República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC3642-2019

Radicación n.° 11001-31-03-007-1991-02023-01

(Aprobado en sesión de tres de julio de dos mil diecinueve)

Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).-

Derrotado el proyecto presentado inicialmente, procede la Corte a resolver los recursos de casación que ambas partes propusieron frente a la sentencia proferida el 22 de febrero de 2011 por el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala Civil, en el presente proceso ordinario que **GLORIA GONZÁLEZ DE ESGUERRA** y **GUILLERMO GONZÁLEZ HOLGUÍN** adelantaron en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A.**, **E.S.P.**, habiendo aquéllos cedido sus derechos litigiosos a **DANIEL ALFONSO ROLDÁN ESPARRAGOZA**.

ANTECEDENTES

1. En la demanda con la que se dio inicio al proceso, que obra en los folios 18 a 23 del cuaderno No. 1, en relación

con el contrato de promesa de compraventa celebrado por las partes el 22 de abril de 1977, que versó sobre el predio denominado *"Lote #5"* que allí y en los hechos del libelo introductorio se identificó por su linderos y características, se solicitó, de forma principal, su nulidad absoluta y, subsidiariamente, su resolución por incumplimiento, en ambos casos con los pronunciamientos consecuentes correspondientes.

2. De facto, se adujo la celebración de ese acuerdo de voluntades; la entrega de la tenencia del bien prometido en venta a la aquí demandada, con autorización para que adelantara *"las obras relativas a la servidumbre para el paso de una red de acueducto, únicamente"*; el pago del 50% del precio convenido, es decir, la suma de $750.000.oo; el otorgamiento de la escritura pública mediante la cual se perfeccionaría el negocio prometido, debía efectuarse dentro de los treinta días siguientes a cuando se registrara la partición de bienes en la sucesión de Álvaro González Sierra; dicha estipulación no satisface las exigencias del numeral 3º del artículo 1611 del Código Civil; en el transcurso del referido lapso de tiempo, *"ninguna de las partes contratantes"* acudió *"a la Notaría para llevar a escritura el contrato prometido"*.

3. Admitida la demanda por auto del 22 de abril de 1991, se verificó su enteramiento personal a la accionada en diligencia del 8 de mayo siguiente, como aparece en el acta de folio 27 del cuaderno principal.

4. En tiempo, la convocada respondió el libelo introductorio, en desarrollo de lo cual se opuso al acogimiento de sus pretensiones. Sobre los hechos, admitió como ciertos unos y negó otros, y con el carácter de meritorias propuso las excepciones que denominó *"INEXISTENCIA DE LA PRETENDIDA CAUSAL DE NULIDAD Y CONSECUENTE VALIDEZ DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA QUE SIRVE DE BASE A LA DEMANDA"*, *"CUMPLIMIENTO"*, *"CONTRATO NO CUMPLIDO"*, *"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN"*, *"RATIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO SUPUESTAMENTE NULO"* y *"PRESTACIONES RECÍPROCAS"* (fls. 42 a 53, cd. 1).

5. Después de múltiples incidencias procesales, el juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, dictó sentencia de primera instancia el 3 de mayo de 2006, en la que declaró probadas las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA CAUSAL DE NULIDAD Y CONSECUENTE VALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA"* y *"CONTRATO NO CUMPLIDO"*; negó las pretensiones del escrito introductorio de la controversia; y condenó en costas a sus promotores (fls. 1727 a 1743, cd. 4).

6. En desarrollo del recurso de apelación que las dos partes interpusieron contra dicho fallo, luego de admitir las alzadas, de que se presentaran alegatos de conclusión y de surtirse la audiencia de que trata el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, mediante auto del 24 de octubre de 2007 (fl. 98, cd.

28), de oficio, citó a las partes a audiencia de conciliación, con fundamento en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001.

En el curso de dicho acto, que fue objeto de múltiples suspensiones decretadas a solicitud de las partes, fruto de la discusión de propuestas entre ellas, *"la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se comprometió a realizar un avalúo del predio objeto del proceso, precisando -entre otros puntos- el valor de las 9 hectáreas -o del número de ellas que resulte por debajo de la cota- sobre las cuales podría versar el acuerdo, e incluso, consultar con la Secretaría de Planeación del Distrito, si es posible que algunas de las hectáreas que se entregarían a los demandantes, quedaran urbanizables, para el propósito de la conciliación.* (…). *El dictamen se pondrá en conocimiento de los demandantes, antes de la audiencia, directamente por la Empresa"* (audiencia del 21 de noviembre de 2007, fls. 107 a 108 vuelto, cd. 28).

En la continuación, verificada el 14 de enero de 2008, *"la Empresa aportó el informe de avalúo comercial elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sobre el predio del litigio"*, que el despacho del Magistrado Ponente incorporó al expediente y, respecto del cual, corrió *"traslado (…) a los demandantes"*, sin que estos hicieran manifestación alguna (fls. 159 a 161, *ib.*).

Posteriormente, en el segmento de la audiencia de conciliación surtido el 24 de enero del año en cita, se dictó el siguiente auto: *"De conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 60 del C.P.C., se acepta la cesión de derechos litigiosos celebrada entre los demandantes y el Sr. Daniel Rold*[á]*n*

Esparrago[z]*a, quien podrá intervenir como litisconsorte de los Señores González. Se reconoce personería al abogado Juan Manuel González Garavito, como apoderado del cesionario"* (fls. 165 a 167 *ib*.).

A su turno, en subsiguiente ocasión, fechada el 31 de enero, las partes presentaron *"el principio de acuerdo al que han llegado* (…) *el cual se concreta en el documento que se acompaña a esta diligencia. Ambas partes manifiestan que el acuerdo contenido en el documento que se anexa, solo se entiende perfeccionado cuando se firmen las escrituras públicas de venta y de permuta, y se inscriban en la Oficina de Registro dichos actos de transferencia. Solo cuando se verifiquen esos pasos, se entenderá que existe conciliación, para ser aprobada por el Tribunal"*. El documento al que remitieron, corresponde al que denominaron *"ACUERDO DE CONCILIACIÓN. Proceso Rad. 11001-31-03-007-1191-02023-05* (sic)*"*, que aparece en los folios 176 a 188 del cuaderno No. 28.

Vinculados a la audiencia los organismos de control, en particular, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría de Bogotá y la Personería Distrital, en la continuación que tuvo lugar el 8 de abril de 2008, se llegó al único acuerdo de *"**autorizar al Tribunal para que profiriera un fallo en equidad**"*. El Magistrado Ponente *"ordenó tener en cuenta esta petición conjunta"* y que *"debía ser corroborada por los señores González, en su condición de cedentes"*, para lo que les concedió el término de tres días, que posteriormente amplió.

Mediante escrito debidamente autenticado, obrante en el folio 303 del cuaderno en cita, los primigenios demandantes concedieron autorización *"para que se dicte un fallo en equidad"*, manifestación que fue tenida en cuenta mediante auto del 9 de mayo de 2008 (fls. 305, cd. 28).

Según el proveído del 15 de octubre siguiente, *"*[c]*omo fue derrotado el proyecto de sentencia en equidad presentado a la Sala de Decisión"*, el proceso pasó al despacho de la Magistrada que seguía en turno, para la elaboración del nuevo proyecto de fallo.

7. En definitiva, se dictó la sentencia de segunda instancia fechada el 22 de febrero de 2011, que resolvió en derecho los recursos de apelación interpuestos por las partes contra el fallo de primer grado, revocándolo para, en defecto del mismo, disponer:

> *1) Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.*
>
> *2) Declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Guillermo González Holguín y Gloria González de Esguerra con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., el día 22 de abril de 1977 respecto del inmueble denominado 'Lote No. 5', cuya cabida aproximada es de 175 hectáreas, con 7.486 metros cuadrados, con matrícula inmobiliaria No. 50N-768166 -que hacía parte de uno de mayor extensión denominado 'Santa Bárbara'-, cuyos linderos especiales son los siguientes:* (…).
>
> *3) Por lo anterior se ordena a la entidad demandada la restitución del predio, pero en la modalidad 'por equivalencia', por lo esbozado en la parte motiva, como consecuencia*

deberá la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. cancelar al señor Daniel Alfonso Roldán Esparragoza, como cesionario de los derechos litigiosos de los señores GUILLERMO GONZÁLEZ HOLGUÍN Y GLORIA GONZÁLEZ DE ESGUERRA, luego de la compensación arriba detallada, la suma de ***$4.398.269.355,37*** *que corresponde a la restitución por equivalencia reconocida a favor de los demandantes.*

4) Para efectos de la 'restitución por equivalencia' y lo decidido en esta instancia y procurar la prestación permanente y eficiente del servicio público esencial a cargo de la demandada, el título de dominio que posee el señor Daniel Alfonso Roldán Esparragoza, como cesionario de los derechos litigiosos de los señores GUILLERMO GONZÁLEZ HOLGUÍN y GLORIA GONZÁLEZ DE ESGUERRA, o éstos en su propio nombre, sobre el predio materia del litigio identificado en líneas precedentes, queda en cabeza de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A., para cuyo efecto se ordena inscribir esta sentencia en el registro público competente en el folio de matrícula N° 50N-768166, para lo cual se oficiará a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos adjuntando copia auténtica de esta sentencia, cuya compulsa se ordena a costa del interesado.

5) Condenar en costas de ambas instancias a la parte demandada. Liquídense las que corresponde a esta instancia, incluyendo en la misma la suma de $33.586.157,00 por concepto de agencias en derecho.

6) Devuélvase la actuación al juzgado de origen. Anótese su salida.

8. Dicho proveído fue aclarado mediante providencia del 6 de mayo del año en cita, únicamente en cuanto hace a los numerales 2º y 4º de su parte resolutiva, de los que se excluyó un sector de predio objeto de la promesa, de conformidad con lo que en ella se previó, que se identificó por sus linderos especiales. Los demás pedimentos que en tal

sentido elevaron las partes, fueron denegados (fls. 435 a 440, cd. 28).

LA SENTENCIA DEL *AD QUEM*

Luego de historiar lo acontecido en el litigio, de compendiar el fallo de primer grado, de referir los argumentos esgrimidos por las partes en respaldo de sus apelaciones, de tener por cumplidos los presupuestos procesales, de descartar la presencia de nulidades y de estimar acreditada la legitimación de las partes, el Tribunal, para arribar a las decisiones que adoptó, expuso los argumentos que pasan a compendiarse:

1. Destacó los rasgos más generales y distintivos del negocio jurídico, la promesa de contratar, la nulidad absoluta y las condiciones determinadas e indeterminadas. En relación con las últimas, refirió además su utilización en esa tipología de convenciones.

2. A continuación, se concentró en la cláusula quinta del pacto base de la acción y sobre la misma observó, en primer lugar, que *"a simple vista, evidencia indeterminación, en la medida que de su contenido literal resulta imposible extractar la época no sólo cierta sino probable del acaecimiento de la condición,* [pues] *ni siquiera se precisa si aquel juicio sucesorio se encuentra o no en curso y su etapa"*, o el *"tiempo estimado de duración del mismo"*.

Y, en segundo término, que dicha estipulación *"contempla la posibilidad de que el sucesorio pueda culminarse en un (1) año, un año y seis meses o incluso superar esos topes, sin precisar o establecer un límite temporal para que el referenciado juicio sucesorio agotara su trámite, que habilitara el término de los treinta (30) días subsiguientes, dentro de los cuales se verificaría el otorgamiento de la escritura pública pertinente; sin que resulte admisible predicar, que lo realmente importante para calificar como 'determinada' la condición pactada, sea que finalmente 'algún día' se cumpla* (…), *valga decir que en cualquier época, remota o cercana, se culmine el mentado sucesorio, pues tal raciocinio riñe con la esencia misma de los negocios jurídicos y particularmente de la promesa de contrato como instrumento mediático para facilitar el tráfico de capitales"*.

3. Con base en tal análisis, extrajo las siguientes conclusiones:

3.1. Es ostensible *"el desacierto de la decisión de instancia, en cuanto confirió eficacia al mentado negocio, por cuanto, como quedó visto, el mismo no cumple a cabalidad las exigencias del art. 89 de la ley 153 de 1887, al no contener un plazo* ***o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato****, dada la indeterminación de la cláusula que con tal propósito se consignó en el contrato"*.

3.2. Debido a *"la ausencia de un requisito que* [la ley] *prescribe para la validez y eficacia de la promesa de compraventa, el contrato celebrado por las partes y que es objeto del presente litigio, se encuentra afecto de nulidad absoluta, que se hace imperioso declarar, lo que trae en este evento aparejada la*

necesidad de revocar la decisión que desestimó esta reclamación del petitum, para en su lugar acoger la misma y disponer las restituciones mutuas que de tal declaración emergen, lo que de suyo releva a la Sala a examinar la pretensión subsidiaria de resolución".

3.3. Las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA PRETENDIDA CAUSAL DE NULIDAD Y CONSECUENTE INVALIDEZ DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA QUE SIRVE DE BASE A LA DEMANDA"*, *"CUMPLIMIENTO"* y *"CONTRATO NO CUMPLIDO"*, están llamadas a fracasar.

4. Pasó al estudio de los otros planteamientos defensivos esgrimidos por la accionada, sobre los que apuntó:

4.1. La prescripción adquisitiva no puede prosperar, puesto que al momento de su alegación en el *sub lite*, no estaba autorizado que *"su invocación"* pudiera hacerse *"por vía de excepción"*.

Adicionalmente, examinada en el fondo, en atención a la reforma que sobre el particular introdujo el artículo 2º de la Ley 791 de 2002, se encuentra que la aprehensión material del bien disputado la derivó la demandada, precisamente, del contrato de promesa de compraventa, sin que en él se hubiere consagrado expresamente, que la entrega realizada del mismo comportaba el traspaso de la posesión, por lo que mal podría reconocerse que dicho

atributo se radicó en cabeza de ella, postura que sustentó con la invocación de otro fallo de la Corte.

Subrayó que, incluso, en el supuesto de haber operado el fenómeno de la interversión del título, el analizado planteamiento tampoco *"se hubiera abierto paso, habida consideración que al no devenir la posesión de justo título, sería una prescripción extraordinaria que requeriría un lapso temporal de veinte (20) años, término que para la fecha en que se notificó la demanda, no había transcurrido, toda vez que entre 1977 (fecha de suscripción de la promesa) y 1991 (fecha de presentación de la demanda), solo mediaban catorce (14) años; pero que no pueden computarse totalmente a favor del pretenso poseedor (Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá), en razón a que este para el año 1987, esto es a escasos cuatro (4) años antes de incoarse esta acción, persistía en su condición de tenedor, reconociendo aún para esa calenda el dominio de los promitentes vendedores; como se desprende de las documentales allegadas como pruebas, que dan cuenta de los requerimientos que la entidad hacía a estos, en procura de que suscribieran la escritura de compraventa correspondiente que le transfiriera el dominio"*.

4.2. En punto de la prescripción extintiva de la acción de nulidad contractual ejercida, el *ad quem* infirió la interrupción de la misma con la presentación de la demanda y la notificación del auto admisorio, en la medida que estos actos se realizaron con sujeción al mandato del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, de modo que descartó su configuración.

4.3. Negó la prosperidad de la excepción de *"RATIFICACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO SUPUESTAMENTE NULO"*, en tanto que, dijo, no existe una manifestación en tal sentido que satisfaga las exigencias legales, esto es, con las mismas solemnidades del contrato ratificado, amén que no se produjo tácitamente, pues ello acaece únicamente con el cumplimiento de la obligación contraída, lo que aquí no tuvo lugar.

4.4. Puntualizó, finalmente, que el preacuerdo de conciliación que presentaron las partes en segunda instancia, no modificó el derecho sustancial reclamado, pues ellas en la audiencia del 31 de enero de 2008 sujetaron su eficacia, al cabal cumplimiento de lo allí pactado, que en definitiva no se dio.

5. En cuanto hace a las prestaciones mutuas, el Tribunal observó:

5.1. La restitución del inmueble por parte de la demandada a los actores no puede hacerse en forma real y material, como quiera que se vería comprometido el suministro de agua potable para la ciudad, en tanto que con las obras realizadas en el predio, se habilitó el ingreso del 70% del caudal con el que se atiende el requerimiento de la capital, por lo que, siguiendo la jurisprudencia nacional, debe aplicarse extensivamente el artículo 955 del Código Civil y disponerse la restitución ficta del terreno.

De los tres avalúos que obran en el proceso, habrá de atenderse el que se presentó en desarrollo de la conciliación que se intentó en el curso de la segunda instancia, toda vez que proviene *"de una entidad con excelsa idoneidad"* y *"consulta las condiciones particulares y especiales de la heredad en la época más reciente"*.

Por consiguiente, *"el valor del predio que, en principio, se debe reconocer por concepto de 'restitución por equivalencia' a favor de los demandantes, como justo precio, estaría en el orden de los* ***$9.020.408.530,00****. No obstante y muy a pesar de la declaratoria de nulidad del contrato de promesa, es lo cierto, que con ocasión a dicho acto negocial la demandada canceló lo que para entonces constituía el 50% del justo precio, el cual ante la*[s] *particular*[es] *circunstancia*[s] *que rodean este caso, -que impiden como ya se precisó la restitución material-, debe imputarse al precio a pagar, quedando entonces a deber la demandada el restante 50%, que de acuerdo con las precisiones expuestas en líneas precedentes debe estar acorde al justo precio que hoy tiene el inmueble, lo cual conlleva que el valor a cancelar a los demandantes a título de restitución por equivalencia asciende a la suma de* ***$4.510.204.265,00****, como se dispondrá en la parte resolutiva"*.

5.2. Si bien es verdad que como regla de principio, habría lugar al reconocimiento de frutos a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, debiéndose tener a la demandada como poseedora de buena fe, examinado *"el acervo probatorio, se evidencia que no existe ninguna prueba que permita establecer destinación económica alguna del inmueble con antelación al año 1977, que pudiera derivar rentabilidad susceptible de ser reconocida por haber sido*

privado de ella con ocasión del contrato celebrado, siendo la única la desarrollada a partir de esa data por la sociedad demandada, la cual como ya quedó dicho no puede servir de parámetro o soporte válido para generar beneficio alguno a favor de los actores, dada la singular destinación".

Y agregó: *"Deviene de lo anterior, que la determinación de los frutos a reconocer a favor de los señores González -aún ante la eventual restitución material del predio objeto del contrato anulado-, quedó totalmente huérfana de prueba; no existe, entonces, otra alternativa jurídica diferente a la de negar dicho pedimento, toda vez que no puede olvidarse que a nadie le es dable hacer de su dicho prueba de los hechos que alega, conforme se desprende del contenido del artículo 177 del C.P.C., por lo que correspondía a los actores acreditar, mediante cualquiera de los medios probatorios autorizados en nuestro ordenamiento adjetivo,* (…) *la cuantía de los frutos que pudo haber generado el predio con mediana diligencia, al haber desatendido estos dicha carga procesal, no hay lugar a que en esta decisión se imponga su reconocimiento a cargo de la pasiva"*.

