

SIMULACION

La donación remuneratoria debe ser siempre expresa y constar por escrito. — No cabe en ella simulación. — Dación en pago. — El artículo 1947 del Código Civil no es norma sustancial. — Buena o mala fe del poseedor calificado por la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., nueve de julio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 64 de 6 de julio de 1971).

Se decide el recurso de casación que, tanto demandante como demandado, interpusieron contra la sentencia de 23 de octubre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario suscitado por Cecilia Peraza de Bradford contra Carlos J. Peraza.

El litigio

Ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, Cecilia Peraza de Bardford demandó a Carlos J. Peraza para que, previos los trámites del juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que es relativamente simulado el contrato que se consignó en la escritura número 2129 de 28 de mayo de 1958, otorgada ante el Notario 7º de esta ciudad, por el cual Evangelina Ballesteros de Peraza dijo transferir al demandado, a título de dación en pago, el derecho de dominio y la posesión de un solar, formado por la unión de dos lotes de terreno contiguos, con sus edificaciones, demás mejoras y anexidades, distinguido con los números 46-40 y 46-70 de la calle 13 del Distrito Especial de Bogotá y

alindado como se dice en la demanda con la que se promovió este proceso.

2ª Que el verdadero acto contenido en esa escritura es una donación, la cual, por no haberse insinuado, es absolutamente nula en cuanto excede de dos mil pesos (\$ 2.000).

3ª Que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se disponga que los bienes a que se refiere la escritura citada “pertenecen por su ubicación y linderos anteriores, a la sucesión de la señora Evangelina Ballesteros de Peraza”.

4ª Que, en fuerza de lo anterior, el demandado Peraza restituirá a la sucesión de Evangelina Ballesteros de Peraza los bienes a que se refiere la escritura 2129 apuntada, “purificados de hipoteca y de cualquier otro gravamen real y con sus frutos naturales y civiles desde la fecha de la transferencia simulada”.

5ª En subsidio de esta petición anterior, que los citados bienes transferidos al demandado “forman parte de su legítima rigorosa en la sucesión de la señora Evangelina Ballesteros de Peraza, hasta concurrencia del valor de ellos y que el exceso debe restituirlo a la sucesión, con sus frutos naturales y civiles, y libre de todo gravamen real”.

6ª Que se ordena la cancelación de la matriz de la referida escritura 2129 en la Notaría de su otorgamiento y la de su inscripción en la Oficina de Registro de Bogotá.

7ª Que se condena al demandado al pago de las costas procesales.

En subsidio de las cinco primeras solicitudes, se demandaron las siguientes declaraciones:

Primera. Que Evangelina Ballesteros de Peraza sufrió lesión enorme "en el contrato de dación en pago contenido en la escritura pública 2129 de 28 de mayo de 1958 de la Notaría 7ª de Bogotá".

Segunda. Que consecucionalmente se declare rescindido ese "contrato" y se ordene al demandado Peraza restituir a la sucesión de Evangelina Ballesteros los bienes determinados en aquella escritura, "libres de gravámenes reales y con sus frutos naturales y civiles desde la fecha de la demanda".

Los hechos constitutivos de la causa pretendi son, en síntesis, los siguientes:

1º Por escritura 2129 otorgada ante el Notario 7º de esta ciudad el 28 de mayo de 1958, Evangelina Ballesteros de Peraza, a título de dación en pago, transfirió al demandado Carlos J. Peraza los inmuebles que singulariza dicho instrumento.

2º Aquella falleció en esta ciudad el 1º de enero de 1959.

3º El demandado es hijo de la tradente fallecida y en tal calidad es su heredero.

4º La demandante, Cecilia Peraza de Bradford, también es hija de la causante y su heredera.

5º La escritura citada antes, recoge una donación disfrazada de dación en pago.

6º Esa liberalidad no fue insinuada judicialmente.

7º El monto de la legítima rigurosa de la demandante se menoscabó con esa donación.

8º La causa de la dádiva o regalo se hizo consistir en el "reconocimiento y pago por parte de la señora de Peraza a favor de Car-

los J. Peraza, del valor de las gestiones que, desde el fallecimiento de su esposo Manuel M. Peraza, viene adelantando, así como de las que continuará adelantando como apoderado suyo y hasta su completa terminación, en los pleitos que se siguen contra el Municipio de Bogotá por indemnización de trabajos públicos en la carrera décima, y contra la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca por devolución de impuestos, y que se hallan en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el Consejo de Estado, así como la negociación de un lote con el Municipio en parte de pago de los pleitos (si ello resulta conveniente), y por representarla legalmente como apoderado ante cualquier autoridad en atención de sus intereses".

9º Por no tener título profesional el demandado no puede ejercer representación en juicio.

10. El juicio adelantado contra el Municipio de Bogotá para obtener indemnización por trabajos públicos, lo decidió definitivamente el Consejo de Estado, con anterioridad al otorgamiento de la citada escritura que recoge la dación en pago aludida, y en dicho proceso, el demandado Peraza no actuó ni como apoderado ni como gestor.

11. La reclamación para que se devolvieran los impuestos en exceso, fue resuelta por el Consejo de Estado el 9 de septiembre de 1954, es decir, con antelación a la fecha de otorgamiento de la escritura 2129 y también a la fecha cierta del documento privado que se protocolizó con esa escritura pública; además, allí no intervino el demandado como gestor o mandatario judicial.

12. La escritura 4121 corrida ante el Notario 7º de Bogotá el 6 de septiembre de 1955 contiene el poder general conferido al demandado por Evangelina Ballesteros de Peraza.

13. Desde esa fecha hasta la muerte de la poderdante y con remuneración mensual de \$ 1.000, que siempre recibió, Carlos J. Peraza actuó como mandatario general.

14. Además, en forma judicial, ésta obtuvo que los demás herederos de su madre le reconocieran la suma de \$ 10.625.00 "por concepto de prestaciones sociales provenientes de los servicios que prestó como apoderado general".

15. Como consta en el acta de conciliación, el demandado recibió, por honorarios en el ejercicio del mandato general, la suma de \$ 61.625.00.

16. Al momento de su enajenación, los inmuebles a que refiérese la escritura 2129 precitada, tenían valor superior al doble del que se les señaló en el instrumento de transferencia.

17. En el momento de otorgarse la escritura por medio de la cual se hizo la dación en pago, el avalúo catastral de la propiedad enajenada, era de \$ 210.000.00.

Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia, la que terminó con sentencia de 28 de abril de 1965, proferida por el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se denegaron las cinco primeras peticiones principales, concernientes a la acción de simulación, y se decretó la rescisión por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura 2129 precitada "en que se dijo enajenar por la suma de \$ 70.000.00 al señor Carlos J. Peraza los dos lotes de terreno a que se refiere la petición primera principal"; consecuentemente se dispuso que el demandado debía restituir a la sucesión de Evangelina Ballesteros de Peraza, "libres de gravámenes y con sus frutos naturales y civiles percibidos desde la fecha de la demanda", los bienes que fueron materia de la dación en pago citada. Resolvióse, además, que el demandado, si no consintiere en la rescisión, optaría por completar el justo precio dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria, con la deducción legal; y que en el evento de consentirla, "se ordena la cancelación de la escritura 2129 de 28 de mayo de 1958" y se dispone que la parte demandante devuelva al demandado "el dinero que fue precio de la dación y sus intereses legales desde el día de la demanda hasta el pago, previas las deducciones legales".

