casación—folios 18 a 21,—para combatir la apreciación de la Sala acerca de los títulos que ella invoca, y cita multitud de leyes sustantivas que considera violadas. La parte resume así el cargo:

" El Tribunal sentenciador, reconociendo como títulos colativos de dominio los antedichos papeles, ha violado directamente y en daño de mi mandante y aun de la ley, todas las disposiciones sustantivas transcritas en la presente réplica."

Nulidad de los títulos que cita el Tribunal y nulidad del registro de la escritura mil cuarenta e ineficacia de ambos documentos para probar, por parte de la señora Cecilia Escallón o de sus herederos el derecho exclusivo de propiedad en la hacienda de La Manga, tales sea los motivos del recurso en este punto.

Y basta notar, para desecharlo, que la Corte no podría, sin violar la Constitución y la ley, olvidarse de la naturaleza propia del juicio cesión, desconocer la eficacia, validez y fuerza de los documentos que cita el Tribunal en apoyo tesis y en los cuales se funda para resolver que *Manga* no es bien social, sino que forma parte patrimonio de la señora Cecilia Escallón, como aportado por ella al matrimonio.

Un amplio debate ordinario, en que haya prueba y contraprueba y amplia y completa defensa de las mismas, sería, en este caso, el único medio eficaz para decidir las muy graves cuestiones que suscita el recurrente sobre el dominio de aquella heredad.

De lo expuesto se deduce que no es fundado el cargo hecho a la sentencia ni se han infringido en ella las muchas leyes que se invocan en el recurso.

Cuarto motivo.

Error de derecho en la apreciación de las sentencias del Tribunal de Cundinamarca de once de febrero y quince de marzo de mil ochocientos setenta y cinco y violación del artículo 837 del Código Judicial, 1129 y 1157 del Código Civil de Cundinamarca, 1127 y 1155 del Nacional, y los que por directamente violados señalé (dice el recurrente) en la sección 3ª.

Hechos probados:

a) En la partición practicada por Domingo Ortiz el doce de febrero de mil ochocientos setenta y cuatro se asignó al cónyuge sobreviviente Martín Vergara, a título de herencia de su esposa, la cuarta parte de los bienes de ésta con arreglo al testamento de la misma, y la mitad de gananciales.

b) Objetada la partición en este punto por la señora María del Rosario Gómez de Escallón, el Tribunal de Cundinamarca, en los fallos que cita el recurrente, desechó la objeción y decidió que la cláusula respectiva del testamento debía entenderse, y así la entendió el juzgador, en el sentido de que la institución a favor de Martín Vergara era sólo en la cuarta parte de los bienes de la herencia.

c) La expresada cláusula dice así :

" Item declaro: que nombro por mi albacea para que le dé cumplimiento a este mi testamento, a mi legítimo esposo el señor Martín Vergara, y le asigno del cúmulo de mis bienes la porción conyugal que legítimamente pertenece, es

decir, una cuarta parte de ellos, con más todos los derechos que como a tal esposo le asignen las leyes."

d) En la partición ulterior hecha por el doctor Currea y en las dos que llevó a cabo el doctor Rey Acolo, siguiendo la interpretación que dio el Tribunal a la copiada cláusula del testamento, se asignó en razón de ella al cónyuge la cuarta parte de los bienes de la señora Cecilia Escallón.

e) A nombre de este mismo cónyuge se ha venido sosteniendo en las objeciones formuladas a la partición del primero y en la cuarta de las que se hicieron al trabajo del segundo, que la dicha cláusula da derecho al cónyuge a la mitad de los bienes. Y aun se llegó al extremo de decir que no hubo institución de heredero a favor de la señora María del Rosario Gómez, que la sucesión es intestada respecto de ésta y testada para el cónyuge y que, de este modo, él tiene derecho a tomar el valor de la asignación, y además lo que le corresponde en la parte intestada, en concurrencia con la ascendiente, la señora antes dicha.

f) El Tribunal de Bogotá, en el fallo acusado, dijo que por cuanto el de Cundinamarca decidió en re soluciones ejecutoriadas, que la cláusula del testamento sólo asigna al cónyuge la cuarta parte de sus bienes, no se puede decidir nada en contrario.

e) Y esto es lo que origina, en el fondo, la acusación que se hace a la sentencia.