5.3. Como el predio, por virtud de la restitución por equivalencia, queda materialmente en poder de la demandada, no hay lugar al reconocimiento de mejoras.

5.4. Los demandantes deberán reintegrar a la accionada, las sumas que recibieron por concepto de intereses ($180.000.oo y $67.500.oo), que indexadas y computados los correspondientes intereses derivados de ellas, ascienden al total de $117.006.785.81, monto que

habrá de compensarse con el valor de la restitución, que se reduce, por lo tanto, a la cuantía de $4.393.197.479.19.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Como ya se dijo, ambas partes impugnaron el fallo de segunda instancia.

En la demandada que presentó la parte actora para sustentar el recurso que propuso, formuló siete cargos, el inicial con respaldo en la causal quinta de casación y los restantes soportados en la primera.

A su turno, la accionada esgrimió cuatro acusaciones, todas por violación de la ley sustancial.

La Corte estudiará los referidos reproches en el siguiente orden: primero, el cargo inicial aducido por la parte demandante, por referirse a un yerro de procedimiento; luego los cargos segundo y tercero propuestos por la misma parte, habida cuenta que ellos, en esencia, plantean la imposibilidad jurídica de haberse dictado el fallo de segunda instancia, con respaldo en circunstancias exógenas a la sentencia misma; a continuación se ocupará del cargo primero de la accionada, en el que se discutió el genuino sentido y alcance del numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; posteriormente se avocarán los reproches segundo y cuarto de la empresa convocada, toda vez que con ellos se cuestionó la nulidad declarada; seguidamente concentrará

su atención en el cargo tercero esgrimido por la demandada, mediante el cual se persiguió el reconocimiento de la excepción de prescripción adquisitiva; y, finalmente, escudriñará las acusaciones cuarta a séptima del extremo actor, como quiera que cada una tiene alcances meramente parciales, en tanto que versaron sobre puntuales aspectos de las prestaciones mutuas.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA
CARGO PRIMERO

Con apoyo en el numeral 5º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se denunció la *"nulidad de la sentencia por falta de jurisdicción y ausencia de competencia funcional del Tribunal"*, vicios contemplados en los numerales 1º y 2º del artículo 140 de ese mismo ordenamiento jurídico.

Tras reproducir las resoluciones adoptadas en el fallo cuestionado, relacionar lo decidido en el proveído que lo adicionó, adiado el 6 de mayo de 2011, y memorar que en desarrollo de la audiencia de conciliación decretada de oficio por el *ad quem*, el cesionario de los actores y la demandada, en el segmento de ella que se adelantó el 8 de abril de 2008 (fls. 263 a 265, cd. 28), pidieron de consuno a esa autoridad *"dictar un fallo en equidad"*, solicitud que posteriormente fue avalada por los primigenios accionantes (escrito de folio 303, *ib.*), el impugnante sustentó la acusación como pasa a reseñarse:

1. Empezó por la falta de jurisdicción reprochada, temática sobre la que dijo:

1.1. Es posible que en un proceso determinado, *"las partes dispongan que el juez no se atenga a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y aplique, en su lugar, principios de equidad, que lo conduzcan a establecer la 'justicia de cada caso concreto'"*, hipótesis en la que el funcionario judicial *"decide las cuestiones a él sometidas, no ya sobre la base de reglas fijas y constantes, como son los textos legales, que limitan el ejercicio de poderes discrecionales por parte del juez, sino que toma en consideración las circunstancias específicas del caso concreto, las situaciones sociológicas que lo rodean e, inclusive, la conveniencia o no de los actos"*.

1.2. Ayudado por la doctrina foránea y patria, diferenció la *"jurisdicción en equidad"* y la *"jurisdicción en derecho"* y, con tal base, apuntó que *"*[l]*os precedentes criterios jurídicos tienen plena eficacia en el sistema jurídico colombiano"*, habida cuenta el mandato del numeral 1° del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, precepto declarado conforme a la Constitución, mediante sentencia que reprodujo *in extenso*.

1.3. En tal orden de ideas, relievó que en dicho fallo no se sujetó la aplicación del referido precepto a condición alguna y que, por lo tanto, no es admisible sostener que *"le esté vedado al juzgador de segundo grado, cumplidos los requisitos previstos en el artículo 38 del C. de P.C., decidir en equidad, toda vez que, de un lado, el mandato contenido en la reseñada regla jurídica no determina, ni podía hacerlo, que esa especie de fallo*

solamente se pueda proferir al finiquitar la primera instancia, como tampoco sustrae de esa potestad al sentenciador de segundo grado, amén que no prescribe que el de equidad presuponga un trámite especial".

1.4. Advirtió que en el presente caso, se cumplían las exigencias de la comentada norma y que las partes, teniendo en cuenta que los primigenios actores cedieron su derecho litigioso a un tercero, *"en ejercicio de la autonomía de la voluntad y mediante un acto válido y procedente, reformaron la promesa de contrato con miras a superar sus deficiencias y, a la vez, solucionar la controversia que los implicaba y, justamente, en ese sentido debió enderezarse el fallo en equidad, es decir, avalando el acuerdo mediante el cual, atendiendo criterios de justicia y razonabilidad, las partes pretendieron finiquitar la disputa, adoptando consecuentemente los correctivos para que ese pacto se pudiera cumplir"*.

1.5. Adicionalmente, trajo a colación otro fallo de la Corte relativo a la posibilidad que tienen las partes de un proceso, para sustraer la aplicación en él de las reglas formales.

2. Enseguida, el censor recabó en la falta de competencia funcional que, igualmente, adujo como soporte de la nulidad por él deprecada, tópico sobre el que puntualizó:

2.1. Dicha carencia en el Tribunal, obedeció a la formulación de la comentada solicitud, dirigida a que la segunda instancia se resolviera en equidad, postura en pro

de la que el impugnante reprodujo otra sentencia de esta Sala de la Corte.

2.2. La competencia de ese ente, por consiguiente, *"estaba circunscrita a resolver en equidad y no en derecho el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 3 de mayo de 2006 que le puso fin a la primera instancia, es decir, al resolver el Tribunal de manera indebida en la forma como lo hizo, rebasó la competencia funcional para desatar la segunda instancia, pues claramente repito, la competencia quedaba circunscrita a resolver en equidad y no en derecho, incurriendo el Tribunal así en una nulidad originada en la sentencia, por falta de competencia funcional, de carácter insaneable, vicio que emerge del fallo impugnado* (…)*"*.

2.3. El referido defecto se consolidó, además, porque el *ad quem*, pese a *"que las partes reclamaron que señalara fecha y hora para reanudar la audiencia de conciliación, tercamente se empecinó en no celebrarla para, en su lugar, precipitarse a decidir la instancia"*, como lo resolvió en auto del 2 de noviembre de 2009, mediante el cual negó la petición que en tal sentido le formuló la actora el 27 de octubre anterior (fl. 338, cd. 24), decisión que mantuvo, pese a la reposición que ella interpuso sin oposición de la parte demandada.

2.4. Como la conciliación no se agotó y el ánimo conciliatorio de las partes se mantuvo, *"no le era dado al Tribunal malograr abruptamente esa potestad de las partes"*, inferencia que respaldó en uno de los fallos que ya había reproducido y en los artículos 43 y 45 de la Ley 640 de 2001.

CONSIDERACIONES

1. Cual viene de registrarse, a decir del recurrente, como las partes, en desarrollo de la facultad que les confería el numeral 1º del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, durante el curso de la audiencia de conciliación que se verificó en el trámite de la segunda instancia, solicitaron de consuno al Tribunal, dictar un fallo en equidad, esa Corporación carecía de jurisdicción (primera parte de la acusación), o de competencia (segunda parte), para emitir uno que resolviera en derecho las apelaciones interpuestas contra el de primera instancia, que fue en últimas el que profirió.

Adicionalmente, la persistencia de las partes en la conciliación, expresada en las peticiones que elevaron para que continuara, fue otro factor que le impedía a esa Corporación dictar el fallo combatido, en el momento en que lo hizo.

2. En torno de la primera de esas acusaciones, es del caso colegir su fracaso, con apoyo en las siguientes razones:

2.1. Como la demanda origen del presente proceso se presentó para reparto el 12 de abril de 1991, propio es ver que para entonces regía, de un lado, la Constitución Política de 1886 y, de otro, el Código de Procedimiento Civil, con la modificación que le introdujo el Decreto 2282 de 1989, ordenamientos jurídicos que, por lo tanto, serán los que orienten la definición del cargo.

Conforme a ese plexo normativo, eran jurisdicciones propiamente dichas, la civil, la penal, la laboral y la contencioso-administrativa. Además, las modificaciones en materia de jurisdicción y competencia, salvo mandato expreso, no varían la aptitud legal, perpetuando la jurisdicción aún a costa de las variaciones del derecho. (Sentencia reciente de la sala civil SC1230-2018)

2.2. A voces del artículo 12 del citado código, correspondía *"a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones"*.

A su turno, *"*[l]*a administración de justicia en el ramo civil"* era ejercida *"permanentemente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las salas civiles de los tribunales superiores de distrito judicial, los jueces de circuito, municipales, territoriales y de* [familia]*"* (art. 7°, *ib*.).

Dentro de esa organización jerarquizada, los jueces civiles de circuito conocían en primera instancia, entre otros, de *"los procesos contenciosos que sean de mayor cuantía, salvo los que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"* (num. 1°, art. 16, *ib*.); y las Salas Civiles de los Tribunales Superiores, *"*[e]*n segunda instancia"*, de *"los recursos de apelación y de las consultas en los procesos de que conocen en primera instancia los jueces de circuito, y de los recursos de queja cuando se deniegue el de apelación"* (lit. a, num. 1°, art. 26, *ib*.).

2.3 Sobre la base de que este asunto era de mayor cuantía y que la demandada tenía su domicilio en esta

capital (arts. 19, 20 y 23, regla 1ª, *ib.*), cuestiones que no fueron discutidas en las instancias y, mucho menos, en casación, se colige que en ningún error incurrió el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá cuando asumió su conocimiento, en primera instancia.

Al respecto, pertinente es memorar que la demandada, una vez fue vinculada al proceso, reclamó, por vía incidental, la nulidad de todo lo actuado, por falta de jurisdicción (num. 1°, art. 140, *ib.*), sustentada en que el contrato base de la acción era de naturaleza administrativa y, por lo mismo, el conocimiento de la demanda correspondía solamente a la jurisdicción contencioso administrativa (fls. 89 a 91, cd. 9).

El *a quo*, fincado en que el mentado acuerdo de voluntades era un *"contrato de derecho privado de la administración sometido a las normas comunes"*, negó la invalidación impetrada, mediante auto del 4 de marzo de 1993 (fls. 190 a 195 vuelto, cd. 9).

Dicho proveído lo confirmó el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, pronunciamiento que efectuó en providencia del 23 de agosto del mismo año, en la que concluyó que *"al no poderse afirmar que el contrato de promesa de compraventa aducido sólo pueda ser de aquellos que por su objeto únicamente pueda celebrar la Administración en ejercicio de sus funciones públicas, de suerte que implícita o virtualmente pueda predicarse su exorbitancia, o que, aún sin ser así, contenga expresamente alguna cláusula exorbitante, debe seguirse que como el firmado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá,*

con Guillermo González Holguín y Gloria González de Esguerra se ubica entre los de derecho privado de la Administración, este asunto corresponde dirimirlo a la jurisdicción ordinaria" (fls. 27 a 41, cd. 10).

La firmeza del proveído en precedencia mencionado, dejó definido, por lo tanto, que este asunto litigioso sí era de conocimiento de la mencionada oficina judicial y, correlativamente, que en segunda instancia, la competencia para resolver la tenía la Sala Civil del Tribunal Superior de esta capital.

2.4. Siendo ello así y teniendo muy en cuenta que en ese entonces, como ahora, ni las normas constitucionales, ni las legales aplicables, contemplaban la existencia de jurisdicciones *"en equidad"* y *"en derecho"*, mal puede admitirse que el Tribunal, por la circunstancia de que las partes de común acuerdo le solicitaron resolver de esa forma -en equidad-, carecía de jurisdicción y/o de competencia para pronunciarse sobre los recursos de apelación que contra el fallo de primera instancia interpusieron las partes, pues, muy por el contrario, esa Corporación, era la única habilitada para desatar las alzadas.

2.5. Cosa bien distinta fue que en el transcurso del trámite de segunda instancia, en desarrollo de la habilitación que al respecto contemplaba la ley procesal civil (num. 1°, art. 38, C. de P.C.), las partes hubiesen buscado alterar el alcance de sus apelaciones, en el sentido de que pretendieron que ellas no fueran resueltas a la luz, exclusivamente, de la

normatividad positiva imperante, sino de un criterio más flexible, como es el de la equidad, independientemente de la procedencia de esa modificación.

Tal pedimento de las partes, por consiguiente, no varió en nada la jurisdicción y competencia radicadas en el Tribunal para resolver la segunda instancia del proceso, sino que propendió por el ensanchamiento de la dimensión de la decisión adoptable, toda vez que, como acaba de decirse, esa Corporación, en virtud de él, podía, en principio, fallar por fuera del rígido marco de la ley, esto es, guiada por criterios de justicia no formales.

2.6. Así las cosas, ningún acogimiento merece la acusación que se deja examinada.

3. En cuanto hace al otro cuestionamiento formulado en la censura, es decir, la falta de competencia del Tribunal derivada del hecho de encontrarse sin definir la conciliación decretada en segunda instancia, se establece:

3.1. La insistencia de las partes en la continuación de la audiencia ordenada con ese fin, no es cuestión que le quitara al Tribunal la competencia para resolver. Lo más que pudiera desprenderse de la circunstancia de que el *ad quem* no atendió ese pedimento, es que su fallo fue prematuro, eventualidad que no es constitutiva de nulidad.

3.2. Al margen de lo anterior, la revisión de lo actuado deja en claro que, contrariamente a lo predicado por el

recurrente, la conciliación intentada sí concluyó antes del proferimiento de la sentencia impugnada, así no exista un pronunciamiento expreso en tal sentido.

Véase cómo, en la diligencia del 31 de enero de 2008, el señor Óscar García Poveda, en representación de la demandada, y el apoderado del cesionario, de manera conjunta, *"expusieron el principio de acuerdo al que han llegado las partes*[,] *el cual se concreta en el documento que se acompaña (…)"*, ocasión en la que ambas partes y sus apoderados solicitaron la suspensión de la audiencia, con miras *"de adelantar los actos de perfeccionamiento del acuerdo"* (fls. 195 a 198, cd. 28).

En la continuación, que tuvo lugar el 28 de febrero del mismo año, luego de la intervención de quienes representaron a la Procuraduría General de la Nación, a la Personería y a la Contraloría Distritales, el Magistrado Sustanciador *"puso de presente que era necesario tener en cuenta, como premisas fundamentales, que las partes eran absolutamente libres para conciliar; que los organismos de control, por supuesto, eran autónomos para el ejercicio de sus funciones, sin que la gestión adelantada a propósito de un eventual acuerdo, pueda interferir en el cumplimiento de ellas, como tampoco en el adelantamiento de las investigaciones a que hubiere lugar y, finalmente, reiteró las razones que motivaron la convocatoria a las distintas audiencias que se han adelantado"*. Seguidamente, acogió la petición de todos los intervinientes y suspendió nuevamente el acto (fls. 248 a 251, cd. 28).

El 6 de marzo posterior, el señor Personero Distrital señaló que esa entidad tenía dudas respecto del *"precio que se pretende pagar, dados los antecedentes económicos del contrato y el terreno que conservarían los demandantes"*, planteamiento que avaló la Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Contraloría de Bogotá, quien además se reservó *"el derecho a obrar como organismo de control, de conformidad con la ley"*.

Escuchadas esas intervenciones, así como las de la Procuraduría General de la Nación, el cesionario de los actores y la empresa demandada, frente al interrogante que se les planteó *"sobre su decisión de conciliar"*, expresaron que *"sí e*[ra] *su propósito, pero que requ*[erían] *un tiempo para adoptar la decisión final, por lo que solicita*[ro]*n el aplazamiento de la audiencia"*, a lo que se accedió (fls. 257 a 259, cd. 28).

En la oportunidad subsiguiente, que lo fue el 8 de abril de 2008, frente a la solicitud que se hizo a las partes para que manifestaran *"si han llegado a un acuerdo conciliatorio, más concretamente, si la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá mantiene los términos del preacuerdo suscrito el 31 de enero de 2008"*, el cesionario de los demandantes expresó que *"persevera*(…) *en el acuerdo, mientras que el Gerente de la empresa demandada señal*[ó] *que existen algunas discrepancias, pero que plantea* ***autorizar al Tribunal para que profiera un fallo en equidad, propuesta que acept*[ó] *la parte demandante***" y que el *ad quem* exigió fuera coadyuvada por los primigenios accionantes (fls. 263 a 266, cd, 28), lo que posteriormente ellos hicieron (fl. 303, cd. 28).

Significa lo anterior, que el principio de acuerdo al que llegaron las partes en la audiencia del 31 de enero de 2008 fracasó, porque la demandada, en definitiva, no lo aprobó; y que la única fórmula en la que ellas se pusieron de acuerdo, fue la consistente en autorizar al Tribunal para que resolviera *"en equidad"*, propuesta que los promotores del litigio coadyuvaron posteriormente, mediante escrito autenticado que obra en el folio 303 del cuaderno en cita.

El recuento precedente permite colegir, a la vez, que la conciliación, como tal, estaba finiquitada, sin haberse logrado un acuerdo que pusiera fin al proceso, mas sí uno dirigido a que el Tribunal decidiera la segunda instancia en equidad.

De suyo, entonces, que no anduvo descaminado el Tribunal cuando en los autos de 3 de noviembre y 7 de diciembre de 2009, mediante los cuales, en su orden, no accedió a la petición de señalar una nueva fecha para continuar la audiencia de conciliación y no repuso esa determinación, estimó que, pese al ánimo de los intervinientes de llegar a un arreglo y a que ellos habilitaron a esa Corporación para dictar un fallo en equidad, *"no se logró un acuerdo definitivo"*; que por lo tanto *"el proceso* (…) *se encuentra legalmente en estado de dictar sentencia"*; y que la posibilidad de conciliar *"fue debidamente agotada"*.

3.3. Siendo ello así, nada impedía al Tribunal el proferimiento de la correspondiente sentencia, de lo que se

sigue que este segundo aspecto del ataque, tampoco está llamado a prosperar.

4. Corolario de todo lo expuesto, es que el cargo auscultado no se abre paso.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA
CARGO SEGUNDO

Denunció la violación directa, por indebida aplicación, de los artículos 955, 1611, 1741, 1742, 1746 del Código Civil; y, por falta de aplicación, del numeral 1º del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, *"que faculta a las partes para que de consuno soliciten un fallo en equidad"*.