Ambas partes apelaron de esta providencia. Rituada la segunda instancia, el Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el fallo de 23 de octubre de 1968, por medio del cual confirmó la sentencia apelada, con los siguientes cambios o reformas:

"Primero. Declárase que el demandado señor Carlos J. Peraza Ballesteros, de condiciones civiles conocidas de autos, tiene derecho a que se le paguen las expensas necesarias empleadas en la conservación del inmueble de que trata el presente juicio, cuyo monto se determinará conforme al procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

"Segundo. El mismo procedimiento del artículo 553 del C. J. deberá seguirse para determinar el monto de los frutos naturales y civiles a cargo del demandado cuya condena se impuso en el literal b) del punto 2º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

"Tercero. Inscríbanse la presente sentencia y la de primera instancia en el libro correspondiente de la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de Bogotá.

"Cuarto. Las anteriores declaraciones tienen lugar en el caso de que la parte demandada consienta en la rescisión del contrato de dación en pago de que se ha hecho mérito, cuya rescisión se decretó en la sentencia de primer grado".

Contra esta providencia interpusieron el recurso de casación ambas partes.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

En sus consideraciones afirma el fallador que es copiosa tanto la doctrina como la jurisprudencia "acerca del fenómeno de la simulación, para fijar su naturaleza jurídica, distinguirla de la nulidad, precisar cuándo la simulación es absoluta y cuándo relativa, cómo se demuestra según la posición de cada interesado en su declaratoria judicial, esto es, si se trata de la parte misma interviniente en el respectivo acto, de terceros, de los herederos de una parte o de su

cónyuge, y determinar los correspondientes efectos o alcance". Que como todos esos aspectos "son suficientemente conocidos", el estudio se concretará a "clarificar si es viable o no un pronunciamiento de simulación del acto jurídico impugnado", contenido en la escritura número 2129 de 28 de mayo de 1958, que recoge la transferencia que, a título de dación en pago, le hizo Evangelina Ballesteros de Peraza a su hijo Carlos J. Peraza Ballesteros del inmueble allí singularizado.

Expresa luego el sentenciador que está probado que la enajenante era la madre legítima del adquirente demandado; que el valor de las gestiones que éste hizo en favor de aquella se fijó en \$ 70.000 y el inmueble que se dio en pago valía \$ 210.000; que el demandado era apoderado general de su madre y "recibió el monto de su remuneración mensual y prestaciones sociales cuando terminó en sus funciones"; que aunque de lo anterior resultan varios indicios de simulación, el estudio de todo el material probatorio "no conduce a conclusión indubitante de que en verdad con la dación en pago... haya querido ocultarse o disimularse acto de donación, el propósito de la señora Ballesteros de Peraza de transmitir gratuitamente a su descendiente el bien raíz de que trata el memorado instrumento, total o parcialmente"; que como con la escritura de dación en pago se protocolizó un documento privado de 1º de septiembre de 1955 que recoge la promesa que la señora Ballesteros hizo a su hijo de transferirle el dominio del bien litigado, resulta que, desde antes de efectuarse la dación en pago, era ya conocida la causa de la tradición del bien raíz; que, "en otras palabras, la determinación del móvil de la respectiva tradición resulta establecido desde antes "del otorgamiento de la escritura pública que contiene la dación en pago, que las gestiones que el demandado se obligó a ejecutar a nombre de su madre, fueron cumplidas, "como lo revelan las copias traídas a los autos, y entonces faltaría una base de desconocimiento de la referida causa que no puede negarse por la ocurrencia de que el demandado no tenga

la calidad de abogado, como que a éste recurrió aquel, y tampoco porque una escritura en favor del municipio de Bogotá la haya otorgado la señora causante, lo que no descarta las gestiones que se retribuyeron mediante la dación en pago"; que el hecho de que el demandado haya recibido pago separado por sueldo mensual y prestaciones como apoderado de su madre, no desnaturaliza la dación en pago atacada, "por cuanto que aquello se refirió al desempeño común de gestiones en beneficio de los intereses de la señora Ballesteros de Peraza, pero no a las especiales o particulares, que señalaron las partes al contratar, que comprendieron de manera singular o separada, las que de suyo muestran especialidad de objeto y modalidades de específica trascendencia, aun desde el aspecto económico, las que no desaparecen tampoco por la circunstancia de que otra persona haya desempeñado funciones de contador de la causante y en veces haya recibido valores de arrendamiento de inmuebles suyos". Que de todo lo anterior se concluye que "no se dispone en el expediente de una base sólida e indubitante para considerar que adolezca de simulación el acto impugnado".

Entra luego el Tribunal a estudiar la acción subsidiaria de lesión enorme. Encuentra que la ley la establece para la compraventa en los artículos 1945 y ss. del C. Civil, pero que también es procedente en la dación en pago pues con ella se busca "un relativo equilibrio contractual y no propiciar estabilidad de actos jurídicos en los cuales una parte hubiera contratado forzada por situación de precariedad o con desconocimiento siquiera aproximado de la significación económica de determinado bien". Concluye que aunque no existe norma expresa de que sea rescindible por lesión la dación en pago de inmuebles, sí opera ella "precisamente por cuanto que el monto del crédito que se quiere solucionar representa un precio o valor cierto a cambio del cual se hace la transmisión de un bien raíz"; que "iguales razones a las que fundamentan la acción rescisoria en la compraventa, son de operancia cuando se trata de la dación en pago de un in-

mueble". Agrega el Tribunal que para la prosperidad de esta acción rescisoria es necesario acreditar que el vendedor (o el permutante o quien dio en pago un inmueble), recibió menos de la mitad del justo precio del inmueble suyo, en armonía con los principios generales (artículos 1757 y ss. del C. C. y 593 y ss. del C. J.)", lo cual se comprobó en el caso sub-lite, pues con prueba pericial se demostró que el valor comercial del inmueble litigado era de \$ 325.390.20, y que, por ende, "la señora Ballesteros de Peraza—hoy la sucesión suya— sí sufrió lesión enorme en la enajenación de que da cuenta la escritura pública número 2129 de 28 de mayo de 1958 de la Notaría 7ª de Bogotá".

A continuación el Tribunal estudia las prestaciones mutuas. Afirma después que el efecto jurídico de la rescisión de un contrato de compraventa o de dación en pago "en caso de no consentir el comprador en ella, radica en que el pacto cesa para lo futuro y a la vez se extingue retroactivamente; significa esto que la decisión judicial que decreta la rescisión tiene virtualidad de poner las cosas en el estado en que se hallarían las partes si el convenio no se hubiere realizado, restituyéndose mutuamente lo que haya recibido bajo la condición resolutoria o en vía de perfeccionar el correspondiente contrato". Por lo cual el demandado deberá restituir no solo el inmueble sino los frutos naturales y civiles producidos desde la fecha de entrega, y no solo los percibidos, sino los que la parte actora hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado de haberlo tenido en su poder, según lo dispone el artículo 964 del C. C." Que de conformidad con el numeral 3º del artículo 1932 del mismo Código, aplicable por analogía a este caso, al demandado, tenido como poseedor de mala fe, debe reconocérsele el derecho que, para los poseedores de esa clase vencidos en juicio, consagra el artículo 965 ibídem, esto es, "el abono de las expensas necesarias empleadas en la conservación de la cosa objeto de restitución"; que como el artículo 1932 citado "tiende a establecer regla de equidad o proporción... , en la presente decisión se debe tener en cuenta que la restitución de frutos a cargo del demandado cabe decretarla en la proporción que corresponde a la

parte del precio dejada de pagar como adquirente del inmueble"; que él, a su vez, "tiene derecho a que se le restituya lo que hubiere pagado, junto con los intereses legales correspondientes desde la fecha de tal pago hasta su total restitución; y, además, al mismo debe reconocérsele el derecho consagrado en el artículo 965 del C. C., esto es que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble objeto de la litis", todo lo cual será regulado por la vía del artículo 553 del C. J. "ya que no se dispone en los autos de suficientes elementos de convicción para fijar de modo preciso tales cuestiones".