La Corte observa :

1.º Aunque acertado el fundamento que da la Sala para resolver el problema, no es aplicable en la Corte porque no puede, en juicio de sucesión, alegarse ejecutoria alguna que impida el recurso de casación, de las decisiones del Tribunal que resuelvan las objeciones. Si así fuera, el recurso carecería de objeto en la mayor parte de los casos.

2.º No es congruente el recurso en este punto con el motivo que le sirve de apoyo.

El Tribunal no interpretó, en el fallo acusado, la cláusula del testamento discutido: dijo que la cuestión se hallaba fijada ya en sentencia intocable. Y dolo que principalmente se queja el recurrente, al estimar violado el artículo 1129 del Código Civil de Cundinamarca, y el 1127 del Nacional, es de que a la cláusula del testamento se ha dado una inteligencia contraria a la voluntad del testador.

3.º Mas si el anal te copiado de la sentencia con tuviese una interpretación de la referida cláusula, como lo estima la parte, entonces el recurso sería infundado totalmente, en cuanto el Tribunal es soberano en el caso en que siguiendo su propio criterio y aplicando las reglas de la crítica, interpreta una cláusula del testamento que sea dudosa.

4° Si lo que se ha querido, pues el recurso no es claro y preciso, es atacar la inteligencia que dio el tribunal de Cundinamarca a la cláusula de que se trata, por estimarse comprendidos los fallos dictados en mil ochocientos setenta y cinco en el actual recurso opuesto contra la sentencia definitiva, bastaría observar lo que se observa al final del inciso 3° precedente.

5.° Como consecuencia de la interpretación que dio el Tribunal a la cláusula del testamento de que se ha hablado, no violó el artículo 1129 del Código Civil de Cundinamarca, y por lo mismo no pudo infringirse tampoco el artículo 1157 del Código citado y su correspondiente del Nacional.

Si a tal cláusula pudiera darse otra interpretación, sería lo alegado por la parte contraria a la recurrente cuando formuló el reparo de que la intención de la testadora fue la de asignar a su cónyuge la cuarta correspondiente a la porción conyugal, cuarta que es incompatible con la participación en gananciales. La interpretación del Tribunal fue pues favorable a la parte recurrente.

6.° El quebranto de la regla de crítica contenida en el artículo 837 del Código Judicial no da base al o de casación.

7.° La violación de las muchas leyes que la parte, en la sección tercera y que reproduce como 'das en la que se estudian, supone que la del testamento no tiene el sentido que le Tribunal desde el año de mil ochocientos setenta y cinco. No existe pues tal violación de leyes.

8.° En el fondo es legal la sentencia acusada, sea porque haya reproducido la inteligencia dada desde mil ochocientos setenta y cinco a la cláusula testamental, sea porque en el recurso actual estén comprendidos los interlocutores en que se fallaron las objeciones en aquella ya apartada época y en que fue interpretado el testamento de la señora Cecilia Escallón.

Quinto motivo.

Piensa el recurrente que se quebrantaron muchos artículos del capítulo 5.s, Título 22, Libro 4.° del Código Civil, capítulo que trata "de la división de la sociedad conyugal y partición de gananciales," porque en vez de seguirse dos juicios diferentes, uno primero para la división de los bienes sociales y otro después para la división, entre herederos y legatarios, de los bienes que al cónyuge muerto le hayan cavido en aquella primera división, se siguió un solo juicio. Esto dice en la de manda de casación, pero sin que hubiera objetado la partición de los bienes.

La Corte no halla legalmente sustentada la tesis del autor del recurso. Verdad es que pueden seguirse dos juicios distintos, con los fines indicados, pero de allí no se sigue rigurosamente que se quebrante la ley, siguiendo tino mole, en que se hagan a la vez estas dos cosas diversas.