En resumen, el proponente de la acusación señaló:

1. El Tribunal, *"al empeñarse obstinadamente en soslayar la voluntad de las partes de que su controversia fuese definida atendiendo exclusivamente criterios de equidad, potestad que inquebrantablemente les concede el numeral primero del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, regla esta que se abstuvo de aplicar, infringió, igualmente, las referidas normas del Código Civil, por hacerlas obrar cuando ello no era procedente"*.

2. En la sentencia de constitucionalidad de ese precepto, que el censor reprodujo en lo pertinente, se dejó bien en claro que el acceso a la justicia, a más de subjetivo, es un derecho fundamental *"que no se circunscribe a la posibilidad de reclamarle a los jueces que hagan concreta la voluntad abstracta de la ley, sino que igualmente comprende, entre*

otras libertades y garantías, la de que se respete y acoja su común voluntad para que un asunto sea decidido en equidad para lo cual envisten al juez del poder que es menester".

3. No obstante haber sido eso lo que en este asunto solicitaron las partes, el *ad quem* desconoció su petición para, contrariándola, proceder a resolver la segunda instancia en derecho, *"actitud tozuda pero errada del sentenciador"*, que *"lo condujo a aplicar a pesar de que le estaba vedado hacerlo, los artículos 955, 1611, 1742, 1746 del Código Civil, cuando lo cierto es que las partes habían modificado la promesa, adoptando los correctivos para superar las anomalías que la afectaban y sentando las bases para que se profiriese un fallo en equidad"*.

4. Terminó diciendo que la definición de la controversia a la luz de las normas legales, no traduce que el fallo dictado *"se nutr*[a] *de principios de equidad"*, pues el sentenciador de segunda instancia fue explícito en señalar que no resolvería de esa manera y *"porque no se preocupó por establecer si la rigurosa, fría e implacable aplicación de las aludidas normas legales comportaban una decisión particularmente justa en este caso"*.

CONSIDERACIONES

1. Como se deduce del cargo, el punto en el que se sustentó fue la errónea interpretación por parte del Tribunal del numeral 1° del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que entendió que los fallos en equidad

sólo proceden en primera instancia, comprensión que lo llevó, de un lado, a desatender la solicitud que en tal sentido le elevaron los intervinientes en el proceso y, de otro, a aplicar indebidamente las normas del Código Civil que igualmente identificó al inicio de la censura.

2. Siendo ello así, hay que decir que el precitado precepto no es de linaje sustancial.

Reza, en lo pertinente, que *"*[e]*l juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza* (…)*"*.

Dicha norma forma parte del Título IV -*"De los deberes, poderes y responsabilidad de los jueces civiles"*-, que integra la Sección Primera -*"Órganos judiciales y sus auxiliares"*- del Libro Primero -*"Sujetos del proceso"*- del citado estatuto procedimental.

Se trata, pues, de un precepto de contenido netamente instrumental, cuyo fin exclusivo era delimitar los poderes, en este caso, de *"ordenación e instrucción"* del juez, en los procesos civiles.

Sin mayores explicaciones, así lo señaló la Sala al inadmitir algunos de los reproches propuestos en una demanda de casación, ocasión en la que apuntó que *"los cargos tercero, quinto y sexto, no expresan el quebranto de ninguna norma sustancial, pues todos los enunciados son de*

linaje procesal, como de tiempo atrás lo ha señalado esta Sala en relación con los artículos 38 (auto octubre 25/1996), (…)*"* (CSJ, SC del 25 de enero de 2008, Rad. n.° 2002-00373-01).

Ni siquiera visto desde la perspectiva de la facultad que contempla en favor de las partes, de pedir que el proceso en el que intervienen sea decidido en equidad, califica de sustancial, toda vez que esa posibilidad no concierne con sus derechos materiales propiamente dichos, sino que, como ya se dejó insinuado al desatarse el cargo anterior y se ampliará más adelante, atañe con los linderos que el juez debe observar al proferir el fallo correspondiente, que se amplían para abarcar principios extralegales, como son los de la equidad.

La carencia de sustancialidad del analizado mandato legal determina el fracaso del cargo, pues como ya se registró, su presunto quebranto constituía la piedra angular de la acusación, toda vez que de tal vulneración fue que el censor derivó la indebida aplicación de las otras normas que precisó en el encabezamiento del ataque.

3. De aceptarse, sólo en gracia de discusión, que la indicada norma, en este caso concreto, sí ostenta carácter sustancial, el cargo, de todas maneras, no se abre paso, pues adolece de una grave falla técnica en su formulación, como pasa a analizarse:

3.1. En desarrollo del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 26 de la Constitución

Política de 1886, y en el 29 de la actual, los jueces, desde siempre, como regla de principio, deben resolver en derecho los procesos sometidos a su conocimiento.

Ello, en apretada síntesis, comporta hacer actuar las normas legales en los casos concretos y reconocer los efectos jurídicos que de esa aplicación se desprendan.

De suyo, entonces, que cuando una parte demanda, en ejercicio del derecho de acción, y la otra se opone a sus pedimentos, como manifestación de su derecho a la defensa, ambas, en esencia, le están reclamando a la autoridad judicial, que someta su caso a la ley preexistente y, fincado en esa labor de subsunción, declare la solución del conflicto en la sentencia con la que ponga fin al debate litigioso.

3.2. Empero puede ocurrir que las partes quieran que la definición de su problemática atienda criterios más amplios que la ley positiva misma, caso en el cual, tratándose de derechos disponibles y siendo ellas capaces, tienen la posibilidad de ensanchar los poderes de *"ordenación e instrucción"* del juez de la causa, mediante la formulación de la solicitud de que trata el numeral 1° del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando ello acontece, es decir, cuando los litigantes piden de consuno fallar en equidad, no le prohíben al juez aplicar la ley, ni le solicitan que la desconozca o ignore, sino que reclaman de él que la sobrepase, para que su decisión incluya otros criterios extralegales de justicia. Por lo tanto, al

optar por esa alternativa, lo que ellas hacen es ampliar el marco de acción en el que el juzgador puede moverse, al sentenciar el respectivo proceso.

Al declarar exequible el comentado numeral, la Corte Constitucional expresó que *"aun cuando la equidad como tal no constituye una fuente de derecho positivo, las pautas que se derivan de su aplicación y las que surgen de la aplicación del derecho legislado, no tienen contenidos necesariamente diferentes. En tal medida, como resultado de la actividad judicial, no son opciones materialmente excluyentes y, por lo tanto, una decisión en equidad, sin dejar de serlo, puede ser también una decisión jurídicamente aceptable"* (Sentencia C-1547 del 21 de noviembre de 2000; se subraya).

3.3. No hay duda, entonces, que el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, en general, es una norma regulativa de la actividad judicial, lo que resalta su carácter eminentemente procesal; y, adicionalmente, que su numeral 1° disciplina la gestión decisoria del juez, toda vez que le dice a éste que cuando las partes le formulan la solicitud de que allí se trata, se amplían sus poderes de *"ordenación"* de tal modo que puede, al resolver el litigio sometido a su composición, aplicar parámetros de justicia distintos de la ley positiva.

3.4. En este orden de ideas, salta a la vista que el desconocimiento de la prorrogativa contemplada en la disposición analizada engendra un vicio de actividad, que no de juzgamiento, denunciable en casación únicamente a la luz

de la causal de incongruencia, que el Código de Procedimiento Civil consagraba en el numeral 2º del artículo 368 y que el actual Código General del Proceso establece en el numeral 3º del artículo 336, pues, en últimas, lo que sucede en ese supuesto, es que el fallador no respeta, porque los reduce, los límites que debe observar al proferir la sentencia con la que dirime el pleito sometido a su conocimiento.

3.5. De lo dicho se infiere la indebida formulación del cargo, toda vez que mediante él se denunció la comisión de un error puramente jurídico, bajo la égida del motivo inicial del primero de los preceptos atrás invocados, desatino técnico que también provoca su naufragio.

4. El cargo, en definitiva, no prospera.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA

CARGO TERCERO

Consistió en el quebranto indirecto de los artículos 765 -inciso final-, 1494, 1495, 1602, 2469, 2470, 2471, 2483 y 2484 del Código Civil; y 340 del Código de Procedimiento Civil, como consecuencia de error de hecho por *"indebida apreciación del acuerdo a que llegaron las partes contendientes en este proceso visible a folios 176 a 188 del cuaderno del Tribunal y que envolvía una transacción que ponía fin al proceso y así ha debido ser declarado"*.

La acusación la estructuró su proponente, de la siguiente manera:

1. El documento arriba mencionado contiene un *"contrato de transacción suscrito el 31 de enero de 2008 por las partes"*, cuyo contenido reprodujo el censor en integridad.

2. A ese acuerdo arribaron los litigantes *"después de arduas negociaciones"*, realizadas a lo largo de las diferentes sesiones que conformaron la audiencia de conciliación decretada y practicada en segunda instancia, cuyo desenvolvimiento explicó sucintamente.

3. No obstante que el Tribunal reparó en dicho documento, tergiversó su alcance, puesto que dejó de ver que a través suyo:

3.1. Se modificó, subsanó y perfeccionó la promesa de compraventa base de la acción, sin que lo acordado consista en su mera ratificación.

3.2. La demandada se dio por notificada de la cesión de derechos litigiosos que los primigenios demandantes efectuaron al señor Daniel Roldán Esparragoza y aceptó que éste sustituyera a aquéllos.

4. Independientemente de que la convención a que se alude, fuera resultado de la conciliación surtida en el proceso y de que la misma no hubiese recibido aprobación como tal, *"es lo cierto que las partes celebraron un contrato de transacción*

que tiene autonomía jurídica, mediante el cual, como ha quedado manifestado, zanjaron sus diferencias en la forma vista, es decir, modificando la promesa de venta del 22 de abril de 1977 por lo cual el precio de la compraventa fue pactado así: a) $750.000.00, ya recibidos por el demandante; b) $5.500.000.000.00, una vez se presente la correspondiente cuenta de cobro en la forma estipulada en la transacción; c) $386.889.000.00, mediante la transferencia de los predios denominados en la transacción Tanque predio 1, Triángulo predio 2. Por su parte los demandantes transfieren el inmueble descrito en la cláusula tercera de la transacción que hacía parte del inmueble inicialmente prometido en venta y del cual se segrega; secuela de esta transferencia los demandantes conservan el dominio sobre los predios denominados en la cláusula cuarta de la transacción, predio 3, predio 4, predio 5, predio 6, los que, en consecuencia, debe entregar la demandada por encontrarse en su poder".

5. Fincado en lo que la Corte tiene dicho sobre la transacción, conforme a las reproducciones que de diversos pronunciamientos suyos efectuó el censor, éste afirmó que *"ante la presencia* (…) *del contrato de transacción en autos, que evidencia y alberga como se ha indicado el designio inexcusable de las partes de poner fin al litigio, no le queda otro camino a la Corte que impartirle su aprobación, disponiendo como ineludible efecto la terminación del proceso"*.

6. Llegado a este punto, el inconforme advirtió la ocurrencia de otro *"protuberante yerro fáctico al apreciar el acta de la audiencia de conciliación realizada el 31 de enero de 2008"*, pues con vista en ella el Tribunal se negó a admitir la ocurrencia de hechos sobrevinientes con alcance de

modificar el derecho sustancial debatido, estimación del *ad quem* que aquél calificó de equivocada, pues denota que esa autoridad *"confunde el **cumplimiento** del acuerdo con la **eficacia jurídica** del mismo, a la vez que trastoca el convenio ajustado por las partes, en este caso una **transacción**, con la terminación del proceso como consecuencia de la **conciliación**"*.

Luego de traer a colación las previsiones de los artículos 191, 195, 1602 y 1625 del Código Civil, el impugnante observó que *"cuando las partes en el transcurso de la audiencia de conciliación efectuada el 31 de enero de 2008 (folios 197 del cuaderno del Tribunal), expresaron que 'el acuerdo contenido en el documento que se anexa, sólo se entiende perfeccionado cuando se firmen las escrituras públicas de venta y de permuta y se inscriban en la Oficina de Registro dichos actos de transferencia. Solo cuando se verifiquen esos pasos, se entenderá que existe conciliación', no podían estar supeditando la existencia de la transacción a su cumplimiento, pues, como acaba de demostrarse, si existen obligaciones que cumplir es porque previamente existe un contrato que las impone. Si las partes se comprometieron a firmar las escrituras prometidas de venta y permuta y a inscribirlas en la Oficina pertinente, es porque antecedentemente, mediante un negocio jurídico preexistente, perfecto y válido, habían estipulado la obligación de suscribirlas y registrarlas. Si alguna de ellas no lo hizo o incumplió lo convenido, deberá soportar las consecuencias ya reseñadas derivadas de su incumplimiento, cuestión que, en todo caso, debe discutirse y decidirse en su debida oportunidad y con el acatamiento de las reglas del debido proceso"*.

Añadió que ese entendimiento de lo realmente acaecido en la conciliación, quedó *"patentizado con la petición que*

elevaron las partes (folios 198), en el sentido de suspender la audiencia de conciliación para 'adelantar los actos' de perfeccionamiento del acuerdo, vocablo este último que, atendiendo las reglas previstas en los artículos 1618, 1620 y 1621 del Código Civil hay que entender como sinónimo de cumplimiento de lo pactado. Desde luego que la primera de las citadas normas impele atender la intención de las partes, antes que el contenido literal del texto. El artículo 1620 propugna porque deben preferirse las interpretaciones que dan eficacia a lo pactado sobre aquellas que se la niegan. Por último, la mejor interpretación de un contrato es aquella que mejor cuadre con su naturaleza. Y la naturaleza de la transacción es poner fin a las disputas", postura que defendió con la invocación de otro fallo de la Corte.

Así las cosas, el recurrente coligió que se equivocó el Tribunal cuando, de un lado, predicó la *"inexistencia del convenio de transacción aduciendo el hipotético incumplimiento de lo acordado"* y, de otro, cuando *"trastocó el convenio ajustado por las partes, en este caso una* ***transacción****, con la terminación del proceso como consecuencia de una* ***conciliación****"*.

7. Al cierre, argumentó la transcendencia del yerro imputado, toda vez que gracias a su comisión el *ad quem* dictó la sentencia confutada, *"en lugar de haber dado por terminado el proceso como indefectiblemente l*[e] *correspondía hacerlo"*.

CONSIDERACIONES

1. Tiene asidero la acusación, en la calificación como *"transacción"* que el recurrente hizo del documento militante

en los folios 176 a 188 del cuaderno No. 28, denominado *"ACUERDO DE CONCILIACIÓN"*, allegado por las partes en el segmento de la audiencia de conciliación surtida en segunda instancia, que se verificó el 31 de enero de 2008.

Con apoyo en esa tipificación, el impugnante le reprochó al Tribunal haber desconocido el alcance y los efectos propios de dicha convención, así como la improcedencia del fallo con el que desató los recursos de apelación que las partes interpusieron contra el de primera instancia.

2. Para no ir lejos, fuera de la razón principal para negar validez a lo alegado en este punto como error de procedimiento, podría también aducirse que el cargo se cae por su base, pues también es fácil concluir complementariamente que la transacción que se reclama no existió.

2.1. Ya se memoró y ahora se refrenda, que el referido documento fue allegado por el cesionario de los primigenios demandantes y la empresa accionada en la audiencia de conciliación verificada el 31 de enero de 2008; y que fueron dichos intervinientes quienes, al presentarlo, fijaron su naturaleza jurídica y alcance, en la medida que especificaron que se trataba de un *"principio de acuerdo"*, que sólo podría entenderse *"perfeccionado"* cuando se otorgaran y registraran las escrituras públicas mediante las cuales se verificaran las transferencias inmobiliarias a que él aludía y que únicamente, después de cumplidos esos pasos, era factible

comprender *"que existe conciliación, para ser aprobada por el Tribunal"*.

2.2. Independientemente de su contenido literal, es claro, entonces, según esas precisiones de las partes, que en dicho documento ellas plasmaron el ideal de conciliación al que querían llegar, por lo que se trataba de un mero proyecto de solución del conflicto y no un arreglo terminado.

2.3. Precisamente, porque se trataba de una simple intención de remediar el litigio, y no de una convención completamente finiquitada, fue que la empresa demandada, posteriormente, en la audiencia surtida el 8 de abril de 2008, le retiró su apoyo al manifestar, frente a la pregunta de *"si (…) mant*[enía] *los términos del preacuerdo suscrito el 31 de enero de 2008"*, que tenía *"algunas discrepancias"* en cuanto a él, y cambió la fórmula conciliatoria, para proponer que el Tribunal resolviera en equidad.

2.4. Extráctase de lo dicho que esa iniciativa, por ser tal, no se erigió como un contrato, propiamente dicho, y mucho menos de transacción, pues ese no fue el ánimo que las partes tuvieron al convenirla, propósito determinante al definir su naturaleza jurídica, pues como reza el artículo 1618 del Código Civil, *"*[c]*onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*, principio de interpretación aplicable a todo acto o negocio jurídico.

2.5. Añádese que dicho *"principio de acuerdo"*, en últimas, no recibió el concurso de la voluntad de la empresa aquí demandada, como ya se acotó, y que, por lo mismo, mal podría hablarse de su configuración como contrato, pues en su caso no se avizora el cumplimiento del artículo 1502 del Código Civil, según el cual *"*[p]*ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1o) …; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o)…; 4º)…."*.

3. Desvirtuada la existencia del contrato de transacción, en el que se fundó la acusación ahora examinada, ella queda signada por la derrota.

DEMANDA DE CACASIÓN DE LA ACCIONADA

CARGO PRIMERO

Se hizo consistir en el quebranto directo de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, por *"darle un sentido que no tiene"*; 1740 a 1742 y 1746 del Código Civil, por *"aplicación indebida"*; y 1491, 1495, *"1602 y ss"*, 2512, 2513, 2517, 2518, 2527 a 2529, 2531 y 2532 de la misma obra, por *"falta de aplicación"*.

Su autor, lo dirigió por la siguiente senda:

1. Memoró las razones en virtud de la cuales el Tribunal coligió que la promesa de compraventa sobre la que versaron las pretensiones de la demanda, no cumple las exigencias del numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en particular, que la condición a que esa disposición

hace referencia debe ser *"determinada"*, mientras que la expresada en la citada convención califica como *"indeterminada"*.

2. Reprochó que a la primera de tales inferencias, el *ad quem* hubiese llegado siguiendo la prédica contenida en un sentencia de la Corte, toda vez que en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia es un *"criterio*(…) *auxiliar de la actividad judicial"* y no una *"fuente formal de derecho"*.

3. Así las cosas, trajo el mandato del numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y resaltó que *"*[l]*a ley exige pues, la presencia de un plazo o de una condición, sin calificar a esta última"*, mucho menos, de determinada, clasificación que no está contemplada en la ley misma.