El recurso de casación

Fue interpuesto por ambas partes, las que presentaron las demandas correspondientes que la Corte entra a estudiar separadamente.

Ataque de la demandante

La demanda de casación de ésta contiene dos cargos dentro de la órbita de la causal primera.

Primer cargo

En él acúsase la sentencia "por violación directa de los artículos 1491 y 1493 del Código Civil; por errónea interpretación del artículo 1524 ibídem y de los principios generales de derecho contenidos en la doctrina y jurisprudencia en materia de simulación, con falta de aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y con quebranto, de igual modo y final, de los artículos 1741, 1847 y 1458 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936".

I. En desarrollo del cargo dice el censor que la súplica de simulación tuvo como base que madre e hijo no celebraron una dación en pago, sino una donación, lo cual se deduce de lo siguiente. a) Que la enajenante era la madre legítima del adquirente; b) Que entre éste y aquella existió gran intimidad; que este hijo era el predilecto de la madre, quien le confió la administración de sus bienes, lo designó su apoderado general, le dio el manejo de su cuenta corriente y lo nom-

bró su albacea con tenencia de bienes; c) Que las supuestas gestiones remuneradas eran propias del desempeño de un apoderado general y habían sido concluidas cuando el demandado intervino para su liquidación; d) Que el valor de esas gestiones fue pagado periódicamente, “de suerte que la dación, caso de haber existido, constituyó un sobreprecio o retribución adicional”; e) Que éste fue tasado por las partes en la suma de \$ 70.000 que fue el precio que se le fijó al inmueble litigado en la dación en pago, lo que contrasta con el valor catastral del mismo en esa fecha que era de \$ 210.000 y con el que le fijaron los peritos dentro del juicio que fue de \$ 325.390.20.

Precisa el recurrente que “dicha súplica es de simulación relativa, pues se trata de una donación encubierta bajo el ropaje de dación en pago”. Que el Tribunal no vio que nuestro Código contempla varias clases de donación entre las que se cuenta la donación remuneratoria, la cual en cuanto exceda del valor de los servicios prestados debe insinuarse, como lo preceptúa el artículo 1491 del C. Civil; que, en este evento, es necesario distinguir entre lo que constituye “la retribución, que se justificará compensatoriamente y se regulará por las normas de los contratos onerosos y bilaterales, de la atribución patrimonial gratuita, sometida a las normas sobre donación”.

Que el Tribunal afirmó que no existió simulación o al menos que no está plenamente probada, “porque mediaron servicios del adquirente en favor de la enajenante, indicados en la escritura y en un documento privado que la antecedió, factores estos que acreditan, según él, el móvil de la enajenación tal como se manifestó en la escritura, no desvirtuados en el proceso y que resulta incompatible con la idea de donación”. Concluye, entonces, el censor que “es aquí donde reside el yerro fundamental e inicial de la sentencia, consistente en ignorar que puede haber una donación remuneratoria”, por lo cual se violó directamente el artículo 1491 por “el olvido de que existen donaciones remuneratorias y del artículo 1493 ibídem, al ignorar que las donaciones remuneratorias deben ser insinuadas en lo que exceda

de la contraprestación o valor de los servicios remunerados y que en tal excedente están sometidas a las reglas del Título 13 del Libro 3º del Código Civil”.

II. Arguye el recurrente que “delante de una afirmación de simulación por donación encubierta bajo el nombre y la apariencia de dación en pago, el deber del sentenciador era averiguar si había o no una donación, fuese total o parcial, fuese simple o remuneratoria, y no limitarse a decir que por cuanto hubo servicios y pago de ellos, no pudo haber donación o que por cuanto no se probó la ausencia de servicios retribuibles o que éstos no se hubieran pagado o remunerado con la dación, no puede declararse la existencia de donación y, por ende, de la simulación y nulidad de aquella en todo lo que excede de dos mil pesos, por encima de lo puramente retributivo que encerrara”. Que aunque la liberalidad pueda ser causa suficiente de las obligaciones, “no significa que siempre lo sea”, porque “si en la donación declarada o confesada por las partes, cuando es remuneratoria, debe distinguirse entre su sector oneroso y su sector de beneficencia, con mayor razón en una dación en pago de servicios personales acusada por simulación, por cuanto allí hubo un regalo, ánimo de beneficencia, debe indagarse si todo fue pago, o si no hubo tal pago porque no había obligación que cancelar, o si hubo en parte pago y en parte exceso, solamente explicable por la liberalidad o espíritu de beneficencia, cuyo hallazgo significaría la presencia de una simulación y, por consiguiente, la necesidad de declararla, con su consecuencia, tal como se pidió en la demanda”.

Que de todo lo anterior se desprende que el Tribunal violó, por interpretación errónea, el artículo 1524 del C. Civil, “al creer que el móvil de la dación en pago no puede y debe ser descompuesto”, ya que pueden coexistir dación en pago y donación” y creer en cambio, que la causa es solo la que las partes declaran y que al impugnante le es necesario su desconocimiento pleno. En otras palabras, el yerro de la sentencia consistió, por este aspecto, en exigir para la prosperidad de la simulación, la prueba de la ausen-

cia de toda posibilidad y efectividad de cualquier remuneración, dentro de una concepción muy estrecha de lo que es causa y de las variedades y matices diferentes que puede asumir dentro de los contratos, según los designios de las partes... En fin, el quebranto de la norma sustancial consistió en creer que la causa es una sola, única, indivisible, aquella que las partes declaran o que corresponde a la naturaleza del acto que han dicho celebrar, siendo así que en derecho y en la práctica, dentro de un mismo contrato y bajo un mismo nombre, pueden darse combinaciones de contratos y, más todavía, combinaciones de causas, especialmente en lo que se refiere a la combinación de causa onerosa y causa gratuita”...

III. Que el Tribunal al dar a entender que un contrato de dación en pago impugnado por ser donación, solo puede ser “oneroso o gratuito, o dación en pago o donación”, desconoció que una dación en pago puede ser parcialmente tal y parcialmente donación y, por lo tanto, puede encerrar una simulación a la vez relativa y parcial. El Tribunal ignora, pues, que la simulación puede tener multitud de grados y referirse a multitud de aspectos del contrato, por lo cual “incurrió en errónea interpretación de los principios que informan la figura de la simulación”, con lo que infringió el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que no fue aplicado al caso.

La Corte considera

I. Obsérvese, en primer lugar, que el sentenciador, después de analizar todo el haz probatorio, encontró “varios indicios de simulación”, mas desprovistos, individual o conjuntamente considerados, de virtud plena para demostrarla, en razón de que “no conducen a conclusión indubitable de que en verdad con la dación en pago... haya querido ocultarse o disimularse acto de donación, el propósito de la señora Ballesteros de Peraza de transmitir gratuitamente a su descendiente el bien raíz de que trata el memorado instrumento, total o parcialmente...”

Estas conclusiones que dedujo el Tribunal del examen del material probatorio, llegan a la Corte amparadas bajo presunción de acierto, y solo pueden ser modificadas en casación a través de la demostración plena de que el Tribunal hubiera incurrido en error trascendente, ya de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, ya de derecho.