Se prohíja por la Corte, en un todo, lo que sobre el particular dijo el Tribunal de segunda instancia; a saber: Es cierto que tanto el Código Civil de Cundinamarca como el Código Civil Nacional previenen que disuelta la sociedad conyugal se ha de proceder a hacer inventario y tasación en sus bienes, a liquidarla y distribuir el haber común entre los cónyuges o quienes lo representen, y que esto ha de hacerse siguiendo las reglas de la partición de la herencia; pero ello no quiere decir que sea forzoso seguir dos juicios; uno previo al de sucesión del cónyuge premuerto cuando la disolución de la sociedad proviene del fallecimiento de alguno de los cónyuges, para liquidar dicha sociedad y dividir su haber, y otro para liquidar y dividir la herencia del mismo cónyuge: puede hacerse así, y esto es lo más regular; pero también pueden llevarse a cabo todas aquellas operaciones en un solo juicio: el de sucesión por causa de muerte del cónyuge fallecido, sin que por eso se incurriera en nulidad de procedimiento, toda vez que la tramitación es la misma para ambos juicios. Lo que importa es que el artículo 1398 del Código Civil Nacional (1405 del Código Civil de Cundinamarca) sea cumplido, y cumplido queda cuando en el inventario que se hace en el juicio de sucesión se anotan todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad conyugal, y todas las deudas a cargo de ella, y en la partición principia por liquidar la sociedad y distribuir su haber, y luego se liquida la herencia del respectivo cónyuge."

La cita del artículo 1398 del Código Civil Nacional, idéntico al artículo 1405 del Código Civil de Cundinamarca, es concluyente. Si allí se contempla el caso que se estudia y no se ordena que se sigan dos juicios distintos, sino que se "procede en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes," es claro para la Corte que en el juicio de sucesión de un cónyuge muerto se puede hacer la división de los bienes de la sociedad conyugal, para dividir luego, allí mismo, los del consorte fallecido.

Sexto motivo.

En el capítulo VIII de la demanda de casación el recurrente combate la parte de la sentencia en que al hablar de la hijuela hecha al doctor Manuel Felipe Perera, enumera los bienes raíces y los créditos entregados en pago del haber de este adjudicatario, y no acepta ciertos conceptos de derecho emitidos por la Sala.

El fin que aquí se propone el recurrente es demostrar que, por diversos motivos que expone, se le ha hecho un pago nominal, como lo dijo en el alegato presentado al Tribunal.

Tomado el recurso en otro sentido, como violación abstracta de leyes, sin resultado desfavorable para la parte, aquél carecería de objeto y sería impertinente en ese concepto.

La Corte observa:

a) El señor Martín "Vergara objetó, por falta de equidad, la hijuela formada por el partidador Domingo Ortiz para cubrirle su haber.

b) Se aceptó la objeción por el Tribunal de Cundinamarca y se ordenó rehacer el trabajo y formar una hijuela arreglada a la ley, en razón de que a Vergara sólo se le habían entregado créditos, a la vez que a la señora Gómez de Escallón se adjudicaban todos los bienes raíces de la herencia.

c) El doctor Currea reformó la hijuela hecha al cónyuge sobreviviente, y la nueva fue considerada justa por entonces por el señor Vergara, como que en este punto no presentó ya dificultad alguna.

d) Semejante a la adjudicación que se contiene en el trabajo de que se acaba de hablar, es la formada para el doctor Perera, cesionario de Vergara, por el partidario Rey Acero. Y si en el memorial de objeciones pide el doctor Perera que se le adjudique una parte de *La Manga*, es porque estima que de ese modo las hijuelas serían más semejantes,

De esto deduce la Corte que tampoco es fundado el motivo de casación que se estudia, porque si objetada, y con justicia, la primera partición, se rehizo satisfactoriamente, lo que es verdad, no podían presentarse nuevas objeciones sobre ese punto, aceptado ya por el señor Martín Vergara, causante mediato del recurrente.