4. El entendimiento que el sentenciador de segunda instancia le dio al referido precepto, no obstante que corresponde a la interpretación que *"en varias decisiones anteriores"* adoptó esta Corporación, pero contrariando su precedente doctrina al respecto, riñe con los artículos 27 y 1620 del Código Civil, con *"el hecho de que por definición toda condición es indeterminada, en el sentido de que puede realizarse o no"* y con *"el principio general de interpretación de la ley que señala que allí donde el legislador no distingue, no le es permitido distinguir al intérprete"*.

5. A continuación, el censor sustentó la postura jurídica que planteó en la acusación, mediante la reproducción del concepto de algunos tratadistas nacionales

y foráneos, así como de un salvamento de voto a un fallo de la Corte en el que se sostuvo la tesis del Tribunal, análisis que lo llevó a sostener que *"la doctrina actual de la honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto del artículo 89 de la ley 153 de 1887, no obstante su respetabilidad, se ha convertido en una repetición mecánica de una posición asumida frente a un caso específico, que se hubiera podido justificar por particulares circunstancias de protección a un contratante débil o expuesto a una consecuencia monstruosa o contraria a la equidad"*; y que *"lo que es evidente en la regulación de la forma de la promesa de venta es definir la solemnidad del acto que conduce a la adquisición de la obligación de celebrar un contrato futuro, pero no, como se ha pretendido, caracterizar ese acto con calificaciones rituales de tal manera estrictas en aspectos de tan poca importancia como la fecha exacta, el sitio o la hora de celebración de contrato prometido, que hagan verdaderamente azarosa y excepcional la validez del acto"*.

6. Al final explicó la trascendencia del cargo y la forma cómo se produjo el quebranto de las normas que enlistó al inicio como infraccionadas.

CONSIDERACIONES

1. Dispone el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, reformatorio del 1611 del Código Civil:

> *La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:*

1a) Que la promesa conste por escrito;

2a) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil;

3a) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato;

4a) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

2. El Tribunal fijó el genuino sentido y alcance del numeral 3º de esa disposición, conforme a la doctrina que esta Corporación viene sosteniendo de tiempo atrás, según la cual, en síntesis, el carácter transitorio y solemne que distingue ese tipo de acuerdos; su finalidad, que no es otra que la celebración de una convención ulterior, esa sí definitiva; la circunstancia de que las obligaciones que de ellos emanan, son solamente de hacer; y la exigencia contemplada en el numeral 4º de la misma disposición, relativa a que en la promesa debe determinarse el contrato prometido de tal manera que para su perfeccionamiento solamente falte *"la tradición de la cosa o las formalidades legales"*, conduce a colegir que el plazo y/o la condición que se utilicen para fijar la época en que ha de realizarse el contrato prometido, deben ser determinados.

Ello *"por cuanto solo una condición de estas (o un plazo), permite la delimitación de la época en que debe celebrarse el*

contrato prometido. La de otra clase, precisamente por su incertidumbre total, deja en el limbo esa época, y con ella la transitoriedad del contrato de promesa que es una de sus características esenciales", toda vez que *"*(…) *'*(…) *bien se comprende que para cumplir tal exigencia no puede acudirse a un plazo indeterminado o a una condición indeterminada, porque ni el uno ni el otro, justamente por su indeterminación son instrumentos idóneos que sirven para cumplir el fin perseguido, que es el señalamiento o fijación de la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida' (Sentencia de Casación civil de 5 de julio de 1983, citada en G.J. N° 2423, pág. 284)"* (CSJ, SC del 22 de abril de 1997, Rad. n.° 4461).

3. En opinión del censor, ese laborío hermenéutico es inaceptable, por no ser propio del Tribunal sino la reiteración de la tesis más reciente de la Corte, con la que abrogó su propia doctrina anterior, sujeción conceptual que desconoce la voz del artículo 230 de Constitución Política, conforme al cual la jurisprudencia, no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Añadió que la tesis expuesta por esta Corporación, y que simplemente repitió el *ad quem*, vulnera el principio de interpretación de la ley consistente en que donde el legislador no distingue, no le es dable al operador de la norma hacerlo, puesto que el numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 simplemente exige la indicación de un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato prometido, *"sin calificar"* uno y otra, de donde no es factible inferir de ese mandato, que la condición de que allí se trata

debe ser *"determinada"*, clasificación que por lo demás no existe en la ley.

Igualmente observó, que dicho planteamiento vulnera los artículos 27 y 1620 del Código Civil y desvía el genuino propósito de la norma, que no es otro que *"definir la solemnidad del acto que conduce a la adquisición de la obligación de celebrar un contrato futuro"*.

4. Como con facilidad se aprecia, ninguna de las razones aducidas por el recurrente lleva a colegir que es necesario modificar la tesis jurisprudencial que en torno del verdadero sentido de la comentada norma viene, desde hace ya bastante tiempo, predicando y defendiendo esta Corporación.

4.1. La invocación que el Tribunal hizo de dicha doctrina para explicar su postura, no desvirtúa que ese sea su propio criterio y, por lo mismo, mal puede afirmarse que con esa actitud, el *ad quem* vulneró el sistema de fuentes contemplado en el artículo 230 de la Carta Política actual.

4.2. Por otra parte, señalar que como el numeral 3º del precepto que se comenta no indica expresamente que la condición a que alude deba ser determinada, afirmar tal cosa comporta el quebranto de la norma, es un planteamiento insuficiente para erosionar el criterio de la Sala, pues ésta, como ya se compendió, arribó a tal deducción soportada en diferentes elementos, fundamentalmente, la naturaleza y

finalidad del contrato de promesa, el carácter que tienen las obligaciones que él engendra y el mandato de su numeral 4º.

Es que como se dijo en tiempo mucho más reciente:

Por ser la promesa bilateral de celebrar un contrato un negocio jurídico de carácter preparatorio de otro futuro, su existencia es, por esencia, limitada en el tiempo. Ello se infiere de lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 153 de 1887, en cuyo enunciado general, en principio, se le priva de eficacia, salvo que se ajuste a todas y cada una de las exigencias que allí mismo se ordenan y describen, entre las cuales merece especial atención, en lo pertinente al presente caso, la de que, según el numeral 3° de la ley citada, deba contener 'un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato', es decir, que necesariamente bajo una de dichas modalidades, plazo o condición determinados, o ambas en combinación, pueden y deben las partes establecer cuándo se ha de celebrar o perfeccionar el ulterior contrato, esto es el prometido. Es obvio que si tales modalidades se consagran o combinan para obtener el efecto contrario, o sea, para dejar indeterminada tal época, la respectiva promesa no adquiere eficacia, pues no cumpliría cabalmente con la referida exigencia legal.

(…)

(…) *En tal virtud, cuando las partes acuden a señalar un plazo determinado para la celebración del contrato prometido, la verificación de la vigencia de la promesa se hace expedita y, sobre todo, la de su cumplimiento o incumplimiento. Pero si en lugar del plazo determinado aquéllas optan, como también es legalmente admisible, por sujetar la referida época a que ocurra un hecho futuro e incierto, de todas maneras debe establecerse un momento en que pueda constatarse el acaecimiento de la condición, que es lo que la erige como determinada, la cual corresponde, para decirlo con palabras de la Corte, a 'aquella que, sin perder sus caracteres de futura e incierta, ofrece la particularidad de que, si llega a realizarse, por*

anticipado se sabe cuándo o en qué época ha de suceder' (G.J. t, CLXXII, pag. 122).

Ciertamente, la cláusula respectiva, en el supuesto de cumplirse la condición, ha de ofrecer certidumbre respecto de la época en que el contrato prometido debería celebrarse; y en el evento de que la misma resulte fallida, ha de indicar otro momento preciso para la realización del negocio prometido o dar a entender que ya no hay lugar a exigir la prestación de hacer que de la promesa se deriva, quedando, por ende, desligadas las partes de todos los compromisos contractuales por ellas adquiridos; en otras palabras, correspondería contemplar una nueva oportunidad para el exacto cumplimiento, o que ella no va más allá, todo lo cual debe estar incluido o aparecer en la promesa misma, al punto de ser posible su identificación desde cuando se celebra o constituye el acto preparatorio.

Sobre el particular tiene dicho esta Corporación que 'Con relación al requisito previsto en el ordinal 3º de la mencionada disposición, por averiguado se tiene que dado el carácter preparatorio y transitorio del contrato de promesa, en cuanto su vida es efímera y destinada a dar paso al contrato fin, la condición, o el plazo, a que allí se alude compatible con la función que dicho contrato debe cumplir, es la que comporta un perfil determinado, por ser la única que permite delimitar la época en que debe celebrarse el contrato prometido, pues la otra, la indeterminada, 'por su incertidumbre total, deja en el limbo esa época, y con ella la transitoriedad del contrato de promesa que es una de sus características esenciales' (…) *(Sentencia de 23 de junio de 2002, Exp. 5295, no publicada aún oficialmente)* (CSJ, SC del 13 de mayo de 2003, Rad. n.° 6760; se subraya).

4.3. Como se ve, para la interpretación que se deja expuesta, la Corte aplicó el mandato del artículo 30 del Código Civil, en virtud del cual "[e]*l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*".

4.4. No se trató, ni se trata, de que el numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en sí mismo considerado, sea obscuro. Lo que observó, y observa la Sala, es que su aplicación exige armonizar el requisito que contempla con la naturaleza transitoria y solemne de la promesa, con su finalidad, que no es otra que la de servir de instrumento eficaz en procura de que se celebre el contrato prometido, y con la exigencia de su numeral 4º.

Con otras palabras, la Corte no desconoció el tenor literal de dicho mandato, ni hizo distinciones donde el legislador guardó silencio, ni cambió el sentido de las palabras del precepto, ni lo interpretó para tornarlo ineficaz, ni soslayó que toda condición es, por esencia, indeterminada, en el sentido de que se trata de un hecho futuro del que no se sabe si habrá de realizarse.

Su labor hermenéutica fue bien distinta. Partiendo de su contenido, tal y como fue concebido por el legislador, contextualizó el requisito que contempla con los demás elementos esenciales de la promesa, en procura de conseguir, por un parte, que ella en verdad sirva al propósito para el que fue concebida -la celebración de la convención ulterior- y, por otra, que no se convierta en un factor desestabilizador del negocio en últimas perseguido, en tanto que por no fijarse la época en que debe celebrarse el contrato prometido, las partes queden vinculadas indefinidamente a la convención preparatoria, sin poder concretar aquél.

Por eso la Sala, en la sentencia que acaba de memorarse, agregó: *"Si fuera posible pensar de otra manera se llegaría a la inaceptable conclusión de que pese a que falle la condición pactada, los contratantes quedaran atados a la promesa, con todo y que no pudieran establecer cuándo deben, por fin, acatar dicho acuerdo de voluntades, lo que vendría a significar que la exigencia prevista en el numeral 3° de la ley 153 de 1887 pasaría a ser mera entelequia, en detrimento de su razón de ser que estriba, precisamente, como ya se dijo, en que se consagre de modo exacto la vigencia del acto y, por ende, su transitoriedad que le es consustancial"* (*ibídem*).

4.5. Añádese que es inexacta la afirmación que hizo el censor, de que la clasificación de las condiciones en determinadas e indeterminadas, es legalmente inexistente.

Si el artículo 1550 del Código Civil, que integra el título IV (*"DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES"*) del Libro Cuarto (*"DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS"*), prevé que *"*[l]*as disposiciones del título 4º del libro 3º sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes"*, propio es entender, entonces, que estas últimas, las convenciones, igualmente se encuentran sometidas a esas normas, entre ellas, a los artículos 1139 y 1141, que a la letra rezan:

> *Art. 1139.- El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.*

Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.

Es incierto pero determinado si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

Finalmente es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case.

Art. 1141.- El día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición y se sujeta a las reglas de las condiciones.

La aplicación que por la advertida remisión puede hacerse de esos preceptos a *"las convenciones"*, cuando no pugnan con los artículos que preceden al 1550, relativos precisamente a las obligaciones *"condicionales"* y modales, da a entender que el legislador, pese a que no clasificó expresamente las condiciones en determinadas e indeterminadas, sí contempló las últimas, como aquellos sucesos futuros en relación con los cuales *"no se sabe si ha*[n] *de llegar, ni cuándo"*, dejando en claro que están caracterizadas por la más absoluta incertidumbre.

Así las cosas, no es cuestión aventurada ni caprichosa que la Corte, en las sentencias que se han ocupado de interpretar el numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, hubiese hecho referencia a las *"condiciones indeterminadas"* como aquellas que no sirven al propósito de fijar la época en que ha de celebrarse el contrato prometido, por cuanto respecto de ellas, a más de que no se sabe si

habrán de tener ocurrencia, como condiciones que son, de tenerla, se desconoce cuándo acaecerán.

5. El cargo no prospera.

DEMANDA DE CACASIÓN DE LA ACCIONADA
CARGO SEGUNDO

Con pie de apoyo en el primero de los motivos consagrados en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se aseveró aquí que el fallo combatido violó indirectamente los artículos 1494, 1495, 1602 y siguientes, 1740 a 1742 y 1746 del Código Civil, como consecuencia de los errores de hecho en que el Tribunal incurrió, al ponderar el material probatorio.

En respaldo del reproche, se consignaron los fundamentos que pasan a reseñarse:

1. La condición establecida en la cláusula quinta de la promesa de compraventa base de la acción, que el censor reprodujo, no acusa la vaguedad observada por el Tribunal, puesto que el registro de la partición de un proceso sucesoral que está en curso, como ocurría con el del causante Álvaro González Sierra, según se desprende de la copia de la escritura pública No.184 del 24 de febrero de 1982 de la Notaría Treinta y Dos de Bogotá que se aportó al proceso, y el *"lapso posterior a esa fecha dentro del cual debía llevarse a cabo el negocio prometido, son perfectamente determinadas"*.

2. De allí que *"la condición de que se iba a hacer pendiente la celebración del contrato prometido*[,] *era* (…) *de posible realización y bastaba para ello, que los promitentes vendedores interesados, estuvieran en capacidad de celebrar la escritura pública de venta"* con la prometiente compradora y que *"oportunamente dieran aviso de la culminación del proceso sucesorio una vez hecho el correspondiente registro de la partición correspondiente, momento a partir del cual corría un término completamente determinado, para acudir a la Notaría que debería ser señalada por reparto como la legislación de la época ordenaba"*, previsiones contractuales que *"deja*[n] *sin piso el argumento de la sentencia en el sentido de que la condición es indeterminada"*.

3. Lo anterior *"está respaldado y confirmado con otras condiciones de la promesa"*, que el Tribunal no tuvo en cuenta, a saber:

3.1. La entrega del 50% del precio al tiempo de su suscripción, puesto que dicho pago se hizo a título de *"arras simplemente confirmatorias"* y, por lo mismo, descartó toda posibilidad de retractación, según voces del artículo 1861 del Código Civil.

3.2. La multa de la cláusula décima, habida cuenta el mandato del artículo 867 del Código de Comercio, toda vez que allí, igualmente, se elimina la posibilidad del retracto.

3.3. Los intereses previstos en el misma cláusula quinta.

4. El *ad quem*, además, no apreció las cartas del 21 de marzo y 14 de agosto de 1984, 8 de abril, 10 de junio y 4 de septiembre de 1987, que aparecen en los folios 34 a 41, 203 y 204 del cuaderno principal, en la medida que con ellas se acreditó que pese a que los prometientes vendedores no dieron aviso de la culminación del respectivo proceso sucesoral, ellos y la prometiente compradora *"entraron en conversaciones para determinar la fecha de celebración del contrato prometido y discutieron los términos finales de la minuta de compraventa"*.

5. Tampoco ponderó y, mucho menos en conjunto con los anteriores elementos de juicio, la confesión de los actores, contenida en el interrogatorio de parte que absolvieron, consistente en que admitieron que ellos le dieron poder al doctor Roberto Uribe Pinto para que realizara esas conversaciones.

6. El comportamiento omisivo del Tribunal se extendió al testimonio del precitado profesional, quien reconoció haber suscrito la carta de agosto de 1984, que remitió al acueducto, *"comentando las cláusulas de la promesa y algunos aspectos topográficos dentro de las conversaciones adelantadas para llegar a un acuerdo"*.

7. En opinión del recurrente, las precedentes pruebas, conjuntadas, demuestran que *"la condición que había sido establecida en la promesa era perfectamente determinada, en el sentido de que bastaba simplemente que los promitentes vendedores fuesen leales a sus obligaciones contractuales para que*

surgiera claramente y con total nitidez, la época en que debía celebrarse el contrato prometido".

8. Al cierre, el censor se refirió a la transcendencia de la acusación.

CONSIDERACIONES

1. Para el Tribunal, la condición fijada en la cláusula quinta del contrato de promesa base de la acción es indeterminada, pues de *"su contenido literal resulta imposible extractar la época no solo cierta sino probable"* en que ella debía acaecer, toda vez que ni siquiera se precisó si el juicio a que allí se hace referencia estaba *"en curso o no"*, ni la *"etapa"* en que se encontraba, ni el *"tiempo estimado de duración del mismo"*.

Adicionalmente, para el sentenciador de segunda instancia, que no se estableciera *"un límite temporal para que el referenciado juicio sucesorio agotara su trámite"*, dejó a la deriva el término de *"los treinta (30) días subsiguientes, dentro de los cuales se verificaría el otorgamiento de la escritura pública pertinente"*.

2. Para el recurrente, esa estipulación es determinada, porque:

2.1. En este proceso se probó, con la aportación de la correspondiente escritura pública, la existencia del trámite

sucesoral al que ella hizo mención y, en consecuencia, que su terminación y el registro de la partición, sí eran factibles.

2.2. Otras estipulaciones de la promesa, desvirtuaron toda posibilidad de que los contratantes pudieran retractarse, en concreto, la del pago, en que se previó que la entrega del 50% del precio era a título de arras meramente confirmatorias, la de la multa por incumplimiento de los prometientes vendedores (punto décimo) y aquella en que se consagró el pago de intereses sobre el saldo (misma quinta).

2.3. Las partes adelantaron negociaciones con el propósito de fijar la fecha de celebración del contrato prometido y las condiciones finales de la minuta, lo que se acreditó con las cartas allegadas como prueba dentro del proceso; los interrogatorios de parte absueltos por los actores, en los que confesaron la autorización que dieron con ese fin al abogado Roberto Uribe Pinto; y el testimonio de este último, quien reconoció haber firmado tales misivas en representación de los actores.