Más como el censor denuncia infracción de la ley sustancial por la vía directa, vale decir, quebranto que no proviene de la comisión de yerros de facto o de jure, síguese que él está conforme con la apreciación que de las pruebas hizo el sentenciador de segunda instancia y con las conclusiones derivadas de su examen.

Tomando, entonces, como punto de partida la conclusión del Tribunal de que “no se dispone en el expediente de una base sólida e indubitable para considerar que adolezca de simulación el acto” impugnado, síguese inexorablemente que, en casación, no puede alcanzarse la variación de ese criterio denunciado exclusivamente, como lo hace la censura, quebranto de normas sustanciales, si al mismo tiempo no se demuestra que ese quebrantamiento proviene de la comisión de yerros del Tribunal en la apreciación probatoria. Si, como sucede en el cargo que se estudia, el censor se limita a denunciar infracciones de ley sustancial por la vía directa, la Corte está en el imperioso deber de respetar los juicios del Tribunal no solo respecto a la existencia objetiva de las pruebas, sino al valor persuasivo de las mismas.

II. Es cierto que hay varias especies de donación entre vivos, mas lo es también que el Tribunal no ha sostenido lo contrario; la circunstancia de que él no se hubiera referido expresamente a las donaciones remuneratorias, no puede interpretarse como que desconozca o niegue su existencia en nuestro derecho. Tampoco ha rechazado el sentenciador la tesis de que un acto de donación entre vivos, al mismo tiempo pueda tener causa gratuita en parte y en parte onerosa, como sucede en la donación remuneratoria cuyo objeto tenga valor superior a los servicios que con ella se remuneran; lo

que ha manifestado el fallador es cosa distinta; que no existiendo prueba de que el acto acusado sea simulado, debe respetarse la calificación expresa de dación en pago que le dieron las partes, que surge también de los mismos términos en que está redactada la escritura que la contiene.

De otro lado, en la hipótesis de que el Tribunal halle que una *datio in solutum* u otro acto o contrato, cualquiera que sea, oculta una donación entre vivos, no podría, en ningún caso, calificar como remuneratoria la liberalidad encubierta, pues las liberalidades de esa especie nunca pueden presentarse en forma tácita; siempre tienen que ser expresas por mandato manifiesto de la ley, so pena de considerarse gratuitas.

En efecto, el artículo 1490 del C. Civil dispone. "Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse.

Si no constare por escritura privada o pública, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita".

Fluye, entonces, nítidamente de lo anterior, que no habiéndose consignado expresamente en la escritura atacada que el acto que contiene fuera donación remuneratoria para recompensar servicios específicos no cobrados por quien los prestó, el Tribunal, de ninguna manera habría podido calificar como donación remuneratoria la dación en pago apuntada.

El solo hecho de que en la escritura no se hubiese indicado en forma clara que se trataba de una donación remuneratoria, impedía al Tribunal calificarla como tal.

III. Distínguese las remuneratorias, de otras donaciones, en que siempre deben consignarse por escrito, por lo cual todas son solemnes; en que nunca pueden ser tácitas, pues en el documento que las contenga debe hacerse constar expresamente que la

donación es remuneratoria y especificarse los servicios que con ella se remuneran; en que solo son rescindibles y revocables en la parte que exceden al valor de los servicios específicos, y en que, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados no requieren insinuación, la cual solo se exige en la parte en que el monto de la donación exceda a este valor.

De todo lo expuesto se concluye que nunca podrá existir simulación de donación remuneratoria, pues exigiendo la ley que ésta siempre debe ser expresa e imperando que cuando no se hace constar su calidad de tal, se presume gratuita, síguese que la donación remuneratoria nunca puede estar escondida bajo el ropaje de otro acto jurídico.

Por lo expuesto, el ataque no prospera.

Segundo cargo

Dentro del marco de la causal primera denunciase violación indirecta, por "falta de aplicación, de los principios generales sobre la simulación acogidos por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, falta consecencial de aplicación de los artículos 1741, 1746 y 1458 del C. C., resultante de desconocimiento de varias pruebas contentivas de indicios necesarios o decisivos de la simulación, y de correlación lógica entre éstos y los demás mencionados en la sentencia, para así llegar a la más completa contraevidencia", todo lo cual a consecuencia "de errores flagrantes de hecho".

En desarrollo del cargo, la censura afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta: 1º Que el Dr. Julio C. Rey Rojas, apoderado inicial del padre del demandado, después de su viuda y de sus herederos, "fue retribuido por unos y otros por su intervención judicial para obtener la devolución de \$ 11.598.70 en dinero, y \$ 1.718.62 en bonos del Instituto de Crédito Territorial", según sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, de 25 y 9 de septiembre de 1953 y de 1954, respectivamente. "Error de hecho consistente en no tener en cuenta la declaración de aquel profesional (cuaderno 3º, folio 18) y la copia de las

providencias dichas (cuaderno 2º, folio 15 y ss.), y no haber reparado en las fechas de los varios acontecimientos". 2º Que cuando Carlos José Peraza empezó a actuar, de los tres asuntos en que dijo haber intervenido, solo estaba pendiente de decisión uno, con lo cual se desconocieron "la declaración del abogado Rey Rojas, las copias de las providencias del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado, ya citadas, el ejemplar de Anales del Consejo Administrativo (C. 3º, folio 1º) que en su página 83 menciona como fecha del fallo del Consejo de Estado el 20 de junio de 1961 y la escritura 7345 del 13 de diciembre de 1957, Notaría Cuarta (cuaderno 3º, folio 32), cuando cita la fecha del fallo de la Corte". 3º Que no tuvo en cuenta el estado de los litigios para cuando entró a actuar el apoderado general, ni el hecho de que al frente de ellos existía abogado remunerado que continuó interviniendo hasta el final, ni la carencia de título profesional en el apoderado general, pues "ni el propio valor de los intereses y la calidad de las gestiones explica un honorario a favor de él en cuantía de \$ 70.000, agregado al de administrador general y ordinario que fue de \$ 60.000"... Que por las gestiones a que se refiere la escritura de mandato "recibía remuneración mensual, fuera de los gastos de la oficina y de la remuneración de los empleados encargados de caja y contabilidad", como resulta de la confesión del propio demandado en posiciones y de las declaraciones de Florentino Suárez y Manuel Muñoz (C.2...; folio 33). 4º Que "tampoco tuvo en cuenta, para los efectos de la simulación, que el inmueble que se dijo enajenar por \$ 70.000, valor de supuestos servicios del adquirente, pendientes de pago o de pago anticipado, valía realmente para entonces, la cantidad de \$ 325.000, más de cuatro veces el precio de la afirmada operación onerosa, con olvido del avalúo pericial rendido en el juicio".

Expresa luego el censor que, en estos cuatro casos "al no tenerse presentes las pruebas citadas", se cometió error evidente de hecho, pues "encarnan cada cual un indicio de la simulación".

Luego afirma que el mismo error se produjo "al analizar el resto de factores (parentesco, remuneración periódica, calidad personal no profesional del apoderado y valor catastral del fundo y los contrarios, gestiones especiales y documento antecedente), porque su interpretación repugna a la evidencia", ya que el sentenciador no procedió a "evaluar las presunciones de hombre en sí y cada cual en función de las demás y relacionadas todas con la materia del litigio y a extraer de ellas las conclusiones que la misma lógica y el derecho le impongan, sin que pueda bastarse, como aquí aconteció, con la aseveración de que si convence o no convence, no solo apriorísticamente, sino lo que es peor, en forma arbitraria".