El cargo se hizo nuevamente, y eso de manera vaga, en el escrito elevado al Tribunal en el recurso de apelación opuesto contra la sentencia definitiva, y se repitió en el alegato de casación.

Pero como es obvio, nada de esto es atendible por importuno.

Séptimo motivo.

En el capítulo IX de la demanda se queja el recurrente de haberse incluido indebidamente en la partición la suma de seis mil doscientos sesenta y seis pesos setenta centavos (\$ 6,266-70), proveniente del valor del arrendamiento de *La Manga*, y sostiene que tratándose de una cantidad cobrada durante la existencia de la sociedad conyugal, no debió incluirse en la partición. El Tribunal expresa que habiendo reformado el doctor Rey Acero la tercera partición en los términos ordenados al efecto, la cuarta debía aprobarse de plano, como se aprobó, en cumplimiento, dice la Sala, de lo dispuesto en el artículo 1286 del Código Judicial. De aquí que el recurrente alegue la violación de este artículo por indebida aplicación del mismo.

Se observa:

a) Aquella suma fue incluida en la parí practicada por el señor Domingo Ortiz.

Objetada la partición en este punto, la objeción no fue resuelta categóricamente por el Tribunal quien se limitó a decir que si la suma se percibió durante la

sociedad conyugal, no debía incluirse en la partición, pero que sí debía serlo en caso de haberse percibido después de la disolución de dicha sociedad.

b) En la partición practicada por el doctor Currea volvió a incluirse la suma y tornó a objetarse la partición en ese particular.

c) Improbada también esa partición por otro motivo distinto, la rehizo el doctor Rey Acero, y en los dos trabajos verificados por él se incluyó la cantidad expresada y se distribuyó entre varios copartícipes.

d) Habiéndose objetado oportunamente, en el punto de que se trata, la partición hecha por el señor Domingo Ortiz, y no estando resuelta en el fondo la objeción consistente en que la suma antes dicha no debió incluirse en la partición, esa objeción estaba pendiente cuando la Sala dictó la sentencia objeto del recurso, y, por lo mismo, era el caso de decidir acerca de ella, de acuerdo con la doctrina del artículo 1284 del Código Judicial.

e) Es decir, que, vigente como estaba el reparo hecho al primitivo trabajo del partidor, si la cuarta partición del doctor Rey Acero no adolecía del defecto que ocasionó las objeciones hechas a la tercera, no era legal en sí misma, por no haber tenido en cuenta el reparo hecho a la partición primitiva.

De modo que, por este aspecto, la sentencia aprobatoria de la partición no se conformó con el precepto del artículo 1286 del Código Judicial, que se cita como infringido por el recurrente.

f) Y no cabe observar que esta alegación no influiría en la parte resolutive de la sentencia, por que una vez casada ésta en el punto en cuestión, caerían todas las providencias que con él se relacionan, y se llegaría a un resultado distinto del que aparece en la cuenta de partición relativamente a los \$ 6,266-70 procedentes del arrendamiento de la finca de *La Manga*, sin que por ello acója la Corte la doctrina sentada por el Tribunal de Cundinamarca en el auto de once de febrero de mil ochocientos setenta y cinco, el cual, como se ha dicho quedó envuelto en la infirmación del fallo; pues la Corte no acepta, como lo decidió ese Cuerpo, que la no inclusión en la partición de la cantidad ya dicha dependiese únicamente del hecho de demostrarse, como se demostró, haber sido percibido por el señor Martín Vergara durante la existencia de la sociedad conyugal que hubo entre él y la señora Cecilia Escallón.