3. La cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa ajustado entre las partes, es del siguiente tenor:

> *QUINTA.- La escritura pública por la cual se dé cumplimiento a esta promesa deberá otorgarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se registre la partición de bienes en la sucesión de* [Á]*lvaro González Sierra, en la Notaría del Círculo de Bogotá, a la cual sea repartida la minuta. Durante el término de un año contado a partir de la firma de esta promesa, EL PROMETIENTE COMPRADOR se obliga a pagar a LOS PROMETIENTES VENDEDORES,*

intereses anuales del veinticuatro por ciento (24%), sobre el saldo adeudado o sea la suma de SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($750.000.00) M/Cte. Estos intereses correspondientes a un año serán pagados por anticipado, una vez legalizada esta promesa. En caso de que durante el término de un año no se haya otorgado la escritura correspondiente, por no haberse terminado el [j]*uicio de* [s]*ucesión, EL PROMETIENTE COMPRADOR pagará a LOS PROMETIENTES VENDEDORES intereses del diez y ocho por ciento (18%) anual, durante seis (6) meses, pagaderos por trimestres vencidos. Si durante este nuevo plazo no se otorgare la escritura, por no haberse terminado el* [j]*uicio de* [s]*ucesión, EL PROMETIENTE COMPRADOR no pagará ninguna clase de intereses a LOS PROMETIENTES VENDEDORES.*

4. Independientemente de cualquier otra consideración, es lo cierto que con base en la referida estipulación, no era posible determinar la época en que debía celebrarse el contrato prometido, puesto que, de un lado, no se sabía si el hecho consistente en la terminación del juicio sucesoral a que ella aludió, en verdad sucedería; y, de otro, de ser así, cuándo.

Sin más, entonces, hay que concluir que en ningún error y, menos aún, en uno manifiesto, incurrió el Tribunal cuando, respecto de esa específica previsión contractual, coligió que *"de su contenido literal resulta imposible extractar la época no solo cierta sino probable del acaecimiento de la condición"* y, en tal virtud, calificó la misma como indeterminada.

5. Ahora bien, como el carácter determinado o indeterminado de la condición utilizada sólo puede deducirse de ella misma, esto es, atendiendo únicamente la manera

como fue consagrada en el contrato, debido al carácter solemne de la promesa, que permea todos sus requisitos esenciales, ningún alcance jurídico tienen, a efectos de calificar la que se previó en la cláusula quinta atrás transcrita, de un lado, las otras estipulaciones contractuales mencionadas por el censor, de las que dedujo que las partes no podían retractarse de la promesa que convinieron; y, de otro, las negociaciones que ellas adelantaron con posterioridad a su celebración, dirigidas a fijar la época de celebración de la compraventa que en definitiva perseguían, argumento que confirma la indeterminación de este elemento en el contrato preparatorio.

Mal podría estimarse que la comentada cláusula quinta del contrato de promesa examinado sí servía al propósito de fijar la época en que habría de celebrarse el contrato prometido, con base en esos otros elementos de juicio, que le son ajenos, puesto que, como lo tiene dicho la Corte, *"la calificación de condición determinada debe surgir del propio contrato de promesa, o sea desde el momento mismo de su celebración, pues es allí donde debe quedar plasmada la condición 'con todos los atributos propios de su naturaleza', porque como antes se anotó, el lapso temporal dentro del cual debiera ocurrir el evento incierto debe quedar 'determinado de antemano'"* (CSJ, SC del 22 de abril de 1997, Rad. n.° 4461).

En la otra sentencia ya citada, sobre el aspecto ahora comentado, se puntualizó:

Justamente, el que la ley exija un plazo o una condición determinados que sirva para fijar la época de celebración del contrato prometido está indicando a las claras que la promesa apenas es un acto jurídico instrumental efímero y que por consiguiente, su vigencia, además de provisional, debe estar plasmada con exactitud en el escrito que la contiene, de tal manera que no deje márgenes de duda en cuanto a su efecto temporal transitorio.

Lo anterior acompasa con el carácter solemne de la promesa, que implica que la satisfacción de todos los requisitos que la ley consagra para que produzca efectos figuren en ella misma, puesto que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, 'Los caracteres que en nuestro derecho tiene la promesa de contratar, constitutiva en sí misma de una convención, le dan la naturaleza de un contrato solemne porque para su perfeccionamiento y validez se requieren condiciones especiales sin cuya concurrencia no produce obligación alguna, entre las cuales la primera es la exigencia de que conste por escrito. Estos requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de vínculos jurídicos, son condiciones ad probationem. En el caso del art. 89 que acaba de citarse, la forma escrita de la promesa de contratar se exige ad substantiam actus, como requisito especial para la validez del contrato que junto con las demás condiciones requeridas, integra el conjunto de formalidades especiales, sin las cuales no produce ningún efecto civil, como está dicho en el art. 1500 del C.C. al definir el contrato solemne' (G.J. t, LII, pag 19)" (CSJ, SC del 13 de mayo de 2003, Rad. n.° 6760).

6. En este contexto, mal podría admitirse que el Tribunal, al juzgar de indeterminada la condición fijada en la ya tantas veces citada cláusula quinta, pretirió esos otros elementos de juicio invocados por el censor, pues ellos, se reitera, carecían de alcance con ese fin.

7. Resulta por consiguiente frustránea la acusación.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA ACCIONADA
CARGO CUARTO

Le imputó al Tribunal la vulneración indirecta de los artículos 1494, 1495, 1602 y siguientes, 1740 a 1742, 1746, 1752 y 1753 del Código Civil, en razón de los errores de hecho que cometió al valorar las pruebas indicadas por el recurrente, que lo *"llevaron* (…) *a considerar que no estaba probado que posteriormente a la celebración de la promesa de compraventa que sirve de base a la demanda, las partes directamente o a través de apoderado ratificaron sus compromisos emanados de la misma y discutieron los términos definitivos del contrato prometido"*, que en últimas no se concretó, *"por la sola voluntad de los promitentes vendedores"*.

1. En sustento del cargo, el recurrente esgrimió idénticas razones a aquellas con las que fundamentó el segmento final del cargo segundo, compendiadas en los numerales 4° a 6° del resumen que se hizo de esa acusación.

2. Añadió que las partes, por lo tanto, *"hicieron caso omiso de cualquier supuesto vicio del acto de promesa celebrado y, habiendo transcurrido ya buen tiempo sin que se suscribiera el contrato prometido, por escrito, en correspondencia intercambiada, discutieron los términos de la minuta del contrato prometido, en el entendido de que una vez acordados esos términos se procedería al otorgamiento de la escritura, proceso que se frustró nuevamente ante el silencio de los promitentes vendedores que se manifiesta ante la falta de respuesta de los posteriores requerimientos hechos por la empresa demandada"*.

3. Y concluyó que si el Tribunal hubiera visto *"el acto de ratificación"* de la promesa, *"producido a través de comunicaciones cruzadas entre las partes, no hubiera declarado la nulidad del mismo, puesto que cualquier nulidad en ese sentido estaría saneada"*, lo que los habría llevado a confirmar la sentencia desestimatoria emitida en primera instancia.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal descartó la ratificación de la promesa de compraventa por parte de sus celebrantes y, consecuencialmente, el saneamiento de la invalidación solicitada, en razón a que estimó que para que ello hubiese acontecido *"expresamente, debió la ratificación someterse a las mismas solemnidades a que está sometido el contrato afectado y que se ratifica (art. 1753 C.C.), esto es, era indispensable que la manifestación de ratificación constara por escrito, superando la falencia presentada, que en caso de autos era, incuestionablemente, indicando la época en que se otorgaría la escritura de compraventa que perfeccionara el contrato prometido, lo cual no se acreditó por la pasiva"*.

Igualmente negó que la convalidación se realizara tácitamente, *"en la medida que ello se da con la ejecución voluntaria de la obligación contraída (art. 1754 ibídem), la cual en modo alguno se presentó en este asunto, por cuanto los promitentes vendedores no se allanaron al otorgamiento de la escritura de compraventa del inmueble, que era la obligación contraída en el contrato afectado de nulidad"*.

2. El recurrente, sin tener en cuenta esa argumentación, predicó que la ratificación se produjo como consecuencia de las negociaciones que, mucho después de la celebración de la promesa, los contratantes adelantaron con el propósito de que se suscribiera la escritura de compraventa que materializara el negocio buscado por ellas, intento que a su propio decir *"se frustró nuevamente ante el silencio de los promitente vendedores"* y que se comprobó con las cartas que identificó, con los interrogatorios absueltos por los demandantes, en los que confesaron haber dado poder al doctor Ricardo Uribe Pinto para su realización, y con el testimonio de este último.

3. Del sólo contraste de unos y otros planteamientos, los del Tribunal y los del censor, se concluye el desenfoque del cargo, pues sin confutar las genuinas razones que condujeron al Tribunal a colegir que no hubo ratificación, esgrimió unas paralelas, que en su sentir son indicativas de ello.

Resultado de ese proceder del impugnante, es que los referidos fundamentos de la sentencia sigan incólumes y que, en virtud de su firmeza, no haya espacio para evaluar el acierto del censor.

4. Pero es que ni siquiera forzando el enfrentamiento de la tesis del impugnante con la del *ad quem*, esta última se cae.

Es que así se admitiera la plena comprobación de que los contratantes buscaron, luego de la celebración de la promesa, que el contrato que ella instrumentó se perfeccionara, seguiría gravitando la exigencia del Tribunal de que por versar la ratificación sobre un contrato solemne, ella debía constar por escrito, inferencia que obtuvo respaldo en el mandato del artículo 1753 del Código Civil, escrito que echó de menos y que, ciertamente, no aparece en el proceso.

Igual acontece con la ratificación tácita. El Tribunal, a la luz del artículo 1754 *ibídem*, infirió que su ocurrencia sólo se presenta con *"la ejecución voluntaria de la obligación contratada"*, sin que en el caso *sub lite* se hubiere otorgado el contrato de promesa de compraventa prometido, pues como ya se registró, las negociaciones esgrimidas por el censor no dieron ningún fruto, amén que en la demanda, de forma subsidiaria, se solicitó la resolución de la promesa precisamente porque el contrato que en definitiva pretendían las partes, no se realizó.

5. Ninguna posibilidad hay, pues, para que el cargo se acoja.

DEMANDA DE CASASIÓN DE LA ACCIONADA
CARGO TERCERO

Al igual que en la censura anterior, se denunció la sentencia combatida por violar indirectamente las mismas normas allí precisadas y los artículos 762, 2512, 2513, 2517, 2518, 2527 a 2529, 2531 y 2532 del Código Civil, debido a

los errores de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso en que incurrió el *ad quem*, desatinos que lo llevaron a sostener equivocadamente que la entrega que se hizo del inmueble prometido en venta, fue de su mera tenencia, y no de la posesión.

Luego de memorar los fundamentos que a ese respecto explicitó el sentenciador de segunda instancia en su fallo, el recurrente afirmó que *"la entrega anticipada en desarrollo de una promesa de venta transfiere posesión y no solo mera tenencia"* y, con base en tal idea, expuso los siguientes planteamientos, con los que sustentó la acusación:

1. Recabó en que la postura del Tribunal al respecto, obedeció a la adopción por su parte, sin criterio propio, de la tesis que sobre ese particular viene predicando esta Corporación desde 1975, con la que cambió la que tenía anteriormente, que admitía que la entrega derivada de una promesa de contratar, otorgaba posesión.

2. Estimó que la argumentación que sostiene la referida doctrina actual *"es falsa, si se tiene en cuenta que en Colombia no existen títulos traslaticios de dominio, ya que por definición los títulos solo generan derechos personales; la adquisición de los derechos reales requiere siempre necesariamente la realización de un modo de adquirir que complemente el título y permita la adquisición, transferencia o constitución de un derecho real como es el dominio"*, exposición que sustentó con el concepto de un autorizado tratadista nacional.

3. Añadió que *"la entrega que se hace en desarrollo de una promesa de venta es el cumplimiento anticipado de una de las obligaciones que en el caso de la compraventa, genera el contrato prometido, no la promesa. Por eso la significación de la entrega que se hace con base en lo pactado en una promesa, no tiene estrictamente relación con la promesa que solo genera obligaciones de hacer, y sus consecuencias deben analizarse independientemente"*, precisión que igualmente respaldó en la opinión de otro autor vernáculo, cuya obra reprodujo a espacio.

4. Tras advertir que la Corte, en diferentes épocas, ha sostenido las dos tesis, el impugnante reconoció su adhesión sin reservas a la de *"la posesión, en desarrollo de todos los criterios que tradicionalmente han defendido esta figura por encima de los formalismos documentales y en defensa de los derechos que genera el trabajo creador de las personas sobre los bienes. Como respuesta al logicismo jurídico que encarna la tesis de la mera tenencia, la de la posesión en cambio previene cumplidamente la injusticia involucrada en situaciones en desarrollo de las cuales, incluso ante una manifiesta mala fe contractual que impide a veces la celebración del contrato prometido en forma oportuna y se suma a un abandono de muchos años del inmueble en disputa por parte de su propietario inscrito, se adelantan reclamos cuantiosos que amenazan con causar severos perjuicios a personas que, por el contrario, por el mismo lapso, han actuado sobre los bienes sin ninguna duda, como dueños absolutos, inequívocamente con el ánimo de tales, requiriendo continuamente del mencionado propietario inscrito lo que es una simple regularización formal de los títulos"*.

5. Reiteró la inexactitud de la prédica actual de la Sala, por estar fincada en el concepto de título traslaticio de dominio, toda vez que de ellos únicamente se desprenden obligaciones y explicó: *"desde ese punto de vista, dentro de un proceso de negociación complejo en el que se incluyen promesa, contrato prometido y modo de adquirir, promesa y contrato prometido son igualmente títulos y ninguno de los dos tiene la virtualidad de transferir el dominio; en el plano de la intención de las partes, la intención en una y en otro es idéntica, a saber: poner en marcha la ejecución de una serie de actos jurídicos que lleguen a producir la transferencia del derecho de dominio. Nada importa que esa intención sea menos próxima en la promesa cuando, por otra, parte, es bien claro que si las partes optan, la una por entregar anticipadamente la cosa y la otra por recibirla también en forma anticipada, lo que están haciendo es anticipar, como ya se dijo, las prestaciones propias del contrato prometido y, con ello, por lo menos uno de los elementos fundamentales de la tradición como modo de adquirir"*.

6. En punto de la significación del ataque, el censor puso de presente que si el Tribunal hubiese admitido que la entrega del inmueble a la demandada comportó la transferencia de su posesión, tenía que concluir que ella sí estaba en capacidad de ganar el dominio del inmueble *"por prescripción adquisitiva (…) y así lo habría declarado, calificando como probada la excepción"* que en tal sentido se propuso.

CONSIDERACIONES

1. Cuatro, en concreto, fueron los argumentos que el Tribunal adujo para negar la prescripción adquisitiva que la

accionada, al contestar la demanda, esgrimió en su favor, a saber:

1.1. La ley, al momento de la formulación de dicha defensa, no autorizaba que ella pudiera proponerse como excepción.

1.2. Si a la luz de la Ley 791 de 2002, se aceptara la procedencia de esa alegación en la forma como se planteó, de todas maneras no podría salir avante, por cuanto la demandada no es poseedora del inmueble materia de la litis, toda vez que se hizo a él en virtud de la promesa de compraventa que celebró con los primigenios demandantes, sin que en dicho contrato se hubiere previsto de forma clara y concreta que la aprehensión material del bien por parte de la prometiente compradora fuera con ánimo de señor y dueño, postura con la que acogió el criterio jurisprudencial que al respecto viene predicando esta Corporación, conforme al cual, la entrega anticipada de lo que se promete en venta, concede a quien recibe la mera tenencia de la cosa, salvo que se hubiere convenido expresamente la transferencia de la posesión.

1.3. Incluso, de contemplarse la posibilidad de que la accionada hubiese modificado su posición frente al bien, de mera tenedora a poseedora, no se configuró la prescripción adquisitiva, porque la prescripción aplicable sería la extraordinaria, por carecer aquélla de un justo título, modalidad que exige una posesión de veinte años, término *"que para la fecha en que se notificó la demandada, no había*

transcurrido, toda vez que entre 1977 (fecha de suscripción de la promesa) y 1991 (fecha de presentación de la demanda), solo mediaban catorce (14) años".

1.4. En el supuesto anterior, la prescripción no alcanzó siquiera el indicado tiempo, habida cuenta que *"para el año 1987, esto es a escasos cuatro (4) años antes de iniciarse esta acción"*, la accionada *"persistía en su condición de tenedora, reconociendo aún para esa calenda el dominio de los promitentes vendedores; como se desprende de las documentales allegadas como pruebas, que dan cuenta de los requerimientos que la entidad hacía a éstos, en procura de que suscribiesen la escritura de compraventa correspondiente que le transfiriera el dominio"*.

2. Con el propósito de que se tenga *"como probada la excepción de prescripción propuesta"*, el recurrente opuso al raciocinio del Tribunal el cargo que ahora se analiza, en el que, *"debido a errores manifiestos y trascendentes de hecho en la apreciación de las pruebas"*, denunció la infracción indirecta de los preceptos sustanciales indicados en la introducción del mismo, cuestionamiento que sustentó, exclusivamente, con la crítica que hizo a la referida tesis jurisprudencial, que desde 1980 preconiza esta Corporación.

3. De entrada, se observa grave falla técnica en la acusación, pues pese a que, como acaba de destacarse, mediante ella se denunció la infracción indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de la comisión de yerros fácticos al ponderarse el material probatorio, es lo cierto que en la sustentación del ataque no se singularizaron los medios

de convicción sobre los que recayeron esos desatinos y, menos aún, se comprobaron los errores de hecho que se atribuyeron al *ad quem*, omisión del censor que fue absoluta, pues a lo largo de la acusación no hizo la más mínima mención a los elementos de juicio recaudados en el proceso, ni a su contenido objetivo, ni a las inferencias que de ellos extrajo o debió obtener el sentenciador de segunda instancia.

Es que, como ya se apuntó, la fundamentación del cargo se circunscribió a controvertir la postura que, con apego a la jurisprudencia, adoptó el Tribunal sobre el efecto jurídico de la entrega anticipada de un bien prometido en venta, sin ocuparse, para nada, de las cuestiones fácticas debatidas en el litigio.

Las falencias detectadas, frustran el reproche examinado.

4. En procura de que el cargo cumpla el fin para el que se propuso, es del caso interpretarlo, en el sentido de entender que él, en verdad, imputó el quebranto directo de los preceptos de linaje sustancial explicitados en su comienzo y que, por consiguiente, la mención que contiene de que esa infracción fue indirecta, no pasa de ser un error de mera transcripción.

Pese a lo anterior, la acusación no está llamada a prosperar, por las razones que siguen a elucidarse:

4.1. Es ostensible que ella luce incompleta, pues de los cuatro argumentos que el Tribunal invocó para desestimar la excepción de prescripción adquisitiva, atrás relacionados, el recurrente sólo combatió el segundo.