Para terminar dice el censor que la prueba de indicios lleva a concluir que no existió dación en pago, sino acto de liberalidad, pues la madre dijo remunerar al hijo por gestiones que ya había adelantado un profesional del derecho al que se remuneró por el mismo concepto; que el error de hecho se cometió por el Tribunal "al ignorar unos indicios y al no captar la conclusión que éstos y los demás imponía, para llegar a la contraevidencia. Y por último, al dejar de aplicar las normas sobre simulación, nulidad absoluta por falta de forma y restitución consiguiente a la nulidad".

La Corte considera

Aparece del primer párrafo de la sentencia, antes transcrito, que el Tribunal no omitió considerar la presencia objetiva de todos los documentos aportados al proceso, pues hizo como él mismo lo dice "el análisis detenido de las diversas piezas que forman el expediente". De lo cual infiérese claramente que si no consideró como indicios ciertas inferencias que pudieran deducirse de los medios probatorios que indica la censura, es porque no los encontró con fuerza suficiente, dentro de la discreta autonomía de que al efecto goza, para darles la calidad de pruebas indiciarias.

Como lo ha expresado la Corte: "los Tribunales son soberanos en esto de apreciar la prueba de indicios, suponiendo que tuvie-

ran este carácter los hechos a que se refiere el recurrente, lo cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su aplicación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del juez; y porque no pudiendo la Corte de Casación cambiar la estimación de la prueba hecha por la Sala en tratándose de error de hecho, sino cuando éste aparece de un modo evidente, arbitrario sería que aquella, sustituyendo su propio criterio al de la Sala y hallando diferencia de apreciación, decidiese solo por eso que el Tribunal incurrió en error evidente. Trataríase en tal caso de una simple diversidad de criterio al estimar el valor de una prueba, y en ello, como es perfectamente obvio, podría haber error, si se quiere, pero no en los términos que la ley de casación exige para que en razón de él se pueda infirmar una sentencia. De otro modo la Corte se convertiría, lisa y llanamente, en Tribunal de Instancia". (G. J., T. 18, Nos., 886 y 837, años 1907 y 1910, Pág. 168).

En otra ocasión dijo:

"Por regla general, dice el artículo 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación... La declaración sobre su ningún valor inicial está, pues, implícita al no haberlas considerado como base de lo que juzgó (se subraya), y al no haberlas destacado al igual de otras a las que sí dio conciencia y algún valor de prueba"...

"El juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar su carácter de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica

deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad que funda en él, no se puede oponer en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se trata de demostrar"...

"No sería razón suficiente para infirmar la sentencia la de que el fallador no hubiera visto hechos y pruebas que el recurso indica, si como sucede en el caso de autos, los analizados por el Tribunal se sustraen a la jerarquía de la casación y, si la declaración de no existir prueba alguna que demuestre la simulación no afirma la inexistencia de indicios que la patenticen. Esto en el supuesto del silencio a que se refiere la censura". (G. J., T. CVIII, Pág. 190 ss.).

Por todo lo anterior es menester concluir con las mismas palabras de esta corporación al decidir caso semejante: "si el reconocer o no a un hecho acreditado en el proceso el valor de indicio, es función que se refugia en la autonomía del juzgador de instancia; si el proceso mental que mueve al sentenciador a darle a un hecho el valor de indicio obedece a un juicio ponderativo inseparable de su discrecionalidad, intocable en casación; si el no haber estimado el juzgador con fuerza de indicios las pruebas que señala el recurrente, lleva implícita la declaración sobre su ningún valor indiciario; y si la censura se funda precisamente en no haber visto el sentenciador la prueba indiciaria que resulta del conjunto de los hechos indicadores, no hay duda, según lo expuesto, de que el Tribunal no incurrió en error de hecho por no haberle dado al conjunto de prueba que se señala el valor de indicios, por lo cual, el cargo no prospera". (Sentencia aún no publicada, de febrero dos (2) de 1971, proferida en juicio ordinario de Moisés Sabogal Novoa contra el Banco de Bogotá).

El ataque, por tanto, no prospera.

Cargos presentados por el demandado

Cuatro formula éste contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco de la causal primera de casación.

Cargo primero

El recurrente dice formularlo dentro de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, y lo concreta así: "acusó la sentencia recurrida por violación directa de los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. Civil que regulan la acción rescisoria por lesión en los contratos de compraventa; y 1864 del mismo, a causa de la aplicación indebida al caso del pleito, de estas disposiciones".

Expresa la censura que como la dación no es un contrato aunque está precedida de éste, sino un "acto por el cual se enajena una cosa para solucionar una deuda", está constituida por "la tradición del bien con que se paga". Que ella no equivale a un contrato, pues "tiene como causa el contrato de donde dimana la obligación que se pretende cancelar", por todo lo cual no admite la acción de rescisión por lesión enorme propia del contrato de compraventa, sanción que por su naturaleza es de estricta interpretación y que, de consiguiente, no puede ser aplicada por analogía. Que la señora Peraza no hizo más que "darle cumplimiento a la promesa de dación de ese inmueble celebrada años antes en pago de la suma de \$ 70.000, valor de los servicios que la dadora se había comprometido a pagar con el inmueble, "y que con la dación no hizo pago del precio de una compraventa.

Remata el censor arguyendo que "en la enajenación materia de este juicio no hubo precio. El fenómeno fue el de extinción de un crédito con el traspaso de un inmueble. Luego a esa figura jurídica mal se le pueden aplicar preceptos relativos a la compraventa".

La Corte considera

1. El artículo 520 del C. J. que la censura cita como soporte de la causal primera de casación, fue sustituido íntegramente por el artículo 52 del Decreto 528 de 1954, disposición que redujo a cuatro las casuales de

casación, por lo cual debe entenderse que la demanda se funda en esta última disposición, vigente cuando se presentó el libelo acusatorio.

2. Es secular la disputa sobre la naturaleza de la dación en pago. Desde la época de los romanos ya se discutía si puede asimilarse el contrato de compraventa, y algunos sostuvieron que sí, mas solo en el evento en que la dación tuviera por objeto una cosa por una obligación pecuniaria (rem pro pecunia), pues encontraban que, entonces, "dare in solutum est quasi vendere".

Otros propugnan la tesis de que la naturaleza jurídica propia de la dación es la de un modo de pago, y un tercer grupo defiende la de que en el fondo es una clase de novación.

3. La datio in solutum no está reglamentada en nuestro Código Civil, tal vez porque, como lo ha dicho Claro Solar, "no ha sido estimada digna de consideración por los legisladores como para darle cabida en los Códigos". La acepta y reconoce, empero, pues en el artículo 2407 dispone: si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que éste deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

4. La doctrina jurisprudencial de la Corte, hasta la sentencia de 31 de mayo de 1961 (G. J., XCV, 926), vaciló en la fijación de la naturaleza jurídica de la dación en pago, pues en ocasiones afirmó que existía similitud completa entre ésta y la compraventa; en otras, que era un modo de extinguir las obligaciones, idéntico al pago, y, en otras, que implicaba una verdadera novación. Mas a partir del fallo citado, en el que se dieron las razones de porqué la datio no es una novación o una forma de pago con rasgos propios, la Corte ha sostenido, como ya lo había insinuado desde 1909, que a la dación en pago por la clara analogía que entre ella y el contrato de compraventa exista, le deben ser aplicadas las normas de éste.