Porque, a juicio de esta Superioridad, no bastaba tal circunstancia, sino que era indispensable saber, además, si tal suma, que procede del producto del arrendamiento del potrero de La Manga, de la exclusiva propiedad de la señora Cecilia Escallón, se había devengado también durante el matrimonio, o si, al contrario, el todo o parte de la mis lila se devengó después del cinco de diciembre de mil ochocientos sesenta y nueve, día en que por muerte de aquella señora se disolvió la sociedad conyugal.

g) Y esto es necesario, porque es principio de Derecho consagrado en el inciso 2.º del artículo 1781 del Código Civil, que son los frutos producidos por los bienes sociales o por los propios de los cónyuges, y que se devenguen durante

el matrimonio, los que pertenecen a la sociedad conyugal, es decir que los devengados después pertenecen al dueño de los mismos bienes en razón del texto legal, fundado, como es obvio, en sólidos principios de derecho, de justicia y de general conveniencia.

Ahora bien: "devengar es hacer alguno suya alguna cosa mereciéndola, o adquirir derecho a ella por razón de trabajo o servicio, como devengar salarios, costas, etc. ; y causar o producir, como de vengar intereses." Escriche, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.

No es, pues, lo mismo percibir, cobrar, que devengar. Pueden, en consecuencia, percibirse frutos civiles en una época y devengarse en otra. Pueden percibirse durante el matrimonio intereses o frutos civiles devengados después de la disolución del mismo, y al contrario. Los devengados después son del dueño de la especie, aunque se perciban antes. Los percibidos durante el matrimonio, si fueron devengados antes, también son del dueño de la especie (ibídem, artículo 1792).

h) Y de autos consta:

1.º Que el señor Martín Vergara, marido de la señora Cecilia Escallón, dio en arrendamiento La Manga a su hermano Agapito Vergara, por el término de ocho años, a contar desde el tres de octubre de mil ochocientos sesenta y nueve.

2.º Que verificó el arrendamiento a razón de ochocientos pesos anuales (\$ 800), que dijo haber recibido anticipadamente del arrendatario, por toda la duración del contrato; y

3.º Que la señora Cecilia Escallón murió el cinco de diciembre del año citado, dos meses y dos días después de celebrado el contrato, dando esto lugar a disolución de la sociedad conyugal.

En consecuencia, la casi totalidad de los cánones del arrendamiento se devengaron después de aquella disolución. Sólo una parte mínima se devengó mientras existió el matrimonio.

i) Pero si una parte de esos cánones correspondió, en derecho, a la sociedad, y pudo, por lo mismo, disponer de ellos válidamente el señor Martín Vergara, esta parte, cuya cuantía se determinará en lugar oportuno, no debió incluirse, por la razón expresada en la partición; y la inclusión entraña, de un lado, un quebranto del derecho de la parte recurrente, que hizo valer en la objeción hecha, como dijo ya a la partición practicada por el señor Domingo Ortiz, y de otro, la violación del artículo 1286 del Código Judicial, en cuanto, como se dijo también en la partición, no se tuvo en cuenta aquella objeción oportuna, vigente cuando el doctor Rey Acero llevó a cabo su trabajo.

Y debiendo, por lo expuesto, casarse parcialmente la sentencia en cuanto no acogió lo expuesto en el motivo de casación tjeue acaba de analizarse, y debiendo resolver, por lo mismo, en este punto, sobré la legalidad de la decisión apelada, la Corte considera además de lo expuesto ya:

a) Vigente como estaba el matrimonio celebrado por el señor Martín Vergara con la señora Cecilia Escallón cuando aquél dio en arrendamiento el potrero de *La Manga* por el término de ocho años, el contrato, en esto de su duración, se sujetó a las reglas que la ley consigna en los artículos 1813 y 2027 del Código Civil, y en este particular, el contrato implica un acto de la legítima administración del marido, jefe de familia, contrato que precisamente por la circunstancia expresada, obligó a la mujer y a sus herederos, y debían cumplirlo de acuerdo con la regla legal primeramente citada.

b) Cuestión muy distinta a la que acaba de exponerse 63 la de saber si los cánones del arrendamiento verificado por los ocho años que permite la ley, percibidos durante la sociedad, pero devengados después de la disolución del matrimonio, pertenecen al haber social o al cónyuge dueño de la finca. La Corte estima, según lo expuesto anteriormente, que tales cánones son de la exclusiva propiedad del dueño de la especie arrendada.