Nada dijo sobre la improcedencia de esa alegación como excepción; ni sobre la insuficiencia del tiempo de la posesión, de admitirse que la misma comenzó desde la fecha de celebración de la promesa; ni de la reducción de ese tiempo, debido al reconocimiento que en el año 1987 la demandada hizo de los actores como dueños del inmueble, al requerirlos para que otorgaran en su favor la escritura de venta prometida.

Cada uno de esos planteamientos, que al no haber sido combatidos en casación se mantiene en pie, brindan suficiente apoyo a la sentencia de segunda instancia, la cual, por ende, no puede derrumbarse.

4.2. El silencio que el censor guardó frente al tercero y cuarto de los advertidos fundamentos, tornó su reproche intrascendente, toda vez que así se admitiera que la posesión de la demandada comenzó desde la fecha misma de la entrega, cuya realización coincide con la fecha de celebración de la promesa de compraventa, no habría cómo casar la sentencia combatida, pues ese supuesto constituye, precisamente, el primero de tales argumentos, el cual, al no haber sido cuestionado en el recurso extraordinario, deviene intangible para la Corte, tornando inane la acusación, en tanto que frente a ella, habría que colegir, como esa

autoridad lo predicó, que la posesión de la accionada no alcanzó para que se configurara la prescripción extraordinaria, pues, en principio, sólo se extendió por el lapso de catorce años, tiempo que se redujo a cuatro, toda vez que en 1987 la accionada reconoció el dominio de los demandantes.

4.3. Si lo anterior no fuera suficiente, examinado en el fondo el cargo, se encuentra:

4.3.1. De manera consistente, la Corte, de hace ya algo más de tres décadas, viene sosteniendo que *"*[c]*uando el prometiente comprador de un inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el prometiente vendedor, a quien por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida. Para que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el promitente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador"* (CSJ, SC del 24 de junio de 1980, G.J. t. CLXVI, págs. 51 y 52).

4.3.2. Y se dice que en forma consistente, pues no obstante el paso del tiempo, la tesis de la Corte no sólo se ha

mantenido sin fisuras sino que, si se quiere, se ha robustecido, como lo acredita el siguiente fallo, relativamente reciente, en el que no sólo se reitera dicho criterio, sino que se ofrecen argumentos que por sí solos, desvirtúan la acusación examinada:

> *En este contexto, la noción legis de posesión, de suyo y ante sí, presupone no reconocer dominio ajeno, por cuanto es 'la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño…', o sea, la detentación real, física, material u objetiva de un bien (corpus) con designio e intención de señorío (animus), ser, comportarse o hacerse dueño (animus domini, animus remsibi habendi) (cas. civ. sentencias de 13 de marzo de 1937, XLIV, 713; 24 de julio de 1937, XLV, 329; 10 de mayo de 1939, XLVIII, 18; 9 de noviembre de 1956, LXXXIII, 775; 27 de abril de 1955, LXXX, 2153, 83), por lo cual, el reconocimiento de esta calidad a otro sujeto, la excluye por antinómica e incompatible.*
>
> *Contrario sensu, la promesa de compraventa, per se, envuelve reconocer dominio ajeno, pues en su virtud, las partes contraen recíprocamente la prestación calificada de hacer consistente en la celebración del posterior contrato definitivo de compraventa, por cuya inteligencia se obligan a transferir y adquirir la propiedad del dueño (titulus), lo que se produce con la tradición (modus), resultando elemental por ineludibles principios lógicos, el reconocimiento de esa calidad, que por su naturaleza y concepto legal, es incompatible con la posesión.*
>
> *El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (pactum de contrahendo o pactum de ineiundo contratu), en efecto, genera esencialmente (esentialia negotia), una prestación de hacer, su función es preparatoria e instrumental, proyecta y entraña la obligación de estipular en un futuro determinado otro contrato diferente en sus elementos, naturaleza, función y efectos.*

No obstante, la figura legis, admite pactos expresos (accidentalia negotia) y en desarrollo de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes, nada se opone a la ejecución anticipada de algunas prestaciones propias del contrato definitivo, verbi gratia, tratándose de promesa de compraventa, en el tráfico jurídico negocial, es frecuente el pago anticipado de todo o una parte del precio y, también, es usual la entrega anticipada del bien, incluso a título de posesión.

Con estos lineamientos, la Sala de antiguo, partiendo de la natural distinción, estructura nocional y funcional entre el contrato preliminar, el contrato definitivo, y la posesión, tiene dicho 'que la promesa de compraventa y la posesión material que ejerza uno de los promitentes compradores al momento de la celebración de la misma, no son incompatibles, pues no siempre la celebración de la primera establece, modifica o extingue la segunda, tanto más si se tiene en cuenta que la entrega anticipada del bien prometido en venta, que en la praxis de la promesa suele pactarse, no viene a ser sino una cláusula adicional que está referida a las obligaciones propias del contrato prometido, y, por tanto, sin incidencia inmediata en el suceso de la posesión material' (SR-078 de 1996, subrayas ajenas al texto); '…el preliminar, es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real, esto es, no envuelve hipótesis de adquisición originaria o derivativa, traslaticia o constitutiva del derecho real de dominio y, por tanto, 'no es título traslaticio (…) *acto de enajenación que genere obligaciones de dar' (cas. marzo 22/1979 reiterada en cas. marzo 22/1988 y cas. mayo 8/2002, exp. 6763; G. GABRIELLI, Il Contratto Preliminare. Giuffrè Editore. Milán. 1970, pp. 1 y 2; ID, Contratto preliminare, in Enc. Giur., Roma, 1997; F. MESSINEO, Contratto Preliminare. EdD., X. Giuffrè Editore. 1962, 167), porque la obligación de hacer 'no va destinada a la mutación del derecho real' (CLIX, pág. 88) y '…por sus mismas connotaciones funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta futura de*

los contratantes ... no resulta eficaz, para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que se repite, esa tipología de negocio preparatorio tan solo origina una obligación de celebrar -in futurum- el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede -por definición- ser traslativo o constitutivo de derechos' (cas. civil, mayo 8/2002, exp. 6763; A. CHIANALE, Contratto preliminare, in Digesto Discipline privatistiche, Sez. Civile, 276; P. FORCHIELLI, Contratto preliminare, Nov. Dig., Torino, 1959, IV, 683). Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo. Con todo, las partes, accidentalia negotia, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan 'otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se avienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran venero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer' (cas. marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759). Por esa vía, se llega a dar alcance a obligaciones diferentes, las cuales, desde luego, generan efecto vinculante y deben cumplirse en un todo conforme a lo estipulado. El problema, sin embargo, vuelve a plantear la autonomía de ambos tipos negociales según la mayor o menor amplitud del contenido accidental, pues, en el esquema del contrato preliminar, las partes están obligadas a estipular el definitivo cuyas prestaciones están subordinadas a su celebración y son inherentes a su naturaleza, estructura y función, por lo cual, no deben antelarse in integrum. Nada obsta, empero, estipular el cumplimiento anticipado de algunas prestaciones del contrato posterior. En fin, 'la promesa de compraventa genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio (cas. sentencia de 7 de febrero de

2008 [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, subrayas de ahora); la simple entrega sin ninguna otra indicación, 'supone, en términos generales, el reconocimiento de dominio de otro, en la medida en que quien por ella pretende adquirir parte de la obvia admisión de su carencia de derecho. Esa es la inteligencia que la figura muestra en principio, sin perjuicio de que se admita la posibilidad de salvedades que, en el ámbito propio de las convenciones, pueden acontecer, como sería el caso en que con explicitud rotunda se exprese en ella la entrega material acompañada del ánimo de dueño, circunstancia que '…puede generar o derivar una posesión inmediata, si es inequívoca la declaración de las partes en ese sentido…' (sentencia de 26 de junio de 1986, G. J. CLXXXIV, pág. 95). De esa suerte se derribaría la consideración contraria y se permitiría estimar poseedor a quien prometió comprar' (cas. civ. sentencia de 9 de noviembre de 2009, exp. 15759-3103-001-2003-00043-01), pues 'cuando el prometiente comprador de un inmueble lo recibe por virtud del cumplimiento anticipado de la obligación de entrega que corresponde al contrato prometido, toma conciencia de que el dominio de la cosa no le corresponde aún; que de este derecho no se ha desprendido todavía el promitente vendedor, a quien, por tanto el detentador considera dueño, a tal punto que lo requiere para que le transmita la propiedad ofrecida' (CLXVI, 51), la promesa no es por sí misma 'un acto jurídico traslaticio de la tenencia o de la posesión del bien sobre el cual ella versa' (CCXLIII, 530), salvo 'que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el promitente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa' (CLXVI, 51), y para 'que la entrega de un bien prometido en venta pueda originar posesión material, sería indispensable entonces que en la promesa se estipulara clara y expresamente que el prometiente vendedor le entrega al futuro comprador en posesión material la cosa sobre la cual versa el contrato de promesa, pues sólo así se manifestaría el desprendimiento del ánimo de señor o dueño en el prometiente vendedor, y la voluntad de adquirirlo por parte del futuro comprador' (G. J., t. CLXVI, pág. 51).

> *Por consiguiente, cuando los promitentes contratantes anticipando el cumplimiento del contrato prometido, en forma clara, explícita e inequívoca no estipulan expressis verbis en cláusula agregada a propósito la entrega antelada de la posesión de la cosa prometida en compraventa, se entiende entregada y recibida a título de mera tenencia, porque al prometerse con la celebración del definitivo, transferir y adquirir la propiedad de su dueño, se reconoce dominio ajeno, y tal reconocimiento, excluye la posesión* (CSJ, SC del 30 de julio de 2010, Rad. n.° 2005-00154-01; se subraya).

4.3.3. Con posterioridad, la Corte ha reiterado dicho criterio, entre otras, en las sentencias SC 7004 del 5 de junio de 2014 (Rad. n.° 2004-00209-01), SC-16993 del 12 de diciembre de 2014 (Rad. n.° 2010-00166-01) y SC 10825 del 8 de agosto de 2016 (Rad. n.° 2011-00213-01).

4.3.4. Como se extracta de ese pasaje de la sentencia atrás reproducida y se explica a continuación, ninguno de los argumentos explicitados por el censor, tiene la virtud de resquebrajar esa sólida doctrina.

a) La circunstancia de que todo título, particularmente el contrato, únicamente esté llamado a producir obligaciones, sin que, por sí sólo, provoque la tradición de los derechos reales, no desvirtúa la existencia de unos que tienen por objetivo servir a esa finalidad y que, por ende, bien pueden recibir la denominación de *"traslaticios de dominio",* que por su naturaleza obligan a transferir el dominio pero que por sí mismos no lo hacen.

Al respecto, debe llamarse la atención sobre el mandato del artículo 745 del Código Civil, según el cual *"*[p]*ara que valga la tradición se requiere de un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.";* y esto por oposición a los que solo obligan a entregar la tenencia y no el dominio como el arrendamiento o el comodato.

Es inocultable la función que el título presta en la circulación de los bienes, temática en relación con la cual cabe recordar que:

> (…) *Título y modo son dos conceptos claramente diferenciados en el ordenamiento jurídico patrio, que no pueden ser confundidos so capa de la complementariedad que existe entre ellos. El primero, a no dudarlo, cumple la función de servir de fuente de obligaciones, por lo que, desde la perspectiva del acreedor, únicamente lo hace titular de derechos personales. De él es ejemplo elocuente el contrato (art. 1495 C.C.). El segundo, por el contrario, guarda relación con los mecanismos establecidos en la ley para adquirir un derecho real, entre los que se cuenta la ocupación, la accesión, la tradición, la usucapión y la sucesión por causa de muerte (art. 673 ib.).*
>
> *De allí, entonces, que el simple título -en Colombia- no afecte derecho real alguno, por ejemplo, la propiedad, pues apenas si genera, en el caso de los llamados títulos traslaticios (inc. 3º, art. 765 C.C.), la obligación de hacer dueño al acreedor, por el modo de la tradición (arts. 740, 654 y 756, ib.). Pero éste, a su turno, tampoco se basta para demostrar el dominio sobre una cosa, dado que la propiedad requiere la conjunción de uno y otro, al punto que el artículo 745 del Código Civil establece que 'Para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.'.*

Sobre este particular ha expresado la Sala que el 'título no dice sino que un sujeto se obligó; que restringió su libertad en la medida que hoy está sujeto a una determinada actitud, que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa. El que contrata, es cierto, simplemente es un contratante; hay que suponer que allí necesariamente surgieron obligaciones, pues que el contrato es por antonomasia, bien pudiera decirse, la gran fábrica de las obligaciones. Hasta ese momento para nada se ha rozado el concepto del derecho real; porque para que éste brote o simplemente mude, es menester que ocurra algo más que el simple título: en términos concisos, que quien resultó obligado por ese titulo, cumpla; esto es, extinga la obligación. Así, el vendedor, el mero contratante, no hace que el dominio se radique desde ya en cabeza del comprador, porque hasta allí no han realizado más que el simple título. Ese algo más, que de menos se echa, es que el vendedor cumpla la obligación de transferir el dominio; lo que acontecido válidamente, toma el nombre de tradición, que es precisamente el modo que hasta entonces se echaba de menos. Por manera que solamente cuando a la realización del título se suma la del modo, prodúcense ahí sí consecuencias jurídicas en punto de los derechos reales. El propietario anterior, quien entre tanto era apenas vendedor, al realizar el modo de la tradición, deja de serlo, porque tal derecho real de dominio se ubica entonces en cabeza del adquiriente, quien, correlativamente, en el entretanto, no fue más que un mero comprador o simple contratante' (cas. civ. de. 20 junio de 2000. Cfme: Sentencias Nos. 031 de 6 de mayo/98; 084 de 29 de septiembre/98; 020 de 9 de junio/99 y 029 de julio 29/99) (CSJ, SC del 16 de diciembre de 2004, Rad. n.° 7870).

Reconocer la existencia de títulos traslaticios de dominio, no traduce admitir que ellos, sin más, tienen la virtud de mudar el derecho de propiedad que se tiene sobre las cosas, como parece entenderlo con desacierto el recurrente.

Significa aceptar que hay títulos de los que se desprende la obligación de efectuar la tradición en favor del otro, que son indispensables para que la mutación que en cumplimiento de ellos se realice, sea, en definitiva, válida.

De suyo, entonces, cuando la Corte, en desarrollo de la jurisprudencia que se comenta, observa que la promesa de contratar y, más exactamente, la de vender, no es un título traslaticio de dominio, lo que hace es destacar que esa tipología contractual no genera la obligación de efectuar la tradición del bien cuya enajenación se prometió, lo que explica que la entrega que en virtud de ella se realice, no implica para el prometiente vendedor, desprenderse del citado derecho real y para el prometiente comprador, adquirir la posesión del respectivo bien.

b) A lo anterior se agrega otra inconsistencia de la censura. Confunde la promesa, con el contrato prometido, lo que es inaceptable desde todo punto de vista, pues pese al ligamen que los une, se trata de negocios jurídicos autónomos e independientes, cada uno con fisonomía, naturaleza y objetivos propios, como se señaló en el fallo reproducido en el punto 4.3.2. precedente.

Así las cosas, mal puede sostenerse que con la entrega anticipada del bien que promete enajenarse, se cumple una obligación propia del contrato de venta, pues éste, al momento de la realización de aquella, no existe jurídicamente, porque aún no se ha celebrado, constatación que impide entender que el prometiente vendedor, con dicho

acto, el de la entrega, esté haciendo tradición de la cosa y/o se esté desprendiendo del dominio que tiene sobre ella.

c) Añádese que las razones extrajurídicas insinuadas por el recurrente, como que la posición de la Corte *"resulta sustancialmente conservadora y derogatoria del concepto del trabajo del hombre aplicado a la explotación de los bienes"*, o que con ella se otorga prevalencia *"a la denominada 'posesión inscrita' sobre la posesión material"* y/o al *"formulismo de las inscripciones en el registro sobre el hecho real de la detentación de los bienes con intención de dueño"*, no cuentan con la fuerza suficiente para, como ya se dijo, provocar el desquiciamiento de la doctrina jurisprudencial analizada.

5. Es, por lo tanto, estruendoso el fracaso del cargo.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA
CARGO QUINTO

Atribuyó al *ad quem* la infracción indirecta de las mismas disposiciones sustanciales detalladas en la acusación anterior, salvó los artículos 58 de la Constitución Política y 669 del Código Civil, esta vez como consecuencia de error de derecho, que comportó el quebranto de los artículos 174, 175, 177, 183, 187, 233 y 243 del Código de Procedimiento Civil, *"en la apreciación del informe de avalúo elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi sobre el predio en litigio (folios 117 a 151 del cuaderno del Tribunal)"*.

Adujo el censor:

1. El Tribunal, a efecto de fijar el monto de la restitución por equivalencia que decretó, tuvo en cuenta el avalúo que el Instituto Agustín Codazzi elaboró respecto del predio objeto de la promesa de compraventa fuente de la controversia, allegado por la demandada en el curso de la audiencia de conciliación surtida en la segunda instancia.

2. Esa apreciación comportó la comisión del error de derecho denunciado, *"porque dicha experticia, aportada al expediente por la Empresa de Acueducto de Bogotá, y aceptada por los demandantes (audiencia de conciliación de 14 de enero de 2008, folios 159 a 161 del cuaderno del Tribunal), tenía como fin únicamente servir de sustento y fundamento al acuerdo a que llegaron las partes para zanjar sus diferencias (folios 176 a 188 del cuaderno del Tribunal), y como la conciliación dentro del proceso devino frustránea y el Tribunal como he indicado en cargos anteriores no procedió a aceptar la transacción que obraba en autos, no podía tener como sustento de su sentencia y para los efectos vistos dicho informe pues éste perdió su razón de ser por los motivos examinados, y* ***así no constituía un medio probatorio legalmente aducido*** *para resolver mediante sentencia la composición del litigio, pasando por encima de la voluntad de las partes"*.

3. La contemplación de ese avalúo por el *ad quem* significó la ponderación de una prueba aducida en el proceso sin observancia de los requisitos legales, pues dicha experticia *"no tenía otra finalidad que soportar el acuerdo a que llegaron las partes y no servir de medio de prueba para la*

composición del litigio por parte del Tribunal", actitud con la que éste desconoció *"las normas que regulan la admisibilidad y producción de los medios probatorios en el ordenamiento procesal"*.

4. En adición, el censor explicó la trascendencia del cargo y la forma cómo resultaron quebrantadas las normas de disciplina probatoria que indicó al inicio del mismo.

CONSIDERACIONES

1. En el inicio de la audiencia de conciliación a la que, de oficio, el Tribunal convocó a la partes del proceso, que tuvo lugar el 21 de noviembre de 2007, el Magistrado Ponente, tras explicar *"el propósito"* de dicho acto y *"las reglas"* del mismo, dejó constancia de que *"*[s]*e presentaron,* (…)*, varias fórmulas de solución al litigio, planteadas tanto por los demandantes, como por la parte demandada, las cuales fueron discutidas para valorar su viabilidad"*; y que, en virtud de ese análisis, *"se fijaron varios puntos que deben desarrollarse para concertar una eventual negociación. Así, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se comprometió a realizar un avalúo del predio objeto del proceso,* (…). *El dictamen se pondrá en conocimiento de los demandantes, antes de la audiencia, directamente por el Empresa"* (fls. 197 a 108 vuelto, cd. 28; se subraya).