“La analogía entre la dación en pago de una cosa por un crédito de dinero, y la venta —reza aquella sentencia— es generalmente reconocida, sin exceptuar a quienes se pronuncian por la tesis del pago o de la novación. Se habla de analogía, no de identidad. Si se tratara de identidad el problema no existiría, y no hay jurisprudencia ni doctrina que la sostenga. Debe tomarse en este sentido la expresión de “similitud perfecta” que emplea la citada casación de esta Corte, de 16 de septiembre de 1909, y la de que si la dación se hace por un crédito en dinero, “tal acto constituye una venta”, de que se vale la sentencia de 24 de mayo de 1926, también mencionada anteriormente.

“La ley civil no ha definido la naturaleza de la dación en pago; tampoco ha regulado expresamente todos sus efectos; es decir, no hay ley exactamente aplicable al caso aquí controvertido, en el cual se discute sobre el alcance jurídico de la dación en pago, y en concreto si en ella funciona la acción de la lesión enorme.

“Mas, dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte, sin desconocer a las demás tesis expuestas el mérito de sus fundamentos, y siguiendo la enseñanza de algunos de sus fallos, reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie.

“La Corte se apoya para ello en la disposición del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que así provee a la función de la doctrina como fuente de Derecho Positivo, encargada de actualizar la ley y renovar la jurisprudencia.

“Consecuencialmente, el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta. Ha sido llamada la dación en pago “convenio oneroso de enajenación”, y algunas decisiones

de esta Corte destacan la equivalencia que debe existir entre el crédito debido y la cosa que se entrega, de manera que cuando al carácter oneroso se agrega la virtud de la equivalencia, se produce el rasgo conmutativo sustancial de la dación en pago, o sea, el equilibrio económico de las prestaciones, el cual se manifiesta y sanciona, en un primer plano, en el contrato de compraventa, por medio de la acción de lesión enorme, en materia de inmuebles, y, después de las demás figuras jurídicas en que está consagrada, signo en todas ellas del afán de la ley en asegurar ese equilibrio sin menoscabo de una mesurada libertad contractual. Así, en la partición (1405), el mutuo remunerado (2231) y la anticresis (2456). El artículo 1601 tras una norma reguladora de la pena convenida por las partes, en las condiciones allí prescritas, y aun deja a la prudencia del juez la facultad de moderarla en determinados casos, con mira al mismo propósito. Y la jurisprudencia de la Corte ha aplicado las reglas sobre la lesión enorme, el contrato de permuta, como puede verse en las casaciones de 14 de marzo de 1958 (LXXXVII, 2194, 445 y 28 de enero de 1959 - XC, 2207 a 2209, 8).

“Estos ordenamientos tienden a lograr en los actos jurídicos el imperio de una justa simetría entre las prestaciones que de ellos se originan a cargo de los contratantes, dada la supradicha calidad de ser conmutativos, y con un mayor acento sin duda en el contrato de venta”.

5. Síguese de lo anterior que al hacer actuar el caso debatido los preceptos de los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. Civil, el Tribunal no hizo una indebida aplicación de esas normas, por lo cual no las violó por ese concepto.

El ataque no prospera, entonces.

Cargo segundo

Dice el censor que “se violaron los siguientes preceptos: el artículo 1947 del C. Civil por errónea interpretación de la frase: ‘el justo precio se refiere al tiempo del contrato’. Pues la fecha del contrato bien com-

prende la fecha de la promesa. Siendo esta la causa de la enajenación, y el documento que fija el precio, nada más natural que el precepto debe entenderse en cada caso, en el sentido de que el justo precio se refiere a todo el lapso de tiempo entre la fecha de la promesa y la escritura de enajenación. Por falta de aplicación también se violaron el artículo 1502 del C. Civil en relación con el 89 de la Ley 153 del 87, regulador de las promesas del contrato, ya que el objeto de la causa del contrato de que habla el artículo 1502 se contiene en la promesa; de ahí que la promesa y el acto de su cumplimiento son el todo indivisible que obliga a las partes”.

Sirven de fundamento a la acusación algunos pasos tomados de la obra de Jaime Rodríguez Fonnegra: “Del contrato de compraventa y materias aledañas”, donde se sostiene que la compraventa hecha en cumplimiento de antecedente promesa de celebrarla, no admite lesión enorme, y que “la compraventa que se hace para pagar no está en las condiciones del contrato cuya rescisión se permite, pues en el pago no cabe lesión alguna y menos enorme. Si acaso la habrá en el contrato u otro acto causante de la obligación que se paga; mas la promesa de contrato no es rescindible por este motivo. Otra cosa podrá decirse en el derecho francés...”

Agrega luego el recurrente que cuando la convención de enajenación fue precedida del contrato de promesa, aquella “consta de dos partes de las cuales la primera es la principal”, pues en el escrito de promesa debe determinarse de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, de tal manera que “la enajenación misma no es más que el cumplimiento de la promesa, con la cual forma un todo inseparable”. Remata, entonces, así su argumentación la censura: “Por ende, si se demanda la rescisión del acto jurídico contenido en la escritura pública de enajenación, la demanda será inadmisibles, por razón de que, anulada la tradición, queda subsistente el contrato de promesa con todas sus consecuencias”.

Finalmente expresa que como en la demanda incoativa del juicio no se reclamó la nulidad de la promesa, “que es la verdadera causa generadora de la tradición de lo prometido”, ha debido desecharse.

La Corte considera

Si es o no rescindible por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado en cumplimiento de precedente promesa, lo ha definido ya la doctrina jurisprudencial de la Corte, como aparece entre otras, en su sentencia de 23 de julio de 1969 (G. J., CXXXI, 45, en la que expresó:

“La tesis que descarta la sanción de la lesión enorme, aun en los pocos casos en que la ley la condena, so pretexto de que el acto viciado sea consecuencia de una promesa de obligatorio cumplimiento, restringe indebidamente el menguado ámbito legal de esa institución; pugna con los dictados de la equidad y con expresos preceptos de la ley, y patrocina el fraude y la mala fe en la contratación. Exige la justicia que en todos los actos de tal promesa en muchos casos en que los interesados no pueden o no quieren perfeccionar y cumplir de inmediato el negocio que se proponen, aunque sí procuren asegurar de antemano las condiciones de éste, mediante el otorgamiento de aquella. Tal suele ocurrir con inusitada frecuencia en las transacciones sobre mercaderías por fabricar y, en general, sobre cosas futuras; en las que son necesarios para su celebración y cumplimiento el lleno de ciertas formalidades habilitantes o la cancelación de gravámenes; en las que se hacen depender de la obtención de financiaciones; en las que el aplazamiento de la tradición de la cosa vendida se usa a manera de garantía del pago de su precio, especialmente cuando se trata de conceder facilidades para dicho pago, etc.

“La aludida generalización del uso de la promesa de contratar también ha alcanzado notable auge en el ámbito de las transacciones inmobiliarias. El resurgimiento del formalismo y la institución del registropúblico, con miras a dotar a dichas transacciones de mayor seguridad y publicidad, permiten y

hasta obligan la prudencia de quienes pretenden adquirir derechos sobre inmuebles a estudiar la situación histórico-jurídica de los mismos antes de perfeccionar la negociación proyectada, lo que ha inducido a los interesados a definir las condiciones de ésta en una promesa cuyo cumplimiento se subordina a los resultados satisfactorios de ese estudio. Por otra parte, el enorme desarrollo urbanístico y la creciente parcelación de la propiedad rural también le han dado a la promesa de contratar nuevos empleos todavía más importantes que los hasta ahora apuntados. Las empresas urbanizadoras, constructoras de vivienda y parceladoras de fundos se han visto en la necesidad de fomentar su tráfico, concediéndole a su clientela plazos largos o medianos para el pago del precio de las ventas por cuotas o instalamentos sucesivos, con lo cual aquellas logran el incremento de sus operaciones y una nueva fuente de financiación en el ahorro de sus clientes, a la vez que éstos pueden hacerse anticipadamente al goce de los inmuebles que deseen adquirir y se beneficien con las ventajas que aparea el pago escalonado del precio de los mismos en un plazo más o menos largo. El proceso de esta modalidad relativamente nueva de las transacciones inmobiliarias se inicia también con la celebración de una promesa de compraventa cuyo cumplimiento se suele diferir por el tiempo necesario para que las empresas vendedoras ejecuten las obras a su cargo y entreguen los bienes prometidos, o para que los compradores cancelen la totalidad del precio o cierta parte del mismo. Puede, entonces, ocurrir que en el interregno entre la promesa y el perfeccionamiento del contrato prometido, circunstancias económicas de orden general, como las devaluaciones monetarias, y aún otras particulares como la valorización intrínseca de los inmuebles prometidos, debida al progreso de la zona de su ubicación, a las obras adelantadas por el prometiende vendedor o por las entidades públicas, etc., lleguen a variar considerablemente el valor comercial de tales bienes, hasta el punto de que la variación alcance a rebasar el límite a partir del cual el desequilibrio entre ese precio comercial y el convenido en la promesa pudiera reputarse como constitutivo de lesión enorme. Claro

es que en estas hipótesis y en otras semejantes al funcionamiento mecánico de la institución, referido exclusivamente a las condiciones económicas del negocio al tiempo de su culminación, o sea con absoluta prescindencia de las que existían al planearlo y concretarlo en una promesa quizás concertada con mucha anticipación según la propugna la tesis que ahora se critica, desconoce los móviles y la real voluntad de las partes, como también desvía la institución de la lesión enorme de los fines que han determinado su establecimiento legal, convirtiéndola eventualmente en instrumento de fraude e iniquidad. Piénsese, si no, en la caótica situación social y jurídica que se presentaría al permitírsele a las ya aludidas empresas urbanizadoras, constructoras y parceladoras que se sirven del ahorro de su clientela para el fomento de su tráfico, desconocer las condiciones de las promesas que con ésta suelen celebrar precisamente con tal objetivo, so pretexto de que esas condiciones hayan variado en el transcurso de un lapso más o menos largo y aun por causas extrañas, como lo son las fluctuaciones monetarias o el desarrollo urbano o rural.

“Todas las anteriores reflexiones inducen a la Corte, según quedó anunciado, a prohiar una solución intermedia que mejor consulte la realidad social y los dictados de la justicia, solución esta que claramente surge de una interpretación científica de nuestros actuales ordenamientos legales con las siguientes determinaciones: a) La promesa de celebrar un contrato en condiciones que ya desde el otorgamiento de la misma acusen una lesión enorme, no es obligatoria, siempre y cuando que dicho contrato sea de aquellos que la ley permite rescindir por tal motivo, como la compraventa común de bienes inmuebles o la permuta de los mismos. El artículo 89 de la Ley 153 de 1887 expresamente le ofrece al prometiende que ha de resultar lesionado una excepción perentoria para enervar las acciones de su contraparte: no la de lesión enorme, porque este vicio carece de operancia legal en la promesa de contratar, en sí misma considerada, y que solo genera obligación de hacer, la de celebrar el contrato prometido; sino la excepción de nulidad de dicha promesa, fundada

en el numeral 2º del precitado artículo, o sea por referirse ésta, a su vez, a un contrato que la ley declara ineficaz.

“Lo dicho significa que la Corte tampoco comparte la opinión de quienes piensan que “los contratos ineficaces” a que se refiere aquel precepto legal sean únicamente los afectados de nulidad absoluta y no aquellos otros que solo son rescindibles por adolecer de nulidad relativa.

“El aludido precepto no autoriza tal distinción; por el contrario la condena. La fórmula de Bello y del Código Chileno expresó en general: ‘2º, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces’. Innesaria y erróneamente nuestro legislador de 1887 agregó: ‘Por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (quiso citar el 1502) del Código Civil’. Pues bien, tanto en aquella fórmula original como en esta adición quedan incluidos todos los requisitos que, conforme a los artículos 1740 y siguientes del C. Civil, de faltar el tiempo del otorgamiento del acto respectivo, aparejan la ineficacia o nulidad de éste. Así, por ejemplo, la incapacidad legal de los agentes, sea absoluta o relativa, genera dicha ineficacia. Luego, el precepto que se comenta cobija por igual, la nulidad absoluta y la relativa.

“b) Perfeccionado el acto prometido, el agente que se considere lesionado puede incoar las acciones de la ley. Entonces, de conformidad con las reglas generales pertinentes a la carga de la prueba, le corresponderá acreditar idóneamente, tanto la existencia del acto impugnado como la consumación al tiempo de la celebración del mismo de la lesión enorme sufrida. Pero el demandado no queda por ello desprovisto de defensa, sino que a su vez puede proponer a manera de excepción el hecho de que el negocio en cuestión no se realizó de manera instantánea, sino que fue el fruto de un proceso de gestación más o menos dilatado en el cual las condiciones del mismo quedaron definitivamente preestipuladas en una promesa otorgada cuando tales condiciones no estructuraban lesión en el grado sancionado por la ley. Desde luego, la prosperidad de

esta excepción depende de la plena demostración de sus elementos axiológicos, a saber: la existencia de la promesa válida, otorgada por escrito como lo prescribe la ley ad-substantiam, y que las condiciones económicas pactadas en dicha promesa eran entonces equitativas o, a lo menos, que no alcanzaban a estructurar el vicio legal.

“Las preindicadas determinaciones que implica la solución intermedia adoptada por la Corte encuentran también firme apoyo en el postulado de buena fe en la ejecución de los actos jurídicos consagrado en el artículo 1603 del C. Civil, el que resultaría manifiestamente quebrantado cuando quien ha prometido la celebración de un acto en condiciones normales y justas, y, por ende, benéficas para él, pretendé después prevalecerse de expresiones literales empleadas por la ley como las de los artículos 1947 y 2231 para aprovecharse de modificaciones económicas que también eran normalmente previsibles dada la índole del negocio y la prospectada duración de su desarrollo”.

Fluye de todo lo anterior que aunque el acto atacado se ejecutó en desarrollo de la promesa de celebrarlo que le antecedió, sí es vulnerable, demostrándose que adolece de lesión de ultra mitad.

Por lo cual, conclúyese que el cargo no prospera.

Cargo tercero

Dice el censor que por haber incurrido el Tribunal en “manifiesto error de hecho a causa de que se basó en un dictamen pericial alejado de todas las realidades que ha debido enfocar”, indirectamente violó “el artículo 1947 del C. Civil tomado con la recta interpretación que en el capítulo anterior se le fijó a la última cláusula del precepto”.