En el presente caso el principio de que acaba de hablarse puede tener una aplicación menos rigurosa relativamente al primer año, en el sentido de aceptar que entró a formar parte del haber social, por haber principiado a devengarse durante la sociedad, por tratarse de una suma no muy cuantiosa y por referirse a un período del arrendamiento que coincide con el que fijó la ley en defecto de estipulación de las partes.

Los arrendamientos de los siete años restantes que principiaron a devengarse y se devengaron cuando la sociedad estaba disuelta, pertenecen exclusivamente a los herederos del cónyuge difunto.

c) Porque de no adoptarse este criterio de prudencia dentro del espíritu de la ley, cae de su peso que se facilitaría el fraude a los derechos de la mujer, jio se consultarían, en muchos casos, los verdaderos intereses de ésta, y se daría margen al abuso del marido. '

d) De lo cual se sigue que de la suma de ochocientos pesos (\$ 800), valor del canon del arrendamiento de *La Manga* correspondiente al año vencido el tres de octubre de mil ochocientos setenta, pudo disponer como bien perteneciente al haber social el señor Martín Vergara. Es decir, que la suma expresada no debió incluirse en la partición.

e) Queda por resolver lo qué deba hacerse con el saldo, que lo compone la suma de cinco mil cuatrocientos sesenta y seis pesos setenta centavos (\$ 5,466-70).

g) Devengada después de la muerte de la señora Cecilia Escallón, esta suma pertenece a esta última, como dueña de *La Manga*, por el principio de que el dueño de la cosa lo es de sus frutos, salvo lo dicho, anteriormente.

h) Ahora, aplicando por analogía el artículo 1797 del Código Civil, que refiriéndose directamente al caso en que vendida una cosa del marido o de la mujer hace responsable a la sociedad, puede concluirse en el presente negocio que de los arrendamientos de *La Manga*, percibidos por el marido durante el matrimonio, hecha excepción de los correspondientes a la primera anualidad, responde la sociedad, doctrina que es completa con lo dispuesto en el artículo 1829 ibídem.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

1° Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá, el seis de mayo de mil novecientos doce, objeto del recurso, en razón de lo demostrado al analizar el séptimo motivo de casación.

Ella queda vigente en todo lo demás.

2° Se dispone rehacer la partición en cuanto se incluyó en ella la cantidad de ochocientos pesos (\$ 800), precio del arrendamiento de *La Manga* en un año, contado desde el tres de octubre de mil ochocientos sesenta y nueve a la propia fecha de mil ochocientos setenta.

3° Devuélvase el expediente al partidor para que rehaga su trabajo, así:

- a) Excluirá de la partición la suma de ochocientos pesos (\$ 800) antes dicha.
- b) Tendrá como baja común, al liquidar la sociedad conyugal, la cantidad de cinco mil cuatrocientos sesenta y seis pesos setenta centavos (\$ 5,466-70), precio de los cánones del arrendamiento de *La Manga* en siete años, a contar desde el tres de octubre de mil ochocientos setenta, suma ésta que, recibida por el señor Martín Vergara durante el matrimonio, grava a la sociedad conyugal a favor de la señora Cecilia Escallón, o de sus herederos; y

4° Queda así reformada la sentencia apelada.

5° No hay condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase los autos al Tribunal de su origen.

JUAN N. MENDEZ—Tancredo Nannetti—José Miguel Arango—Germán D.

Pardo—Marceliano Pulido R.—Bartolomé Rodríguez P.—*Teófilo Noriega*,
Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

Del señor magistrado doctor Rodríguez p.

Discrepo de la Sala en algunos de los razonamientos que impugnan los motivos 1° a 6.° de la causal primera de casación, que decide la sentencia precedente; pero como por otras consideraciones llego a las mismas consecuencias adoptadas por la Sala, creo innecesario salvar mi voto en lo referente a esos motivos.

Lo salvo sí en cuanto la Sala, después de casar parcialmente la sentencia recurrida dispone que en la reforma de la partición se incluya el monto del precio del arrendamiento de La Manga, duran. te los últimos siete años, en el haber de la sucesión de la señora Escallón de Vergara, por las razones, siguientes:

Es regla general en Derecho Civil colombiano que los bienes que adquieren ambos cónyuges o cada uno de ellos, son de la sociedad conyugal, excepto los que expresamente considera la ley propios de alguno de los consortes. Según esto, el monto de los arrendamientos de *La Manga*, a los cuales alude la sentencia, y que el marido señor Vergara declaró haber recibido en vida de su esposa, ingresaron a la sociedad conyugal de los dos, porque no hay excepción legal expresa de que sean de la sucesión del cónyuge dueño de la finca los correspondientes al tiempo posterior a su muerte.

2° Esa excepción no puede hallarse en el inciso 2.° del artículo 1781 del Código Civil, como lo ha juzgado la Sala, fundándose en el sentido en que toma el vocablo devengados empleado en ese inciso, porque la definición que cita de devengar no limita la significación de esta palabra a ganancia por tiempo transcurrido, y al contrario, la extiende a la ganancia percibida, que es el caso de los arrendamientos que dijo el señor Vergara haber percibido antes de fallecer su mujer. En efecto, si devengar es, al tenor de esa definición, hacer uno algo suyo mereciéndolo, adquirir derecho a una cosa, producir los arrendamientos en referencia, o los hizo el señor Vergara de la sociedad conyugal con su esposa, mereciéndolos por el contrato de arrendamiento y recibéndolos, o la finca los produjo en virtud del mismo contrato, o la sociedad adquirió derecho a ellos por la misma causa.

3ª. Si bien es cierto que con la doctrina de la Sala sobre este particular, se evitan posibles fraudes del marido a los herederos de su mujer, también lo es que se puede perjudicar con ella a los cónyuges y a sus hijos, cuando se necesite exigir que se anticipen los arrendamientos de una finca de la mujer, correspondientes aun al máximo de los años por los cuales la puede arrendar el marido y que éste reciba anticipados, como por ejemplo, en el caso de tener que gastar para una enferme dad, o en el de grande escasez de recursos, o en

otros semejantes, en los cuales se vean obligados los cónyuges a arrendar por varios años y a exigir los arrendamientos de esos años anticipados, en vez de vender o hipotecar la finca, y no sería legal ni justo que la sociedad viniese a deber a la sucesión del cónyuge dueño de la finca arrendada, los correspondientes al tiempo posterior a su muerte, pero gastados en beneficio de ambos cónyuges, o quizá del muerto; y

4ª. El recurrente ha pretendido que la suma valor de los arrendamientos de La Manga se excluya de la partición en que se ocupa la sentencia recurrida, porque excluyéndola de ella le corresponde mayor cantidad en su hijuela. De suerte que casada como ha sido la sentencia recurrida por él, lo consecuencia] debería ser que su hijuela aumentase de valor, y sin embargo, disminuirá de lo que aparece en la partición materia de la sentencia de la Corte, es decir, que el recurrente ha ganado el recurso y perdido participación en la masa de bienes partible, lo cual es cuando menos anómalo. Lo lógico, en el punto de vista de la Sala, habría sido que se excluyese de la partición el precio el arrendamiento del año en que ella concede derecho al marido y que no se hubiera dispuesto rehacerla en lo demás.

Conceptúo, pues, acatando lo resultado por la mayoría de la Sala, que el recurrente tiene la razón legal en la acusación del motivo 7 °, y que se ha debido resolver de acuerdo con lo alegado en él.

Bogotá, 10 de diciembre de 1915.

BARTOLOME RODRIGUEZ P. - Méndez, Nannetti—Arango—Pardo—Pulido R. — *Teófilo Noriega*, Secretario en propiedad.