En la continuación del acto, sesiones que se realizaron los días 13 y 18 de diciembre del precitado año, los intervinientes informaron las gestiones por ellos adelantadas

y solicitaron nuevas suspensiones de la audiencia, peticiones que fueron acogidas por el *ad quem* (fls. 109 a 112, cd. 28).

El 14 de enero de 2008, la empresa demandada *"aportó el informe de avalúo comercial elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, sobre el predio* [d]*el litigio,* (…). *El Magistrado incorpora los documentos al expediente y da traslado de ellos a los demandantes"*. Luego de discutirse nuevas propuestas de arreglo, se suspendió la audiencia (fls. 159 a 161, cd. 28).

2. Significa lo anterior, que en desarrollo de la conciliación ordenada por el *ad quem* con fundamento en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, las partes optaron por la práctica de un nuevo dictamen pericial sobre el valor comercial del predio, que les permitiera avanzar en su propósito de llegar a un arreglo del pleito.

El ejercicio de esa prerrogativa, fue avalado por el *ad quem*, en la medida que, en la misma audiencia, autorizó la realización de la experticia con cargo a la empresa demandada y definió sus alcances.

Adicionalmente, la prueba fue aportada al proceso en la continuación de la conciliación, acto en el que el magistrado sustanciador corrió traslado de ella a la parte actora.

3. Corolario de lo expuesto, es que el informe pericial de que se trata, obedeció al consenso a que llegaron las partes en la audiencia de conciliación; su realización estuvo precedida de orden judicial, que la habilitó y definió sus

perfiles; fue aportado en la oportunidad prevista por las partes y el juez, al convenirla y decretarla; y respetó el derecho de defensa, como quiera que, mediante auto dictado en audiencia, se agregó a los autos y se dejó en conocimiento de la parte contraria a la que lo aportó.

Con otras palabras, la reseñada experticia cumplió a cabalidad la totalidad de los principios que gobiernan las pruebas en el proceso civil, fundamentalmente, los de publicidad, contradicción y formalidad.

4. La circunstancia de que el medio persuasivo de que se trata, no hubiese sido solicitado en las específicas oportunidades probatorias que la ley procesal civil prevé tanto para la primera instancia (demanda, contestación y traslado de las excepciones), como para la segunda (término de ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación), así como el hecho de que su confección y allegamiento no se hubiere dado en la etapa que para la materialización de los medios de convicción está contemplada respecto de cada uno de esos compartimentos del proceso, son cuestiones que no impedían su ponderación, si se tiene en cuenta el origen de la prueba, esto es, que ella fue fruto del acuerdo al que, en desarrollo de la conciliación, llegaron las partes sobre su práctica.

Esa génesis determinó, en primer lugar, que la probanza estuviese guiada por las reglas que fijaron las partes al convenir su realización, para cuyo diseño ellas estaban facultadas por actuar en sede de conciliación; y, en

segundo término, lo que es consecuencia de lo anterior, que no quedara supeditada al rigor de las normas disciplinantes de la oportunidad para pedir y practicar pruebas en el proceso.

Si a lo anterior se suma que, como ya se vio, la prueba respetó los principios que determinan la eficacia de los medios de convicción, es del caso reiterar que ningún obstáculo había para que el Tribunal fincara algunas de las decisiones que adoptó, en ella.

5. Ahora bien, que el propósito de las partes al acordar la realización de dicho avalúo, hubiese sido que él orientara una fórmula de arreglo que les permitiera zanjar sus diferencias, no era una camisa de fuerza que vedara al Tribunal la posibilidad de apoyarse en él para definir ciertas cuestiones económicas de su fallo.

Es que como se sabe, las pruebas, si bien provienen de la iniciativa de los litigantes, una vez se practican, pasan a pertenecer y a servir al proceso sin restricciones, de donde el juez, al ponderarlas, puede y debe extractar de ellas todo lo que demuestran, en tanto sea de interés para solucionar la controversia a través de la sentencia.

6. Lo expuesto, deja sin piso la acusación examinada.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA
CARGO CUARTO

Reprochó la infracción indirecta de los artículos 58 de la Constitución Política, 669, 955, 961 a 966, 969, 971, 1627, 1742, 1746 del Código Civil y 18 de la Ley 153 de 1887, como consecuencia los errores de hecho que cometió el Tribunal al apreciar las pruebas del proceso, *"relacionados todos ellos con las restituciones mutuas"* que dispuso en la sentencia que dictó.

1. Al respecto, el censor memoró lo que en punto de las referidas prestaciones resolvió el Tribunal; reprodujo el mandato del artículo 1746 del Código Civil; y puso de presente que, conforme doctrina de esta Corporación, existen tres excepciones al deber de devolución impuesto por dicha norma, a saber: *"(…) 'en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige y, en tercer lugar, por razones de interés público'"*.

En cuanto hace a la última de esas hipótesis, el impugnante resaltó que su operancia exige *"que realmente el inmueble se encuentra comprometido con la prestación del servicio público de que se trate, de manera que ante la evidencia de ese hecho el interés privado deba ceder ante el interés general"*.

2. Soportado en lo anterior, aseveró que en el caso *sub lite*, el Tribunal *"no se percató de que solamente una porción*

muy reducida del lote, en proporción con su extensión, se encontraba realmente afectada a la prestación del servicio público de acueducto de la ciudad", por lo que *"debió ordenar la restitución material del predio, cual lo impone el aludido artículo 1746, descontadas las pequeñas áreas comprometidas con el aludido servicio"*.

3. Estimó que el advertido desatino, obedeció a los siguientes yerros de valoración probatoria:

3.1. Haber preterido el dictamen pericial rendido por los señores José Emilio Barrera Medina y César Alberto Correal, incluidas las adiciones de que fue objeto, toda vez en dichos trabajos, respecto de las zonas comprometidas con la prestación del referido servicio público, se precisó: que por debajo de *"la cota de nivel 2700, solamente estaban afectados* (…) *142.820 metros cuadrados"*; que las obras destinadas directa o indirectamente al mismo, eran *"el tanque de Santa Ana, los túneles, las tuberías de diferentes diámetros, las cajas para la conducción, vías peatonales y vehiculares de diferente orden, diferentes puntos del sistema como las cámaras de pitómetros, cunetas, etc."*; que *"el lote mide 1.757.484 m2 menos las áreas de afectación que son: 4.410 + 19.800; tanque 7.738; túnel 55.500 y Cajas 984; para un total de 88.432 m2. Entonces queda una de 1.669.054 m2 en la cual se encuentra la zona ocupada por el Club que no incide en la prestación del servicio público de acueducto"*; y que *"*[e]*l porcentaje total de las afectaciones corresponde al (5.0317%) cinco punto cero tres uno siete por ciento del total del lote"*.

3.2. No haber apreciado *"el plano No. 1 allegado por los peritos Barrera y Correal en el que* (…) *detall*[aron] *las áreas ocupadas por las cajas, el túnel y, en general la afectación al interés general, área que como allí fácilmente se aprecia es una pequeña porción del predio"*.

3.3. Desconocer el oficio 6153 del 22 de marzo de 1994, librado por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital (fl. 640, cd. 2), en el que se indican los diferentes usos permitidos para el terreno.

3.4. Soslayar el dictamen pericial, su aclaración y la complementación del mismo, rendido por los expertos Julio Ordóñez y Odilia Márquez, quienes *"afirmaron que el área neta comprometida con la prestación del servicio público de acueducto era de 480.792.52 m2 y un área total de afectación, esto es, sumadas las áreas de influencia, de 575.460.98 m2"*; señalaron que las obras directa e indirectamente relacionadas con la referida actividad, eran *"el tanque de Santa Ana, las casetas de control y celaduría, el túnel Santa Ana, las tuberías, cajas de control, vías de acceso, tanque Usaquén, ventosas y redes eléctricas"*; manifestaron que por debajo de la cota 2.700 *"no existen obras que se relacionen con el servicio de acueducto"*, salvo *"un tramo de* [la] *vía de acceso con longitud de 400 m"*; y, en definitiva, conceptuaron que *"el área comprometida con el servicio público prestado por la demandada solamente comprendía una extensión de 665.975.96 m2, de los cuales 12.386 estaban bajo la cota de 2700 metros y el resto sobre ésta"*.

3.5. Ignorar el plano No. 5 allegado por los peritos en precedencia mencionados.

3.6. Apreciar *"sesgadamente"* el acuerdo al que llegaron las partes y que recogieron en el escrito que obra en los folios 176 y siguientes del cuaderno No. 24, que el censor reprodujo casi que en su totalidad, toda vez que las recíprocas obligaciones que allí adquirieron las partes, *"pone*[n] *de presente que no todo el lote está comprometido con la prestación del servicio de acueducto, al punto que la demandada se obligó a restituir varias porciones a la parte actora"*.

4. Como corolario de su queja, el recurrente predicó que al no disponerse la restitución material del terreno objeto de la promesa de compraventa que el Tribunal declaró nula, sino el pago de *"una exigua y desproporcionada compensación en dinero"*, esa autoridad prohijó *"una* ***expropiación irregular****"*, que viola el artículo 58 de la Constitución Política, precepto que con ayuda de la jurisprudencia constitucional, comentó ampliamente.

CONSIDERACIONES

1. Es verdad, el Tribunal no se percató que las obras que en forma directa están relacionadas con la prestación del servicio de acueducto a la ciudad por parte de la empresa demandada, ocupan sólo un reducido sector del terreno prometido en venta, considerada su extensión total.

De ello dieron cuenta las pruebas relacionadas por el recurrente, que el *ad quem* pretirió, o cercenó, alterando su contenido objetivo, cuando posó sus ojos en ellas.

No hay duda, entonces, que el sentenciador de segunda instancia incurrió en buena parte de los yerros fácticos referidos en la censura.

2. Pese a lo anterior, el cargo habrá de desestimarse, pues de reconocerse su prosperidad, la Corte, al momento de dictar la sentencia de remplazo, tendría que llegar a similar conclusión a la que obtuvo el Tribunal, esto es, que no procede el reintegro material de terreno objeto de la contratación invalidada, aunque por razones diversas, que pasan a exponerse:

2.1. Mediante Resolución 076 del 31 de marzo de 1977, emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se aprobó el Acuerdo No. 0030 del 30 de septiembre de 1976, de la Junta Directiva del entonces existente Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente –INDERENA-, en el que se declaró *"como Área de Reserva Forestal Protectora a la zona denominada Bosque Oriental de Bogotá, ubicada en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá"*, que allí mismo se identificó por sus lineros.

Tal declaratoria, entre otras razones, obedeció a que *"la vegetación de las montañas situadas alrededor de la Sabana de Bogotá deber ser protegida para conservar su efecto regulador de la cantidad y calidad de las aguas que son utilizadas por los*

habitantes de ella"; y a que *"el paisaje constituido por dichas montañas merece protección por su contribución al bienestar físico y espiritual de los habitantes del Distrito Especial de Bogotá y Municipios aledaños"*.

Dicha área, por lo tanto, quedó sometida a las previsiones de los artículos 206 y 207 del Decreto Ley 2811 de 1974, que establecen:

> *Art. 206.- Se denomina área de reserva forestal la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras-protectoras* (se subraya).
>
> *Art. 207.- El área de reserva forestal solo podrá destinarse al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o se establezcan y, en todo caso, deberá garantizarse la recuperación y supervivencia de los bosques* (se subraya).

2.2. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a través de la Resolución 463 del 14 de abril de 2005, redelimitó la referida Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá para excluir de ella 973 hectáreas, con las que creó una *"franja de adecuación"* cuyo objetivo era, y es, *"constituir un espacio de consolidación de la estructura urbana y una zona de amortiguación y contención definitiva de los procesos de urbanización de los cerros orientales"*.

El manejo de ese sector debía someterse a planes zonales y parciales, en cuyo diseño era forzoso atender *"las siguientes determinantes"*:

a) No permitir construcciones en áreas con pendientes superiores a 45 grados, en zonas de ronda de quebradas y drenajes, relictos de vegetación nativa y zona de carga de acuíferos;

b) Promover y proyectar la consolidación de un Área de Ocupación Pública Prioritaria en contacto con el límite occidental de la reserva, a través del establecimiento de parques urbanos, corredores ecológicos viales, corredores ecológicos de ronda y de borde, integrando en lo posible las áreas verdes que quedan excluidas en la redelimitación de la reserva forestal, de tal forma que se constituya en espacio público de transición entre la Reserva Forestal y el desarrollo y/o edificación, que permita la promoción y desarrollo de actividades de recreación pasiva y de goce y disfrute del espacio público;

c) Promover y proyectar que todo proceso de desarrollo y/o edificación que se adelante en el área de Adecuación del Borde Urbano contenga, cierre y formalice estructural, espacial y legalmente el desarrollo urbano de la ciudad en contacto con la reserva forestal;

d) En todos los procesos de desarrollo urbanístico dentro del Área de Adecuación del Borde Urbano, se deberá propender por el objetivo general de conservación y manejo de la Reserva Forestal. Por ello, la dimensión y forma de las estructuras viales y demás infraestructura de servicios de nuevos desarrollos que se proyecten de manera planificada, deberán ser consecuentes y concordantes con el carácter ambiental de la reserva forestal y promover que dichas estructuras representen el cierre de crecimiento urbano y la generación de espacios públicos lineales dispuestos en el Área de Ocupación Pública Prioritaria;

(…).

En líneas generales, la comentada resolución mantuvo su vigencia, pese a que, en virtud de la señalada exclusión,

mediante el ejercicio de una acción popular, se solicitó la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la defensa del patrimonio público y cultural de la Nación, a la seguridad y salubridad públicas, a la prevención de desastres y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos con sujeción a la normatividad jurídica, de manera ordenada y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes.

Así lo resolvió en segunda instancia el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2013.

2.3. La Ley 99 de 1993, con la cual *"se cre*[ó] *el Ministerio del Medio Ambiente, se reorden*[ó] *el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiz*[ó] *el sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dicta*[ron] *otras disposiciones"*, en su artículo 61 estableció: *"Declárase la Sabana de Bogotá, sus páramos, aguas, valles aledaños, cerros circundantes y sistemas montañosos como de interés ecológico nacional, cuya destinación prioritaria será la agropecuaria y forestal"* (se subraya).

A su turno, en el artículo 111, modificado por el 210 de la Ley 1450 de 2011, señaló: *"Declárense de interés público las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua los acueductos municipales, distritales y regionales.* (…). *Los departamentos y municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de dichas zonas o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales.* (…). *Los recursos de*

que trata el presente artículo, se destinarán prioritariamente a la adquisición y mantenimiento de las zonas. (…). *Las autoridades ambientales definirán las áreas prioritarias a ser adquiridas con estos recursos o dónde se deben implementar los esquemas por pagos de servicios ambientales de acuerdo con la reglamentación que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial expida para el efecto. Su administración corresponderá al respectivo distrito o municipio. Los municipios, distritos y departamentos garantizarán la inclusión de los recursos dentro de sus planes de desarrollo y presupuestos anuales respectivos, individualizándose la partida destinada para tal fin"* (se subraya).

El gobierno nacional, con el Decreto 0953 del 17 de mayo de 2013, reglamentó la precedente norma y, en desarrollo de ello, precisó que su fin era *"la conservación y recuperación de las áreas de importancia estratégica para la conservación de recursos hídricos que surten de agua a los acueductos municipales, distritales y regionales, mediante la adquisición y mantenimiento de dichas áreas y la financiación de los esquemas de pago por servicios ambientales"* (art. 1°; se subraya).

Por otra parte, consagró que "[p]*ara efectos de la adquisición de predios o la implementación de esquemas de pago por servicios ambientales por parte de las entidades territoriales, las autoridades ambientales deberán previamente identificar, delimitar y priorizar las áreas de importancia estratégica, con base en la información contenida en los planes de ordenación y manejo de cuencas hidrográficas, planes de manejo ambiental de microcuencas, planes de manejo ambiental de acuíferos o en otros instrumentos de planificación ambiental relacionados con el recurso*

hídrico. (…). *En ausencia de los instrumentos de planificación de que trata el presente artículo o cuando en éstos no se haya identificado, delimitado y priorizado las áreas de importancia estratégica, la entidad territorial deberá solicitar a la autoridad ambiental competente que identifique, delimite y priorice dichas áreas"* (art. 4º; se subraya).

2.4. Para el caso del Distrito Capital de Bogotá, las autoridades ambientales, en concreto, la Secretaría Distrital de Ambiente - SDA, Parques Nacionales Naturales de Colombia - PNN, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR, la Corporación Autónoma Regional de Chivor - Corpochivor, la Corporación Autónoma Regional del Guavio - Corpoguavio y la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia - Corporinoquia, mediante concertación, que consta en el *"ACTA DE CONCERTACIÓN DE LAS ÁREAS ESTRATÉGICAS PARA EL ESTABLECIMIENTO HÍDRICO DEL DISTRITO CAPITAL"*, fechada el 21 de octubre de 2016, acordaron *"que las Áreas de Importancia Estratégica para el Distrito Capital son las que se referencian en el plano anexo que hace parte integral de esta Acta"*.

Dicha concertación recibió el aval del Consejo Estratégico de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá – CECH, conforme quedó registrado en el Acta No. 18 del 22 de noviembre de 2016.

Conforme esa decisión, con prioridad *"Muy Alta"*, se incluyó como área de importancia estratégica para el distrito Capital toda la zona correspondiente a la *"Reserva Forestal*

Protectora Bosque Oriental de Bogotá", creada mediante la Resolución 076 de 1977, ya relacionada.

2.5. Teniendo en mente los antecedentes que acaban de registrarse, es del caso señalar que en el *"informe de avalúo"* elaborado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, allegado por la demandada en el curso de la audiencia de conciliación, conforme lo que allí convinieron las partes, que es susceptible de valorarse como prueba según se analizó al resolverse el cargo precedente (quinto de la parte actora), respecto del inmueble base de la acción, se consignaron las siguientes precisiones:

> *A la luz de la cartografía de la Resolución 463 de 2005, el predio se encuentra ubicado una mínima parte en suelo urbano, parte dentro de la denominada Franja de Adecuación y la mayor parte dentro de la denominada Zona de reserva forestal.*
>
> *Para la parte localizada en suelo urbano sector normativo 18, su manejo deberá adelantarse a través de un Plan director, según las disposiciones en el decreto 215 de 2005, Plan Maestro de Espacio Público.*
>
> *Y teniendo en cuenta* [los] *artículo*[s] *43, 252, 253, 254, 255, 273 y 343 del Decreto Distrital 190 de 2004* (…)*".*

Las normas precedentemente indicadas, fueron reproducidas después, percibiéndose que ellas hacen relación a la implementación de *"parques de escala regional, metropolitana y zonal"*, a las *"zonas verdes de los equipamientos deportivos y recreativos privados"* y a las áreas de *"Actividad Dotacional"*, que son espacios *"para la localización de los servicios necesarios para la vida urbana y para garantizar el recreo*

y esparcimiento de la población, independientemente de su carácter público o privado”.