Como soporte de esta acusación aduce las siguientes razones:

Que el juez y el Tribunal acogieron el dictamen de los doctores Olarte de Mier y Rincón Lara como demostrativo de la lesión enorme sufrida por la señora de Peraza al enajenar en \$ 70.000 lo que valía

\$ 325.390.20; que “no se tuvo en cuenta que el precio de la enajenación dado en la escritura era el que se había convenido en la promesa, cerca de tres años antes; que los peritos “limitaron sus investigaciones” a la fecha del 28 de mayo de 1958, día del otorgamiento de la escritura de traspaso con la cual se cumplió lo prometido; que no se dieron cuenta de que de 1955 a 1958 varios factores económicos hicieron oscilar el precio de la propiedad raíz como lo demuestran los distintos avalúos catastrales, pues “el globo de terreno de la calle 12”, de 1953 al segundo semestre de 1955, tuvo un valor de \$ 250.000, a partir del segundo semestre el avalúo bajó a \$ 107.000 y durante el año de 1957 figuró con un avalúo de \$ 6.000; que “en cuanto a las transacciones de finca raíz son dignas de atención algunas de las que cita el perito Sánchez”: que en la escritura 5382 de 7 de octubre de 1955, “pocos meses después de suscrita la promesa de dación en pago Carlos J. Peraza y doña Evangelina de Peraza le vendieron al Distrito Especial de Bogotá una zona de terreno segregada del inmueble materia de este pleito” a \$ 35.00 la vara cuadrada; que Carlos J. Peraza vendió al mismo Distrito, como consta en escritura 7346 corrida el 13 de diciembre de 1957, “cinco meses y medio antes del 28 de mayo de 1958, fecha de la escritura de dación en pago” un lote de terreno en la calle 13 a \$ 6.00 la vara cuadrada.

Termina la censura expresando que ninguno de estos elementos de juicio tuvieron en cuenta los peritos Olarte y Rincón, porque se les pidió dictamen sobre el precio del inmueble a la fecha de la escritura de dación en pago. “Error fatal que desquicia el dictamen haciéndole insuficiente. Pues la investigación ha debido comprender todo el lapso corrido desde la época de la promesa de dación hasta su cumplimiento. Fue un experticio manifiestamente incompleto”.

La Corte considera

La única norma que señala como transgredida la censura es el artículo 1947 del C. Civil, que reza:

“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que pagó por ella.

“El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

Limitase esta disposición, como aparece de su texto, a describir cuándo se parece la lesión por una o por otra parte contratante. Esa norma, en presencia de la situación fáctica que contempla, ni crea, ni declara, ni modifica, ni extingue relaciones jurídicas entre las partes, ni frente a terceros, por lo cual no es norma sustancial.

Por consiguiente, apuntando el motivo primero de casación al restablecimiento de los preceptos de esta naturaleza quebrantados por los Tribunales, síguese que si la censura, dentro del marco de la causal primera, no indica como infringida norma alguna de ese linaje, el cargo es impróspero.

Así sucede en el caso presente.

Cuarto cargo

Denúnciase infracción del “ordinal 3º del artículo 1932 del C. Civil por aplicación indebida resultante de que la disposición que ha debido aplicar era el inciso segundo del artículo 1948 citado, en relación con los artículos 964, numeral 3º, 965 y 1966 del mismo Código, que gobiernan lo relativo a los derechos del poseedor de buena fe”.

Expresa el censor que el Tribunal aplicó, por analogía, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1932 del C. C. para la resolución del contrato de compraventa por no haberse pagado el precio, por lo cual consideró al demandado como poseedor de mala fe y, por tanto, con derecho únicamente a que se le abonen las expensas necesarias empleadas en la conservación de la cosa objeto de restitución como lo manda el artículo 965 ibídem.

“De semejante aplicación analógica infiere el Tribunal la calificación de mala fe con que debe considerarse al adquirente vencido en la acción rescisoria por lesión enorme al enajenante.

“Pero resulta que el Tribunal no vio que precisamente en el capítulo del C. Civil que reglamenta la acción rescisoria de la venta por lesión enorme, encuéntrase el artículo 1948, cuyo numeral segundo regula el caso del comprador vencido, que no deberá intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda. Es decir que la misma ley coloca a ese comprador en el campo de la buena fe, a la luz del ordinal 3º del artículo 964 ibídem”.

La Corte considera

1. La doctrina jurisprudencial ha dicho insistentemente que la calificación que haga el Tribunal sobre si una persona es poseedor de buena o mala fe, es asunto que solo puede variarse en casación si se demuestra que el fallador cometió un error evidente de hecho en esa conclusión. Pero esta doctrina no tiene la rigidez que aparentemente resulta de la forma como siempre se ha enunciado, pues admite excepciones que son precisamente los casos en que esa calificación no es el resultado de una operación dialéctica del Tribunal, sino su acatamiento de norma legal que califica previamente como poseedor de buena o mala fe a determinada persona por encontrarse dentro de la situación que la misma disposición legal contempla. Cuando el artículo 1932 del C. Civil determina que para el abono de los deterioros al vendedor, en el caso de resolución de la venta por no haberse pagado el precio, el comprador será considerado como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado, está haciendo una calificación que, de no ser aceptada por el fallador, determinaría su violación. De consiguiente, si el Tribunal en el ejemplo propuesto, considerara al comprador como poseedor de buena fe, contrariando lo que la misma norma estatuye, no violaría la ley de modo indirecto por la comisión de un error de hecho, sino por vía directa, por falta de

aplicación de la norma que previamente ha calificado como poseedor de mala fe al comprador cuando la venta ha sido resuelta por falta de pago del precio y no demostró la causa de exculpación que la misma ley señala.

2. Ajústase, entonces, a la técnica de casación el ataque formulado en este último cargo; y es acertado, además. En efecto, expresamente dispone el artículo 1948 del C. Civil que, decretada la rescisión por lesión enorme, no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

Entonces, si para resolver una situación expresamente contemplada en el artículo 1948 citado, atinente a la rescisión por lesión enorme, el Tribunal aplicó lo dispuesto en el artículo 1932 de la misma obra que regula una situación diferente que concierne a resolución del contrato de venta por no haberse pagado precio, conclúyese certeramente que infringió por la vía directa y por aplicación indebida esta última disposición y, por falta de aplicación, la primeramente citada.

Por lo expuesto, el cargo prospera y conduce a la casación de la sentencia recurrida.

Fundamentos de la sentencia de instancia

Como fueron imprósperos los cargos que se dirigían a quebrar las conclusiones del Tribunal en cuanto negó las pretensiones principales de simulación relativa y sus consecuenciales, y en cuanto decretó la rescisión por la lesión enorme sufrida por la solvens en la dación en pago a que se refiere la escritura atacada, tales decisiones quedan en firme.

Para fundar la concerniente a prestaciones mutuas, aspecto que fue la precisa materia del cargo que prosperó, se considera:

El juez de primer grado estimó acertadamente que por ser procedente el pronunciamiento de la rescisión por lesión enorme debía darse aplicación al artículo 1948 del C.

Civil, inciso 2º, en cuanto dispone que, decretada la rescisión, "no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda", y que, por tanto, como se solicitó en la segunda petición subsidiaria, in-fine, del libelo introductorio de este juicio, los herederos de la solvens, deben devolver al accipiens el valor de la dación con sus intereses legales desde el día de la demanda, y éste, a su vez, debe restituir a aquellos el inmueble con sus frutos naturales, desde la misma fecha.

De consiguiente, por este aspecto, la sentencia de primer grado no ofrece ningún reparo, razón por la cual también debe ser confirmada en ese punto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario adelantado por Cecilia Peraza de Bradford contra Carlos J. Peraza, en cuyo lugar y actuando como juzgador de instancia, RESUELVE: Confírmase la de primer grado proferida por el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, el veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Las costas de la segunda instancia corren a cargo de los apelantes.

Condénase a la parte demandante al pago de costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Ernesto Cediél Angel, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Luis Acevedo Acevedo, Conjuez, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.