A continuación, el informe de que se trata especificó:

> *En cuanto al sector localizado en la franja de adecuación el ministerio a través de la resolución 463 de 2005 en su artículo 5, identifica esta franja como aquéllas áreas que con fundamento en la resolución 76 de 1977 hacían parte de la reserva forestal Protectora del Bosque Oriental de Bogotá y quedan excluidas de la misma de acuerdo con la redelimitación planteada en el artículo 1 de la mencionada resolución, Franja de Adecuación entre la ciudad y la Reserva Forestal.*
>
> (…)
>
> (…) *la mayor parte del predio se encuentra localizada en la zona de reserva forestal bosque oriental de Bogotá, el cual según el decreto 190 de 2004 est*[á] *clasificada como área protegida de orden nacional dentro del territorio distrital y como tal sus usos son restringidos de acuerdo con su alto valor ambiental y ecológico no solo para el Distrito, sino para la nación, no permitiéndose allí la construcción de edificaciones que atente*[n] *contra dicho patrimonio.*
>
> *Es importante hacer mención que el* (…) *área correspondiente a 364,91 m2 es atravesada por dos redes matrices de acueducto de 20’’ y 60’’ en operación actualmente*[,] *lo cual restringe desarrollos urbanísticos sobre ellas.*

2.6. Reunida toda la información precedente, se extractan de ella las siguientes conclusiones:

2.6.1. El predio materia de la promesa de compraventa en este asunto invalidada, en su mayor extensión, se encuentra ubicado en la Reserva Forestal Protectora Bosque

Oriental de Bogotá, establecida mediante la Resolución Presidencial 76 del 31 de marzo de 1997.

2.6.2. Dicho inmueble, sin perder su condición de tal, se reitera, de reserva forestal protectora, fue clasificado como *"área de importancia estratégica para la protección de los recursos hídricos"* del Distrito Capital de Bogotá, con prioridad *"Muy alta"*, según la concertación que las autoridades ambientales efectuaron y que quedó consignada en el acta del 21 de octubre de 2016, ya relacionada, decisión avalada por el Consejo Estratégico de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá – CECH, en sesión del 22 de noviembre de ese mismo año, según consta en el acta No. 18 de ese organismo, igualmente ya especificada.

2.6.3. En virtud de lo anterior y en acatamiento de las previsiones del artículo 111 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, así como de su Decreto Reglamentario 0953 de 2013, es claro que el referido predio, por resultar de *"interés público"* y formar parte de un *"área de importancia estratégica"* para el Distrito Capital, debía ser adquirido por éste, ya sea por el sistema de *"negociación directa y voluntaria"* o por *"expropiación de bienes inmuebles"*, todo con sujeción al *"procedimiento establecido en la Ley 388 de 1997, o la norma que la modifique, adicione, sustituta o complemente"* (art. 6° del citado decreto).

2.7. Siendo ello así, como en efecto lo es, y estando ya dicho que en virtud de la sentencia impugnada, el predio objeto de la negociación anulada, desde el punto de vista de

su dominio, quedó en poder de la empresa demandada, habida cuenta de lo decidido en el punto cuarto de su parte resolutiva, determinación que al no haber sido combatida en casación se mantiene en pie, surge claro que ningún sentido tendría proveer sobre la restitución física del terreno, o de parte del mismo, que es lo que se pretende con esta acusación, pues de todas maneras él estaba llamado a quedar, tanto en el plano jurídico como en el material, bajo la tutela exclusiva del Distrito Capital, por efecto de la imposición legal de su adquisición, atrás examinada.

2.8. Ahora bien, como con los elementos de juicio de que aquí se dispone, no es posible delimitar con exactitud el sector del inmueble que, en mínima proporción, puede estar por fuera tanto de la reserva forestal mencionada, como del *"área de importancia estratégica"* para la ciudad, sobre todo de esta última, no hay lugar a ningún fraccionamiento del predio, de donde se torna forzoso colegir la imposibilidad de su restitución global.

3. Esta queja del impugnante, por lo expresado, tampoco es merecedora de acogimiento.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA
CARGO SEXTO

Soportado también en la causal primera de casación, el recurrente le imputó al Tribunal haber quebrantado rectamente los artículos 955, 961, 1740 a 1742, 1746 del

Código Civil y 58 de la Constitución Política, porque les atribuyó *"una inteligencia distinta de la que verdaderamente les corresponde"*.

En pro de la censura, explicó:

1. El sentenciador de segunda instancia, en consideración a que la mitad del precio convenido en la promesa que invalidó fue efectivamente pagado a los prometientes vendedores, al definir la *"restitución por equivalencia"*, coligió que su valor ascendía solamente al 50% del avalúo en que soportó su juicio al respecto, esto es, la suma de $4.510.204.265.oo.

2. Con ese razonamiento, el *ad quem* desconoció el verdadero alcance jurídico del artículo 1746 del Código Civil y vulneró el derecho de la parte demandante *"a obtener una restitución plena y completa de su patrimonio en la medida en que* (…) *reconoció que el valor de* ***$9.020.408.530.00, era el justo precio del inmueble en la época más reciente****, y así, ha debido simplemente restarle a esa cantidad la suma de $750.000.00, ya recibida por los demandantes, traída a valor presente, para respetar desde luego la simetría económica de la restitución por equivalencia"*.

3. Ese proceder del citado juzgador, no respetó el efecto propio de la nulidad que declaró, como era *"borrar todas las consecuencias"* del acto invalidado, que *"naturalmente*

se extiende a todos los derechos y títulos adquiridos y a las prestaciones cumplidas, como si el acto jamás hubiera existido".

Con otras palabras, la sentencia impugnada no acató la *"eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, restablecedora no solo de la legalidad objetiva sino además de la indemnidad de los patrimonios afectados"*.

4. En desarrollo de esos planteamientos, el recurrente reprodujo distintos fallos de la Corte relativos a la referida temática y concluyó que, por consiguiente, *"no podía considerar el Tribunal para efectos de la restitución por equivalencia del inmueble sobre el que recayó la nulidad de la promesa de venta de 22 de abril de 1977, que como la demandada había pagado ya el 50% del justo precio, solo restaba completar el otro 50%, pues al proceder así, no solo fragmentó indebidamente la restitución debida, sino que además le concedió efectos a la negociación declarada nula"*.

CONSIDERACIONES

1. En punto de las prestaciones mutuas derivadas de la invalidación de la promesa de compraventa celebrada por las partes, el Tribunal destacó que la *"más importante obligación que surge a cargo de la demandada como PROMITENTE COMPRADORA, y que es esencial en este asunto, es la de restituir a los demandantes el predio objeto del contrato"*.

No obstante lo anterior, frente a la circunstancia de que en el inmueble se realizaron las obras necesarias para la recepción y distribución del agua potable proveniente del

sistema *"Chingaza"*, que aporta el 70% de la requerida por la ciudad, dicha autoridad coligió que *"no resulta posible, sin menoscabo del interés general e inminente vulneración de derechos fundamentales* (…)*, disponer a título de restituciones mutuas la que corresponde a la entrega material del bien por parte del* [p]*romitente* [c]*omprador a los* [p]*romitentes* [v]*endedores"* y que, por lo tanto, a cambio de esa medida, debía acudirse a la *"figura de la 'restitución por equivalencia'* (…)*"*.

Ocupado de fijar la cuantía del valor de reemplazo, tras apreciar los dictámenes periciales existentes en el proceso, estableció que, por *"provenir de una entidad con excelsa idoneidad"* y referir *"las condiciones particulares y especiales de la heredad en la época más reciente"*, atendería el último rendido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en el curso de la conciliación surtida en segunda instancia.

> Y agregó:
>
> *En este orden de ideas, el valor del predio que, en principio, se debe reconocer por concepto de 'restitución por equivalencia' a favor de los demandantes, como justo precio, estaría en el orden de los* ***$9.020.408.530.00****. No obstante y muy a pesar de la declaratoria de nulidad del contrato de promesa, es lo cierto, que con ocasión a dicho acto negocial la demandada canceló lo que para entonces constituía el 50%* [del] *justo precio, el cual ante la*[s] *paticular*[es] *circunstancia*[s] *que rodean este caso, -que impiden como ya se precisó la restitución material-, debe imputarse al precio a pagar quedando entonces a deber la demandada el restante 50%, que de acuerdo con las precisiones expuestas en líneas precedentes debe estar acorde al justo precio que hoy tiene el inmueble, lo cual conlleva que el valor a cancelar a los demandantes a título de restitución por equivalencia asciende a la suma de* ***$4.510.204.265,00****, como se dispondrá en la parte resolutiva* (se subraya).

2. Pese a la cortedad de esa fundamentación, se capta que la circunstancia motivante para que el Tribunal, respecto de la restitución por equivalencia, tuviera en cuenta que al momento de la celebración de la promesa de compraventa anulada la demandada pagó el 50% del *"justo precio"* que en ese entonces se convino, fue la imposibilidad de la restitución material del predio y que este, por lo mismo, quedaba jurídica y materialmente en cabeza de la accionada.

De allí infirió que como consecuencia de esa situación, a la demandada le correspondía pagar a los actores el *"justo precio"* del bien; y que como en relación con el mismo, aquélla ya había sufragado la mitad, su deber se circunscribía al 50% restante.

3. Se percibe, entonces, que la causa de esa determinación, fue la situación creada por el mismo fallo de segunda instancia, es decir, que la accionada, en virtud de él, quedaba, jurídica y materialmente, en poder del inmueble objeto de la controversia.

Véase cómo, en la parte resolutiva de la sentencia se dispuso: *"Para efectos de la 'restitución por equivalencia' y lo decidido en esta instancia y procurar la prestación permanente y eficiente del servicio público esencial a cargo de la demandada, el título de dominio que posee el señor Daniel Alfonso Roldán Esparragoza, como cesionario de los derechos litigiosos de los señores GUILLERMO GONZÁLEZ HOLGUÍN y GLORIA GONZÁLEZ DE ESGUERRA, o éstos en su propio nombre, sobre el predio*

materia del litigio identificado en líneas precedentes, queda en cabeza de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A., para cuyo efecto se ordena inscribir esta sentencia en el registro público competente en el folio de matrícula N° 50N-768166, para lo cual se oficiará a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos adjuntando copia auténtica de esta sentencia, cuya compulsa se ordena a costa del interesado".

4. Ese entendimiento del fallo del Tribunal, desvirtúa que la imputación del pago que la prometiente compradora efectuó al tiempo de la promesa, al *"justo precio"* que ésta debía cancelar a los prometientes compradores en razón de la *"restitución por equivalencia"*, tuviese venero en dicho contrato preparatorio y que, con esa determinación, se hubiere desconocido el efecto arrasador derivado de la nulidad decretada, como lo adujo el censor en apoyo de la acusación ahora examinada, toda vez que dicha aplicación, como viene de explicarse, fue consecuencia de la situación creada por la misma sentencia de segunda instancia y tuvo como único fin, que el deber prestacional a cargo de la demandada allí impuesto, tuviera la dimensión que en verdad le correspondía.

5. Así las cosas, no puede concederse la razón al recurrente y, por lo mismo, el cargo auscultado naufraga.

DEMANDA DE CASACIÓN DE LA PARTE ACTORA
CARGO SÉPTIMO

Como en el caso del cargo anterior, aquí también se denunció la violación directa de los preceptos allí identificados como sustanciales y, además, de los artículos 717, 964, 969 y 1617 del Código Civil, en la medida que el Tribunal *"omitió el reconocimiento de frutos civiles o intereses legales sobre la suma de* ***$4.510.204.365.00*** *fijada a favor de la parte demandante por razón de la 'restitución por equivalencia' decretada"*.

Sirvieron de fundamento a la acusación, los argumentos que pasan a sintetizarse:

1. Luego de transcribir las razones que invocó el Tribunal para denegar la condenación al pago de frutos, el censor apuntó que con ellas esa Corporación *"cometió grave error jurídico, pues su argumentación era viable si lo restituido a favor de la parte demandante hubiera sido el predio objeto de la promesa de venta declarada nula, y si los frutos hubieran sido los naturales, en lo que no hay discrepancia alguna de carácter probatorio, pero como lo decretado fue una restitución por equivalencia determinada en la suma de* ***$4.510.204.265.00****, sobre este valor ha debido reconocer frutos civiles representados en los intereses legales del 6% anual generados por esa cantidad a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, hecho que ocurrió el 8 de mayo de 1991, todo de conformidad con lo previsto por el inc. 3º del art. 964 del Código Civil, aplicable a este asunto, según el cual, 'el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo'"*.

2. Explicó que la abstención de reconocer los referidos frutos civiles, a más de que infringió el artículo 1746 del Código Civil, le impidió a la parte demandante *"obtener una restitución plena y completa de su patrimonio, pues, reitero, la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, busca no sólo restablecer la legalidad objetiva sino además procurar indemnidad de los patrimonios afectados"* con ella.

3. Puso de presente que las restituciones a que da lugar la nulidad, *"se rigen por las mismas reglas generales de las prestaciones mutuas consignadas en el Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil, entre las que se encuentra enlistada la del artículo 964, que reconoce el derecho a percibir los frutos a cargo del detentador o poseedor vencido según el caso"*.

4. Y luego de referirse al concepto de *"frutos"*, conforme doctrina extranjera y la previsión del artículo 717 del Código Civil, insistió en que la invalidación de una convención acarrea que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban al momento de contratar, como si el respectivo acuerdo de voluntades no hubiese existido, efecto jurídico que se materializa en *"las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes"*, entre ellas, las de los *"intereses y frutos* (…)*, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales (…)"* (art. 1746, C.C.), que es lo que desde antaño *"se denomina restitución in integrum (Cas. Civil. Sentencia 130 del 18 de agosto de 2000)"*.

CONSIDERACIONES

1. Para andar sin rodeos, hay que dejar en claro desde ya, que los frutos que contempló el Tribunal y que negó, por no figurar en el proceso prueba de su causación, fueron los que el inmueble objeto de la negociación invalidada produjo o que, con mediana inteligencia y actividad, hubiese podido producir. Es decir, los previstos en el artículo 964 del Código Civil.

Sobre el particular, el Tribunal explicó:

> *Así las cosas, dada la calidad de poseedor de buena fe predicable de la demandada, para el caso de las restituciones mutuas, en principio, los frutos que deberían restituirse en la forma prevista por el inc. 3º del art. 964 ibídem, valga decir, se pagarían a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, hecho que ocurrió el 8 de mayo de 1991, sin que en modo alguno resulte admisible que su eventual cálculo se pretenda derivar de la rentabilidad que pudiera tener la Empresa demandada por causa de la prestación del servicio público de acueducto que desarrolla en el predio, en la medida que dicha rentabilidad, es derivada de una actividad propia y exclusiva de la entidad que, a más de no ser susceptible de desarrollar*[se] *libremente por cualquier individuo por su propia naturaleza (servicio público esencial sometido a la vigilancia y control del Estado), requiere de una infraestructura especial, que fueron precisamente las mejoras que plantó la entidad para poder desarrollarla y de las cuales no puede, sin caer en un enriquecimiento sin causa, beneficiarse la parte actora.*
>
> *En el sub judice, si bien de acuerdo con la jurisprudencia memorada, en un principio pudo haber lugar al reconocimiento de frutos en favor de los demandantes, tras examinar el acervo probatorio, se evidencia que no existe ninguna prueba que permita establecer destinación*

económica alguna del inmueble con antelación al año 1977, que pudiera derivar rentabilidad susceptible de ser reconocida por haber sido privado de ella con ocasión del contrato celebrado, siendo la única la desarrollada a partir de esa data por la sociedad demandada, la cual como ya quedó dicho no puede servir de parámetro o soporte válido para generar beneficio alguno a favor de los actores, dada la singular destinación.

Deviene de lo anterior, que la determinación de los frutos a reconocer a favor de los señores González -aún ante la eventual restitución material del predio objeto del contrato anulado-, quedó totalmente huérfana de prueba; no existiendo, entonces, otra alternativa jurídica diferente a la de negar dicho pedimento, toda vez que no puede olvidarse que a nadie le es dable hacer de su dicho prueba de los hechos que alega, conforme se desprende del contenido del artículo 177 del C.P.C., por lo que correspondía a los actores acreditar, mediante cualquiera de los medios probatorios autorizados en nuestro ordenamiento adjetivo, la cuantía de los frutos que pudo haber generado el predio con mediana diligencia, al haber desatendido estos dicha carga procesal, no hay lugar a que en esta decisión se imponga su reconocimiento a cargo de la pasiva (se subraya).

2. El recurrente protestó porque el Tribunal no reconoció los *"frutos civiles representados en los intereses legales del 6% anual generados"* por la suma de $4.510.204.265.oo que ordenó en compensación al hecho de no poderse disponer la restitución material del predio objeto de la negociación invalidada.

3. Paladino es, entonces, el descarrío del cargo y, como consecuencia de él, su improsperidad.

Mientras que el Tribunal circunscribió su estudio a los frutos derivados del inmueble objeto de la promesa de

compraventa ajustada entre las partes, el censor se ocupó de los generados por la suma de dinero que el *ad quem* fijó como *"restitución por equivalencia"*, sobre los cuales, valga acotarlo, dicha autoridad no hizo ningún pronunciamiento.

4. Añádese que el cargo fue mal formulado, como quiera que lo debió ser a la luz de la causal segunda de casación y no de la primera, como se propuso.

Es que la queja del censor en verdad delató que, *"como lo decretado fue una restitución por equivalencia determinada en la suma de* ***$4.510.204.265.00****, sobre este valor ha debido reconocer frutos civiles representados en los intereses legales del 6% anual* (…)*, todo de conformidad con lo previsto por el inc. 3º del art. 964 del Código Civil, y con lo determinado por el numeral segundo del artículo 1617* [ibídem] (…)*, aplicable a este asunto, según el cual, 'el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el retardo'"*.

Con otras palabras, el recurrente le enrostró al sentenciador de segunda instancia no haberse pronunciado sobre un aspecto accesorio de la condena que impuso a título de *"restitución por equivalencia"*, defecto de actividad que tipifica incongruencia por resultar el fallo *"citra petita"*.

5. Vacuo es, por ende, el reproche examinado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 22 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala Civil, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

Sin costas en casación, por el recíproco fracaso del recurso intentado por cada una de las partes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA