

FACULTAD DE DERECHO

COLECCIÓN
GRANDES TEMAS
DE JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

SENTENCIAS
ESCOGIDAS
DE
JOSÉ
HERNÁNDEZ
ARBELÁEZ



Universidad de Bogotá
JORGE TADEO LOZANO

**Sentencias
Escogidas de
José Hernández Arbeláez**

*Grandes Temas de
Jurisprudencia Colombiana*



JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ

1902 - 1965

FACULTAD DE DERECHO
COLECCIÓN
GRANDES TEMAS
DE JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

**SENTENCIAS
ESCOGIDAS
DE
JOSÉ
HERNÁNDEZ
ARBELÁEZ**



Universidad de Bogotá
JORGE TADEO LOZANO
BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA, 2003

Hernández Arbeláez, José

Grandes Temas de Jurisprudencia Colombiana – Obra recopilada – Bogotá:
Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Facultad de Derecho,
2003.

682 págs. 17 x 24 cm

ISBN 958-9029-53-1

**FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ JORGE TADEO LOZANO -
FACULTAD DE DERECHO**

Carrera 4 No. 22-61 – PBX: 242 7030 – www.utadeo.edu.co

RECTOR: JAIME PINZÓN LÓPEZ

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO: CAMILO CAICEDO GIRALDO

DIRECTOR EDITORIAL: ALFONSO VELASCO ROJAS

ISBN 958-9029-53-1

PRIMERA EDICIÓN: Agosto 2003

COLECCIÓN: Estudios de Derecho y Jurisprudencia

© FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

DIRECCIÓN GENERAL DE LA OBRA: JAIME PINZÓN LÓPEZ
ALBERTO LOZANO SIMONELLI
JUAN CARLOS APONTE ROMERO

RECOPILACIÓN: JUAN CARLOS APONTE ROMERO
FABIO AUGUSTO ARISTIZÁBAL OSSA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN: PATRICIA CARO MARTÍNEZ (SERVIGRAPHIC LTDA.)

DISEÑO DE CARÁTULA: FELIPE DUQUE RUEDA

COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA: HENRY COLMENARES

CORRECCIÓN DE ESTILO: JUAN CARLOS APONTE ROMERO
FABIO AUGUSTO ARISTIZÁBAL OSSA

IMPRESIÓN: SERVIGRAPHIC LTDA.

PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL DE ESTA OBRA
POR CUALQUIER MEDIO SIN AUTORIZACIÓN DEL EDITOR

IMPRESO EN COLOMBIA
PRINTED IN COLOMBIA

CONTENIDO

PRIMERA PARTE CONMEMORACIÓN ACADÉMICA DE UN CENTENARIO

NOTA INTRODUCTORIA
Camilo Caicedo Giraldo XI

HOMENAJE AL DOCTOR JOSÉ HERNANDEZ ARBELÁEZ
Jaime Pinzón López XIII

PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL DR. ANTONIO COPELLO
FACCINI, Presidente del Consejo Directivo de la Fundación Universidad
Jorge Tadeo Lozano, en representación del Consejo Directivo y del señor
Rector, en el acto académico celebrado el 29 de julio en el auditorio Fabio
Lozano, para conmemorar el centenario del nacimiento del profesor José
Hernández Arbeláez 1

PALABRAS DR. JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ 9

SEGUNDA PARTE GRANDES TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ Jurista y magistrado ejemplar

1. Sala de Casación Civil. Acción de simulación de un contrato de compra-venta de inmuebles. Simulación fraudulenta o ilícita 13
2. Se casa el fallo que despachó negativamente una demanda reivindicatoria y en su lugar se ordena la restitución de una parte, parte del predio reclamado 27

3. Simulación y nulidad	42
4. Acción resolutoria. Casación. No es tercera instancia que abra de nuevo el debate. La simple interpretación de los medios con criterio distinto del que guiara al Tribunal no alcanza a prevalecer en casación. Los perjuicios por el incumplimiento. Condición resolutoria tácita. La excepción <i>non adimpleti contractus</i> mira a la titularidad. Consecuencias del éxito de la pretensión resolutoria: a) para el comprador; b) para el vendedor	69
5. Casación. Es recurso extraordinario y estricto. Condiciones de la demanda	84
6. Simulación y nulidad. Son acciones distintas. Finalidad y características de la primera. Situación de los terceros frente a las sentencias pronunciadas en una y otra acción. En la simulación que afecta las legítimas, el legitimario actúa <i>iure proprio</i>	90
7. Bienes vacantes, mostrencos, inmuebles por destinación. Bienes vacantes y mostrencos. Características de estos últimos. Inmuebles por destinación. Rieles y elementos complementarios destinados a la construcción de líneas férreas. Carga probatoria. Auto para mejor proveer. La vacancia de inmuebles. Inadmisibilidad de cargos subsidiarios en casación. Contra fallo totalmente absoluto no procede la causal 2ª de casación	104
8. Simulación. Valoración de la prueba. Simulación de negocios jurídicos entre concubinos. Valoración de la prueba por indicios. Casación por apreciación errónea de los indicios. Confesión	120
9. Acción resolutoria. Responsabilidad por la pérdida o deterioro del objeto. Acción resolutoria en compraventa de bienes muebles. Responsabilidad por la pérdida o deterioro del objeto: antes de efectuarse la tradición, en la venta bajo condición suspensiva y en la venta con pacto de reserva del dominio. Causal 2a. de casación	135
10. Venta de bien ajeno. Formas de cesión de derechos hereditarios. Alcance de la tradición verificada por quien no es verdadero dueño. Venta como cuerpo cierto de un bien perteneciente a sociedad conyugal disuelta e ilíquida. Formas de cesión de derechos hereditarios	156

11. Compraventa en procuración. Accesión. Compraventa efectuada por procuración y simulación entre mandante y mandatario. Accesión de mueble a inmueble	165
12. Simulación. Consonancia entre la demanda y la sentencia absolutoria dictada en juicio para que se declare la simulación de un contrato. Casación por error en la apreciación de la prueba indiciaria	179
13. Simulación. Confesión. Efectos de la simulación entre las partes contratantes frente terceros. Valor de la escritura pública. Prueba de la simulación. Ineficacia del pacto secreto. Confesión antes de juicio y confesión extrajuicio. Valor probatorio de la confesión hecha ante juez que no es competente. Prueba de las obligaciones mayores de \$ 500.00	192
14. Acción reivindicatoria. Interpretación de los contratos. Reivindicación por parte de un comunero. Interpretación de los contratos	211
15. Acción reivindicatoria. Aplicación del artículo 1875 del Código Civil	229
16. Acción reivindicatoria. Recurso de alzada	235
17. Acción resolutoria. Acción de nulidad de un contrato de compraventa celebrado por una de las partes por medio de mandatario	254
18. Acción resolutoria de un contrato de compraventa por incumplimiento de una de las partes y consecuencial de indemnización de perjuicios. Responsabilidad de los urbanizadores por la negativa de la autoridad municipal en conceder licencia a los compradores de lotes para construir. Interpretación de los contratos	270
19. Acción de recobro. Accesión. Abuso del derecho de retención. Condiciones de la acción de recobro. Accesión por edificación, plantación o sementera. Abuso del derecho de retención. Buena o mala fe relativamente a expensas y mejoras	292
20. Acción de enriquecimiento sin causa. Concubinato. Origen histórico de la acción de enriquecimiento sin causa. Es una acción subsidiaria. Elementos constitutivos. El concubinato ante la ley. Éste no prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados	303

21. Interés de los legatarios en la partición de bienes. Interés jurídico de los legatarios en la partición de bienes de un juicio sucesorio.	321
22. Instrumentos negociables. Firma	326
23. Influencia del fallo penal en el juicio civil. Valor probatorio de la sentencia dictada en proceso criminal. Indignidad para suceder. Responsabilidad por cometerse el hecho en estado de anormalidad	332
24. Desestimiento del arrendatario en contrato de arrendamiento	342
25. Condiciones para la accesión de terrenos aluviales	358
26. Apreciación por el sentenciado de la buena o mala fe del poseedor vencido en reivindicación. Ataque en casación por este extremo del fallo	368
27. Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con una denuncia criminal. Cuando una denuncia criminal puede ocasionar indemnización de los perjuicios que con ella se causen al denunciado	374
28. Acción de nulidad de un juicio y consecuencial de reivindicación. Declaración de haber adquirido por medio de la usucapión	396
29. Apertura de la sucesión. El derecho de herencia. Esta no es susceptible de verse afectada por actos dependientes nada más que de la autonomía personal del heredero, quien responde entonces <i>iure proprio</i> y no <i>iure hereditario</i> . Cuando la indemnización debida por culpa aquiliana encuentra causa en la actividad personal del heredero, el interés sucesorio que al obrar hubiese tenido, no desplaza de sus hombros la responsabilidad que le incumbe para trasladarla a la herencia. La sucesión carece de personería para ser representada en juicio	410
30. El mandato. Como el simple mandato del acreedor para recibir del deudor el pago de una suma determinada de dinero no inviste al mandatario de facultades administrativas ni dispositivas sobre lo percibido en el desempeño de su encargo, su deber consiste en entregar cuanto antes al comitente lo que en su nombre ha recibido, sin que sea menester previa rendición de cuentas cuando de antemano no se conoce el monto de lo pagado por el deudor	419

31. Donaciones remuneratorias. Su naturaleza jurídica	424
32. El error como vicio del consentimiento. Error en la naturaleza del contrato, sobre la identidad de la cosa, en la sustancia y sobre una calidad esencial del objeto. Incidencia en casación. Ratificación. Efectos de la nulidad declarada. Declaraciones consecuenciales	439
33. Finalidad jurídica y económica del deslinde y amojonamiento.	457
34. Justo título. Buena fe. Derechos hereditarios	466
35. Baldíos. Su adquisición por la ocupación. El régimen legal de baldíos frente a las normas comunes de la accesión. La violencia generalizada como vicio del consentimiento. Ni en la instancia y menos en casación, puede el actor cambiar el vínculo jurídico-procesal	474
36. Novación. Requisitos para que la haya. Estimación que compete al sentenciador cuando la voluntad novatoria no ha sido expresa. El régimen de circulación y tránsito no altera ni sustituye las normas sustanciales de derecho	488
37. Pertenencia. Procedimientos que admite la acción. No son de elección libre para el prescribiente. La vía para emplazamiento está subordinada en concreto a que falten personas conocidas o presupuestos interesados que el demandante no podía ignorar	497
38. La equidad en los contratos de tracto sucesivo. El plano equitativo en contrataciones que se renuevan día a día como el arrendamiento de cosas, circunscribe la responsabilidad recíproca de las partes y ninguna de ellas puede deducir pretensión valedera enjuicio con fundamento en lo que habría de ser su propia culpa. Requisitos esenciales de la conducción tácita	509
39. Sala de Casación Civil. Promesa de compraventa. Enajenación de ejidos. Formación de consentimiento de los municipios	517
40. Corresponda a la uniformidad. Aguas de uso público y aguas de dominio privado. Las del dominio público no pasan a ser dominio privado por el hecho de que una persona llegue a ser dueña de todos los terrenos que la vertiente atraviesa. No abusa del derecho quien razonablemente lo ejerce sin lesión del procomún	535

41. Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores. Si al padre se presume responsable cuando ejerce la patria potestad en el caso del artículo 2347 del Código Civil, nada impide que conforme a la norma común del artículo 2341 <i>ibidem</i> se pruebe la culpa de la madre en la vigilancia del hijo, para que se demuestre su propia responsabilidad	546
42. Buena o mala fe del poseedor vencido en reivindicación. Apreciación por el sentenciador de la buena o mala fe del poseedor vencido en reivindicación. Ataque en casación por este extremo del fallo	558
43. Formalidades. Derecho de persecución. Traba en el juicio hipotecario de venta. La indivisibilidad de la hipoteca no impide la venta o el remate de una parte determinada de la cosa que soporta el gravamen. Contra quién debe dirigirse el procedimiento especial de venta del bien hipotecado. Inoponibilidad	564
44. Sala de Casación Civil. Reivindicación	578
45. El derecho de herencia. Cesión	586
46. Compraventa. Se rige por la simetría contractual	601
47. Acción declaratoria de dominio y restitutoria de un predio rústico	611
48. Filiación natural. Maneras de probarla	618
49. Sala de Casación Civil. Testamento cerrado otorgado en el extranjero	625
ÍNDICE ANALÍTICO	643

NOTA INTRODUCTORIA

La Facultad de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano presenta con orgullo este primer tomo de la serie que se denominará **Grandes Temas de la Jurisprudencia Colombiana**.

Inicia esta serie el gran jurisconsulto, magistrado, hombre de letras, profesor universitario, José Hernández Arbeláez, quien le dió lustre al ejercicio del derecho y a la magistratura en Colombia.

La idea central de la Facultad, es la de incluir no solamente las sentencias escogidas, sino el análisis temático que es muy útil para su consulta posterior. Como lo indica su nombre “Grandes Temas” incluye el tratamiento de ellos a través de casos prácticos y reales que son los que se someten a fallos por parte de los magistrados. Es así como el error comunis, la simulación, la resolución contractual, etc. aparecen en los textos respectivos, facilitándose su consulta.

Después del Doctor Hernández Arbeláez iremos escogiendo otros magistrados que como él, fueron artífices de grandes jurisprudencias que han enriquecido el foro en Colombia. Al cabo de cierto tiempo quedará conformado un gran diccionario jurídico de utilidad invaluable para el ejercicio del Derecho.

Para la recopilación y ejecución de ésta obra, así como para la elaboración de los índices, contamos con la invaluable colaboración de los

Doctores Juan Carlos Aponte, Director del Consultorio Jurídico y Fabio Aristizábal, Coordinador del Centro de Conciliación de la Facultad, quienes hicieron un serio y cuidadoso trabajo, que ha permitido la aparición de ésta obra, que contribuirá a enriquecer la bibliografía jurídica de nuestro país.

Quiero también agradecer al Rector de la Universidad Dr. Jaime Pinzón López y al Dr. Alfonso Velasco, Director del Departamento de Publicaciones e Imagen Corporativa de la Universidad, su colaboración, para que esta obra salga al público con la calidad que siempre tienen las ediciones de la Tadeo y así mismo destacar la labor del Dr. Alberto Lozano Simonelli, ilustre miembro de nuestro Consejo Directivo, cuyo valioso aporte, inspiración y entusiasmo, contribuyó a hacer de éste proyecto una realidad.

CAMILO CAICEDO GIRALDO

Decano Facultad de Derecho

HOMENAJE AL DOCTOR JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ

29 de julio de 2002

El homenaje que rinde la universidad al doctor José Hernández Arbeláez, en conmemoración del centenario de su nacimiento, es una profesión de fe por la justicia y el derecho, en un país donde necesitamos juristas probos, dispuestos hasta a ofrendar su vida por principios inherentes a la civilización y el orden comunitario.

Su trayectoria como abogado y magistrado se proyecta en el tiempo y en sus descendientes, tal el caso de nuestro consejero Juan Hernández Sáenz, quien ha seguido con dignidad la trayectoria de su ilustre padre. Para nuestros estudiantes, en especial quienes cursan la carrera de Derecho, el repaso de la actividad desarrollada por compatriotas meritorios y de sus sentencias dictadas en justicia, tiene que servir de ejemplo, en medio de una crisis de valores que persiste en el tiempo, cuando las críticas crecen en cuanto al imperio de la impunidad y al alto grado de corrupción.

En este acto solemne, el presidente del Consejo Directivo, doctor Antonio Copello, llevará la palabra en nombre nuestro; y, en mi caso, solamente quiero expresar, como rector, la satisfacción porque sea aquí y acompañado por sus hijos y familiares, que se realice el homenaje. Reafirmamos entonces la célebre sentencia de Lammenais: “El derecho y el deber son como las palmeras; no dan frutos si no crecen uno al lado del otro.” Actos como este son los que nos permiten mantener la esperanza en la vigencia de la Justicia y del Derecho.

JAIME PINZÓN LÓPEZ

**PALABRAS PRONUNCIADAS POR EL DR.
ANTONIO COPELLO FACCINI, PRESIDENTE
DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA FUNDACIÓN
UNIVERSIDAD JORGE TADEO LOZANO, EN
REPRESENTACIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO, Y
DEL SEÑOR RECTOR, EN EL ACTO ACADÉMICO
CELEBRADO EL 29 DE JULIO EN EL AUDITORIO
FABIO LOZANO, PARA CONMEMORAR
EL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DEL
PROFESOR JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ**

En cumplimiento de la decisión adoptada por el Consejo Directivo y que consta en el acuerdo que se ha leído me corresponde decir unas palabras con ocasión de este acto académico en homenaje a la memoria del profesor José Hernández Arbeláez, al celebrar el primer centenario de su nacimiento.

En el seno de un hogar cristiano formado por un eminente médico de Medellín, Juan Francisco Hernández Uribe, y doña María Luisa Arbeláez Gómez, oriunda de Rionegro, nació el 2 de febrero de 1902 un niño bautizado con el nombre de José, nieto del doctor Sinfiorano Hernández Carvajal, quien fuera presidente del estado Soberano de Antioquia, y de su esposa, María Josefa Uribe Ochoa.

Estudió sus primeras letras en el colegio de Rionegro y los continuó en el colegio de San Ignacio de Medellín, donde obtuvo su título de bachiller; realizó estudios de jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Bogotá, donde se graduó de abogado a los 23 años de edad.

Las raíces antioqueñas de este gran Colombiano son, pues, indudable y reflejadas siempre en su personalidad. *“La raza, escribía el filósofo Cayetano Betancur, las tradiciones, el ambiente espiritual y un poco el clima, han hecho de Antioquia este núcleo humano cuyas virtudes y defectos son tan característicos. Mientras que en Bogotá predomina la gana, en Antioquia impera la voluntad. De los países visitados por el conde de Keyserling, Chile es el único de América en que la voluntad tiene su asiento sobre la gana, en que el espíritu prevalece sobre lo simplemente telúrico; ya desde el tiempo en que don Mariano Ospina Rodríguez escribía la vida de José Félix de Restrepo se advirtió el parecido entre Antioquia y Chile. En Antioquia el tipo predominante en la sociedad es el campeón de industrias y el hombre de estudios serios y metódicos; el poeta el gran conversador de salón, el hombre bondadoso, ocupan un plano inferior en la estimación social”.*

Tres fueron las actividades principales del profesor Hernández Arbeláez, quien a pesar de haber vivido la mayor parte de su existencia en Bogotá, conservó fielmente las traducciones del más puro origen antioqueño y más concretamente de Rionegro, donde la estirpe de los Arbeláez se confunde con la ciudad misma, que en el siglo XIX produjo literatos de la talla de Diego Tobón Arbeláez, dirigentes empresariales de gran trayectoria en Antioquia y en el país y figuras eclesiásticas de vasta influencia en la vida de la nación, como el arzobispo Juan Manuel González Arbeláez, quien después de su forzoso definitivo en la catedral de Rionegro.

Aquellas fueron la cátedra, la magistratura y el ejercicio profesional. Profesor de derecho romano, de derecho comercial y de legislación Bancaria durante más de treinta años en la Universidad Nacional y en los claustros rosaristas, fue igualmente decano durante dos años de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional, Superintendente Bancario y Subgerente del Banco de Bogotá.

Pero fue en la magistratura de la Corte Suprema de Justicia en dos periodos donde dejó profunda huella de su sabiduría como jurista insigne, de su conciencia recta y de su probidad en la tarea imponderable de administrar justicia. Recordar a los miembros de lo que se llamó

entonces la Corte Admirable es evocar un momento estelar del foro colombiano: Darío Echandía, Eduardo Rodríguez Piñeres, Luis Felipe Latorre, Antonio Rocha, José Hernández Arbeláez, Alberto Zuleta Ángel, Carlos Arango Vélez, Germán Orozco Ochoa, Luis Eduardo Mejía, Néstor Pineda y Manuel Barrera Parra.

En el segundo periodo elegido por el Congreso Nacional fue compañero de muy eminentes jurisconsultos: José J. Gómez, Julián Uribe Cadavid, Samuel Barrientos Restrepo, Ramiro Araújo Crau, Gustavo Fajardo Pinzón, Luis Alberto Bravo, Aurelio Camacho Rueda, Luis Fernando Paredes.

Fue presidente de la Corte Suprema de Justicia en dos oportunidades, caso quizás único en la historia de esa ilustre corporación: la primera en 1959 y la segunda en 1965. Leer las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de aquella época es una experiencia reconfortante para cualquier estudioso del derecho, Quedaron plasmadas en ellas sus profundos conocimientos jurídicos, en un lenguaje elegante y severo, no extraño en quienes se habían familiarizado con los autores clásicos, como Jovellanos en su *Informe sobre la Ley Agraria*, las empresas de Saavedra Fajardo y las mejores páginas de Quevedo, sin olvidar a Cervantes, donde abrevaron estos maestros del derecho un conocimiento del idioma y una *elegantia juris* sin par.

Si la jurisprudencia constituye fuente del derecho recurrir a ella es oportunidad para repasar la enseñanza magistral de tan insignes jurisconsultos; en ese repaso de algunos fallos de la Corte de aquel periodo, he encontrado el del 12 de diciembre de 1955, en el cual la Corporación se abstuvo de casar una sentencia del Tribunal Superior de Medellín del 18 de enero de ese año con ponencia del magistrado José Hernández Arbeláez:

No es de reciente data el principio según el cual se puede repetir lo que enriqueció a otro sin causa o por virtud de causa injusta. Es necesario sin embargo que las primitivas culturas se alejen del sentido materialista anexo a la fórmula jurídica sacramental de que arranca el vínculo obligatorio y que penetre en su organización el influjo vital de las ideas filosóficas, para que se rompan los moldes arcaicos y la voluntad libre y espontánea llegue a

ser el principal elemento en el régimen de las obligaciones. Así es como en el derecho histórico romano, la filosofía griega permitió a los jurisconsultos VETERES, de fines de la República, desprender la norma fundada en la equidad natural que impide el enriquecimiento injusto en detrimento de otro, como principio de tanta importancia y extinción que pudo ser considerado no sólo como perteneciente al derecho civil sino también al derecho de gentes:

NAM HOC NATURA EQUUM EST NEMINEM CUM ALTERIUS DETRIMENTO ET INIURIA FIERI LOCUPLETIOREM.

Es contrario a la esencia del derecho que alguno retenga cosas en su patrimonio a expensas ajenas, sin causa o por consecuencia de causa injusta. Para restablecer el equilibrio, según el precepto invariable que manda dar a cada uno lo suyo la jurisprudencia romana se valió de la *condictio* como acción personal de derecho estricto, fundada en las leyes Silia y Calpurnia, que por ser abstracta y no necesitar, por lo mismo la indicación de su causa eficiente tuvo flexibilidad bastante para adaptarse a diversas hipótesis de enriquecimiento injusto, el que, a través de la *condictio sine causa* como denominación genética, vino a constituir fuente nueva de obligaciones y a darle vuelo y amplitud al sistema contractual romano, que si no llegó nunca a consagrar la autonomía de la voluntad alcanzó grandes alturas en materia de pactos y convenciones innominadas.

Al lado del contrato y de los hechos ilícitos, entra al derecho de obligaciones el enriquecimiento sin causa, como origen de los principales vínculos jurídicos, nacidos *EX VARIIS CAUSARUM FIGURIS*, de que habla Gaio. El criterio bizantino toma de allí la idea poco científica del cuasi-contrato que hizo tránsito al Código Civil francés y al Código Civil colombiano, por donde no aparece en estas legislaciones el texto expreso que defina el enriquecimiento injusto y lo erija en general como fuente civil de obligaciones, si bien es cierto que así es mirado por la doctrina y la jurisprudencia, en mérito de que toda la organización del derecho y el sistema de los contratos y obligaciones tiende siempre al fin preciso de evitar que el enriquecimiento injusto se consume. Nunca se han admitido por el

derecho figuras eficaces de donde puedan emanar obligaciones que no obedezcan a causa legítima; y a tal punto es respetado ese criterio jurídico fundamental que su desconocimiento, sin necesidad de texto expreso, sirve de base para sustentar el recurso de casación ante la Corte por violación de normas sustantivas emanadas directamente de la equidad, cuando sean aplicables a la materia del juzgamiento o en último término por el quebranto de los artículos quinto y octavo de la ley 153 de 1887 y 1524 del Código Civil.

Cierto que el vocablo causa es anfibológico y que en materia de enriquecimiento injusto busca referirse al origen del vínculo jurídico, puesto que se trata de una fuente de obligaciones civiles, pero no es un concepto inseparable de la intención ni de la idea de fin, porque fue así como aquel principio de equidad natural pudo influir en la economía jurídica y ampliar y darle vida al campo de la contratación. Si en los términos del artículo 1524 del Código Civil, “No puede haber obligación sin una causa real y lícita” y “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”, es indudable que cuando el enriquecimiento y el relativo empobrecimiento, emanan de un acto, la existencia o inexistencia de la causa y su legitimidad se encuentran en función del motivo determinante que en concreto pusiera en movimiento el querer y obrar del sujeto de derecho.” (*Gaceta Judicial* Nros. 2160-2161 páginas 724 y siguiente).

Me he detenido en esta jurisprudencia en la cual no se sabe qué admirar más, si la pureza del idioma, la claridad del texto, la profundidad de los conocimientos metafísicos, la más rigurosa lógica y la aplicación de los principios e instituciones del derecho romano; no extraña en quien como el profesor Hernández Arbeláez había dictado la materia durante varios años y conocía profundamente el espíritu y la letra de aquél.

Además esa Corte Admirable y la que había administrado justicia algunos lustros antes cumplieron igualmente la histórica tarea de contribuir a la creación del nuevo derecho del cual habló Ripper, y de interpretar normas seculares del Código Civil, en consonancia con los

imperativos de justicia y equidad facilitando la tarea de “arrancar la costra feudal de nuestra historia”, según expresión de Alberto Lleras.

Tres fueron los grandes maestros del derecho cambiario colombiano, cuya materia fue regida por la Ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables hasta la adopción del nuevo Código de Comercio en 1971, ley aquella que la misión de consejos financieros y sus ponentes en el Congreso consideraron como un complemento necesario de la que crearon la fundación del Banco de la República y los establecimientos bancarios. Ellos fueron don Víctor Cock, cuya sabiduría era sólo comparable con su modestia; el profesor José Hernández Arbeláez, quien dictó la materia durante muchos años en el Colegio del Rosario, donde varios de los aquí presentes fuimos sus discípulos, y quien en su condición de asesor jurídico del Banco de Bogotá, unía a su sabiduría la experiencia vivida en el mundo de los negocios, y Emilio Robledo Uribe, maestro de varias generaciones de abogados y cuyo libro de *instrumentos negociables* es a la vez un compendio íntegro de la materia y un tratado de metafísica jurídica como pocos nos honra con su presencia en este acto.

No obstante ser, como escribía Cock 1, “Derecho nuevo incrustado en un sistema legislativo informado por principios diversos a los que sirvieron para informar a aquél” y a pesar de la traducción errónea e inadecuada de la ley americana sobre la materia, le permitió al país, como ya lo afirmaron los ponentes de la Ley 46 “Siendo Inglaterra y los Estados Unidos los países con los cuales Colombia cultiva y está llamada a cultivar por largo tiempo más extensas relaciones comerciales y financieras, tener una armonía de su legislación con la de aquellos dos países lo cual fue un valor inapreciable para el mantenimiento y desarrollo de tales relaciones”; a esa tarea de estudio y de divulgación contribuyeron y de qué manera desde la cátedra estos insignes maestros.

Como lo ha señalado el Consejo Directivo en su acuerdo y como lo ha manifestado el señor rector en sus hermosas palabras de apertura de este acto académico, la universidad ha querido rendir este homenaje, con ocasión del primer centenario de su nacimiento, pues considera que es deber suyo exaltar a quienes bien le han servido a la

república y fueron a lo largo de una meritoria existencia cultivadores del derecho, maestros en la más rigurosa acepción del vocablo y magistrados integérrimos.

Pero este homenaje se extiende a sus dos hijos, Juan y Alberto, en quienes vemos prolongadas las excelsitudes de su stirpe. Juan, tan cercano a nuestros afectos y tan vinculado a la historia de nuestra universidad, miembro del Consejo Directivo desde hace más de treinta años, ilustre antecesor mío en la inmerecida posición que hoy ocupo y rector durante dos periodos. Cuando Juan habla en el Consejo Directivo lo hace la voz de la sabiduría y de la experiencia, de la ponderación y de la medida, del derecho y de la justicia.

Inspirado en esa incomparable palabra portuguesa, la *saudade* o “soledad, abandono, ausencia, tristeza, anhelo, nostalgia”, según el filólogo Karl Vossler, hermana trémula del llanto como la llamó Silvio Villegas, hago una evocación personal. El 24 de mayo de este año, en la intimidad de mi familia, celebramos el centenario del nacimiento de mi madre. Ambos nacieron y murieron con diferencia de escasos meses y fallecieron de la misma causa. Sus noble corazones dejaron de latir: el del magistrado en su despacho de la Corte Suprema de Justicia, entre expedientes y códigos, y ella en un atardecer silencioso, en su casa solariega de Cúcuta, tejiendo después de una vida dedicada a la práctica de la caridad cristiana en sus múltiples manifestaciones. Es un recuerdo y una *saudade*.

PALABRAS DEL DR. JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ

Ante todo quiero manifestarles al señor presidente y a los demás miembros del Consejo Directivo, al señor rector de la universidad, a sus funcionarios aquí presentes y a todos los queridos amigos y amigas que gentilmente nos acompañan, un sincero agradecimiento por la realización de esta inolvidable ceremonia, pues significa para nosotros, los descendientes de José Hernández Arbeláez, un motivo de gratitud con la universidad por el público homenaje que se hace a los valores espirituales, éticos e intelectuales de Hernández Arbeláez

Hay momentos en la vida más propicios para la meditación y el recuerdo que para la palabra. Y este es uno de ellos, cuando por la noble iniciativa de dos de sus alumnos, los doctores Antonio Copello Faccini y Alberto Lozano Simonelli en esta ceremonia regresa del pasado hasta el presente la polifacética figura de mi padre, José Hernández Arbeláez, quien siempre se distinguió por su incuestionable inteligencia su férreos principios morales y religiosos y sus avasalladoras dotes sociales.

Amigo fiel y figura sobresaliente en cualquier reunión social, lograba combinar con ingeniosa habilidad su mente ágil con la palabra amable, ocurrente y graciosa, expresando a través de su conversación amena y sabia, sus profundos conocimientos sobre las más diversas materias, fruto de sus largos estudios y sus placenteros viajes, que compartió con importantes personajes de la vida nacional y del extranjero, muchos de los cuales llegaron a regir el destino de sus respectivas naciones.

Su temprana pasión por las ciencias jurídicas y su gran admiración por el derecho romano, lo llevaron a convertirse en un brillante y reconocido jurista, labor que culminó como magistrado de la Corte Suprema de

Justicia, que presidió en dos ocasiones, entidad que durante el tiempo en el que él estuvo vinculado fue conocida como la Corte Admirable, por sus significativas ejecutorias en bien del país y del desarrollo moderno, equitativo y sabio del derecho colombiano. Desde allí impartió justicia con prontitud y equidad, a través de sentencias caracterizadas por un profundo contenido jurídico y un depurado casticismo, sentando con ellas doctrinas que aún en la actualidad, 37 años después de su fallecimiento, conservan su vigencia en el mundo de la jurisprudencia y que sirven como faro del saber a quienes nos dedicamos al ejercicio del derecho.

De su visión justa y como prueba de la sentencia imperecedera de la ético, como valor supremo de la conciencia que debe regir una sociedad, quiero traer a colación una frase extractada de una de sus sentencias: “Repugna a la razón jurídica que alguien pueda reportar ventaja patrimonial como consecuencia del hecho de que fue declarado penalmente responsable por los jueces del crimen... El sistema de la defensa social que funda la imputabilidad del delito en que el hecho sea producto de la actividad psicofísica del hombre, no toma en cuenta la anormalidad de las facultades psíquicas sino para establecer las sanciones dentro del criterio que busca individualizarlas, pero no para dispensar de responsabilidad al delincuente”. Cuánta falta nos hace hoy en día la presencia de personas que, como mi padre tengan sus principios tan arraigados en el alma que puedan ver con claridad que el perdón jurídico de la pena por la comisión de un delito no significa el perdón de la responsabilidad por el daño social que se causó con él, algo tan discutido en la Colombia actual, en donde los principios esenciales y eternos, tienden a verse supeditados a las conveniencias políticas o económicas y a las presiones forzadas de quienes usan, como único soporte de sus pretensiones, el miedo a la violencia contra los más indefensos, bajo la supuesta apariencia de redentores mesiánicos.

Como hombre generoso con sus conocimientos siempre fue proclive a la docencia universitaria, En forma elocuente y sin egoísmo transmitió a sus alumnos su pensamiento y su experiencia, tratando siempre de explicarles con la mayor claridad y sencillez las más complejas instituciones del derecho. Así pudieron presentarlo sus discípulos, los doctores Diego

Uribe Vargas; Camilo Caicedo Giraldo, Fernando Sanz Manrique y Jaime Forero Valdés; miembros del Consejo Directivo de esta querida universidad.

No puedo dejar de hablar sobre los aspectos de José Hernández Arbeláez que pertenecen a la vida íntima de la familia. Recuerdo con emoción los momentos en los que mi padre nos transmitía a mis hermanos y a mí el amor a Dios y el respeto a los demás, como sólo puede hacerlo un hombre bueno, Recuerdo con emoción los momentos en los que nos infundía el valor y la firmeza para luchar contra la adversidad en las situaciones difíciles de la existencia terrenal, como sólo puede hacerlo un hombre digno y recio de carácter. Recuerdo con emoción sus enseñanzas sobre el amor a Colombia y el respeto a sus leyes, como sólo puede hacerlo un patriota ejemplar. En fin, recuerdo con la más profunda emoción la imagen cariñosa y juguetona que acompañó mi infancia, la imagen comprensiva y atenta que acompañó mi adolescencia, la imagen satisfecha por mis éxitos que acompañó mi edad adulta, , la imagen altiva y complacida por la llegada de sus nietos, la imagen pulcra, inteligente y valerosa que hoy, gracias a ustedes, puedo revivir, con el orgullo humano del hijo de un hombre ejemplar y la humildad agradecida de mi espíritu ante el Dios que así lo dispuso.

SALA DE CASACIÓN CIVIL

ACCIÓN DE SIMULACIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES. SIMULACIÓN FRAUDULENTO O ILÍCITA

- 1. No deben confundirse la nulidad y la simulación pues existen diferencias importantes que permiten que cada uno de estos dos fenómenos jurídicos conserve su fisonomía propia. Las respectivas acciones deben igualmente distinguirse la una de la otra, basándose para diferenciarlas en los hechos que las generan, sin tener en cuenta el nombre que les ponga el demandante.**
- 2. El contrato simulado crea situaciones diferentes entre los contratantes y con relación a terceros. En tratándose de un contrato de aquéllos que ad substantiam necesitan de escritura pública, como es la compraventa de inmuebles, la situación procesal es bien diferente según que el actor tenga la calidad de contratante o la condición de tercero. Este bien puede valerse de todos los medios probatorios previstos por la ley, para demostrar la simulación; no así las partes contratantes que sólo pueden contar con muy restringidos medios de prueba para destruir lo que ellos mismos han declarado en las cláusulas escriturarias.**
- 3. El propósito de insolventarse en fraude de los acreedores constituye causa ilícita que destruye por su base la acción de simulación.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL.
Bogotá, D. E., cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta.**

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

El presente proceso fue iniciado por demanda ordinaria de Jesús Romero Vargas contra su hijo Félix Romero Castro con las siguientes peticiones:

“Primera. Que se declare que es absolutamente nulo, porque es simulado, el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 79 de fecha 16 de marzo del año de 1954 otorgada en la Notaría del Circuito de Charalá y celebrado entre Jesús Romero Vargas como aparente vendedor y Félix Romero Castro como aparente comprador.

“Segunda. Que se declare, además, que es igualmente nulo de nulidad absoluta el contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 79 de fecha 16 de marzo de 1954 de la Notaría de Charalá y celebrado entre Jesús Romero Vargas y Félix Romero Castro, por falta de precio, el cual ni se fijó ni se pagó.

Parágrafo. En consecuencia de cualesquiera de las declaraciones anteriores debe decretarse la cancelación de la diligencia de registro de dicho público instrumento, que lleva fecha 12 de abril de 1954, en el Libro 1º, Tomo I, Partida 214, fl. 128; Matrícula 128, Tomo IV. 101 Tomo II, &, Libro Encino y en Libro 2º, Tomo I, Partida 52 en la Oficina del Circuito de Charalá, a donde debe darse la orden correspondiente;

“Tercera. Que se declare que el título escriturario determinado en las súplicas anteriores y en esta demanda, no produce efectos jurídicos entre los otorgantes y que, en consecuencia, se declare sin valor ni efecto en cuanto a la transferencia del dominio de los bienes allí determinados y se ordene la cancelación de las diligencias de inscripción y matrícula, y se comunique a la oficina correspondiente y en oportunidad.

“Cuarta. Que en caso de oposición se condene al demandado el pago de las costas de este juicio”.

Las aseveraciones de hecho conciernen a que por la citada escritura número 79 de 16 de marzo de 1954 se simuló compraventa en que por precio irrisorio y no pagado de \$2. 500, Jesús Romero Vargas aparentó transferir

en favor de su hijo Félix Romero Castro, además de 5 mulas y 3 yeguas, “todos los derechos y acciones que al exponente le correspondan o a cualquier título le pueda corresponder, ya como gananciales, ya como heredero, ya los adquiridos por compras hechas durante la sociedad conyugal con su finada esposa señora Isabel Castro de Romero, cuya sucesión no se ha liquidado, vinculados dichos derechos y acciones sobre los siguientes bienes, ubicados todos en la jurisdicción municipal del Encino”, que la escritura señala con los nombres de El Guacharacal, La Vega del Barbachal, La Osera, Las Tapias, San Miguel, y determina por sus linderos.

Agregan los hechos de la demanda inicial que Romero Vargas no tuvo intención ni voluntad de transferir real y efectivamente esos bienes, sino que con el consentimiento de su hijo Romero Castro, se propuso “insolventarse aparentemente por temor a que se le obligara a pagar unos supuestos daños y perjuicios porque había sido demandado ante el señor Juez de Encino, y en tal virtud, ni se fijó efectivamente el precio de la aparente venta, ni pagó (Romero Castro) el que figura en la escritura número 79 citada en este libelo” de tal modo que los inmuebles han permanecido en manos de Romero Vargas, quien además dispuso con posterioridad de varios de los semovientes.

El demandado se opuso. Afirmó la realidad del contrato, si bien el precio no fue pagado de inmediato sino más tarde y en su mayor parte con el producido de la venta de los semovientes, en complemento de arras por valor de \$ 120; y que si el padre continuó en el disfrute de los bienes vendidos, ello se debió a generosidad de su hijo.

Desatado el litigio en primera instancia por el Juez del Circuito de Charalá en fallo plenamente absolutorio del 26 de junio de 1958, que recibió confirmación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fecha 10 de agosto de 1959, es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por el actor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Después de inventariar las pruebas allegadas al proceso, con referencia a la acción instaurada dice el sentenciador:

“Indudablemente, del contexto de las súplicas de la demanda, así como de los hechos que le prestan fundamento, aparece que lo que persigue

el demandante es que la justicia declare la simulación del contrato de compraventa que recoge el instrumento escriturario número 79 del 16 de marzo de 1954.

“Aunque en su alegación de segunda instancia se queje el actor de no haber sido correctamente interpretado por el **a quo**. Pues confundió —dice— la acción de simulación, es decir de prevalencia de un contrato oculto, que modifica o destruye el ostensible y público, que dicho sea de peso, no es la que se ventila en esta causa, con la acción de nulidad por simulación, es decir, porque los aparentes contratantes no se propusieron celebrar el contrato de que se ocupa el título escriturario que amerita el proceso, no hubo precio ni pago de éste, no hubo tradición y se hicieron aseveraciones contrarias a la verdad, lo cual constituye falsedad. Es decir, la tesis del señor Juez, al exaltar la acción de simulación y prevalencia, es contraria y distinta de la acción de nulidad por simulación que es la propuesta en la demanda”.

“No solamente del párrafo transcrito, sino de otras varias puntualizaciones hechas a través de su memorial dirigido al Tribunal, como también del texto del libelo, se aprecia qué persigue el actor. Sencillamente que se declare sin valor el título escriturario a que se ha hecho insistente referencia. Llanamente, porque se trata de un acto no real sino ficticio que únicamente persiguió como finalidad amparar las propiedades de Jesús Romero ante posible condena de perjuicios en su contra. Pasado ese peligro, la escritura debía ser devuelta”.

El Tribunal cita algunos autores y dice a continuación:

“En el presente caso se celebró un contrato que se afirma nada tuvo de efectivo o real. Porque las partes no quisieron afectar en ninguna manera su situación jurídica. Simplemente el acto de voluntad de los contratantes, el acuerdo intencional, creó una apariencia, una ficción, haciendo creer en la realización de un convenio serio. Para conseguir en tal forma la insolvencia de una de las partes firmantes de la negociación. Para mejor decir, no queriéndose efecto jurídico ninguno en la esfera patrimonial, se trataría de una simulación absoluta, en la cual, según expresión gráfica de algunos, el acto ostensible es un fantasma”.

Después de otras consideraciones expresa:

“Sin embargo, no cabe confundir la nulidad con la simulación. Confusión en que a las claras se ve que incurre desde los mismos términos de la

demanda, el personero de la parte actora. Aun cuando tal incertidumbre se explica, no solamente por la similitud de la simulación y la nulidad absolutas sino también por la imprecisión jurisprudencial y doctrinaria que ha caracterizado el enfoque del tema, a partir de 1935 que fue cuando en realidad se trajo a discusión al país.

“Pero en realidad, las dos acciones obran ya bien diferenciadas”.

Cuanto a la prueba, considera el sentenciador que no se produjo ninguna de las conducentes entre las partes, “aunque —dice— no es posible negar que obran elementos muy serios de convicción que apoyan la pretensión del actor de la demanda”. Y agrega:

“Félix Romero confesó extrajudicialmente que la escritura era de confianza. El hecho de su manifestación se encuentra suficientemente demostrado con los dichos de Aníbal Sánchez (f. 14 v.), José Díaz (f. 17 v.) y Alejandro Pérez (f. 20).

“Pero así como se desecha la prueba testimonial para la finalidad de que se trata, ya que este medio probatorio puede flaquear en virtud de variadas circunstancias, sucede también respecto de la confesión no hecha en forma literal o a la parte contraria, sino en forma confidencial. Porque al decir de Ricci “probar la confesión viene a ser lo mismo que probar la conversación declarada”.

Sigue en el análisis de la confesión extrajudicial para considerarla en el asunto *sub iudice* como elemento indiciario, y añade:

“La misma condición es dado predicar de otras circunstancias establecidas en autos:

“El presunto vendedor continuó administrando los bienes objeto de la negociación. Así aparece de variada prueba testifical sin que valgan en contra las declaraciones traídas por la parte demandada. Precisamente la circunstancia de haber vendido, Jesús Romero, las bestias que aparecían como transferidas en la escritura, realza la realidad de la situación que se enuncia.

“El precio dado en la escritura es irrisorio. Así lo demuestra el valor de los animales que vendió el demandante.

“El presunto comprador estaba en imposibilidad económica de adquirir lo que se dice que adquirió. Se deduce de su propio dicho. Como de las

manifestaciones de Heliodoro Lozada... al Félix no se le ha conocido que haya tenido plumas con qué pagar ni un solo derecho. De Fidelina Lozada: ‘No se le reconoce que haya tenido con qué pagar nada’. De José Díaz: ‘Entonces Aurora Duarte, la mujer de Félix, contestó:.. que agradeciera que su papá Roberto Duarte le había prestado cincuenta pesos a don Jesús y que de esos cincuenta pesos antes don Jesús le había prestado a Félix veinte pesos para ir a Charalá para la escritura porque Félix no tenía un centavo para gastos’”.

Señala además el Tribunal como indicios de simulación el estrecho vínculo familiar entre los contratantes, la enajenación de la totalidad del patrimonio, principalmente cuando el motivo que tuvo el vendedor fue el de buscar la insolvencia. Y dice a continuación:

“Pero, como antes se ha afirmado, los indicios no pueden ser tenidos como bastantes legalmente para desvirtuar aquello que los contratantes han afirmado por escrito. Cuando es precisamente uno de los firmantes del convenio quien acciona en contra de la veracidad de las estipulaciones contenidas en el instrumento”.

El sentenciador examina las respuestas de Félix Romero Castro a posiciones rendidas extrajudicio y dentro del proceso, y comenta:

“Claro que los términos del absolvente dejan abierto el camino para razonar en el sentido de que, si no hubo pago del precio, como tampoco entrega real de los bienes a quien aparece adquiriéndolos, es porque de veras se está en presencia de un pacto ficticio cuyo elemento característico radica en la ausencia de intención de transferir, por una parte, y, por la otra, en inexistencia de ánimo de adquirir. Esto es que, con ayuda de las demás probanzas, podría concluirse que, al aceptar implícitamente el demandado que no pagó el valor que reza la escritura, aunque contradictoriamente pretenda remitirse al instrumento para alegar que sí lo cubrió, de veras fue apenas supuesta la cláusula al respecto. Quizá cabría dentro de un razonamiento lógico ya que realza la verosimilitud de lo que se quiere probar.

“No obstante, encuentra el Tribunal demasiado peligroso, por el aspecto jurídico, tomar como pie, para tan trascendental cuestión, un conjunto de respuestas que caracterizan las contradicciones en el afán de sostener, a todo trance, por parte del absolvente, la realidad de la negociación. Porque

el demandado, enfáticamente, responde siempre que la escritura no fue de confianza”.

Hace otras observaciones para concluir así:

“Vale decir que, la vinculación de causalidad entre las comentadas respuestas y la circunstancia que se busca acreditar, no se muestra lo suficientemente precisa. Porque se abre en varias posibilidades”.

LA IMPUGNACIÓN

El libelo invoca los motivos 1o. y 2o., artículo 520 del Código Judicial, pero la causal de incongruencia es intrascendente al recurso por sustracción de materia, desde luego que el fallo plenamente absolutorio contempla en su integridad los extremos del litigio.

La alegación fundamental en cuanto hace al primer motivo, consiste en que la acción incoada es la de nulidad por ser ficticio y simulado el contrato entre padre e hijo, y sin embargo fue cambiada en el fallo por la de simulación y prevalencia, “que no es la propuesta en la demanda”. Agrega el recurrente que la absoluta nulidad de la convención se predica porque no se cumplieron los requisitos para su validez, no se pagó el precio ni se quedó debiendo el fijado inequitativamente en el contrato ficticio, porque no fue esa la intención de los supuestos contratantes, porque no hubo ni objeto ni causa lícita, ni consentimiento en la realidad del pacto acusado. Afirma que el fin de la simulación consistió en que el vendedor aparente se insolventara para quedar a cubierto del evento adverso en litigio que se le adelantaba por demanda de pago de perjuicios. Considera que el sentenciador erró en derecho al exigir prueba literal de la simulación, que está demostrada en autos por un acopio de elementos que el Tribunal no tuvo en cuenta. Y que incurrió en yerro de hecho cuanto a las posiciones absueltas por Félix Romero Castro, y cuando rechazó los testimonios de Alejandro Pérez, Aníbal Sánchez, José Resurrección Díaz o Núñez, “así como a los restantes deponentes traídos al juicio”. Estima que con sus declaraciones se prueba la confesión extrajudicial de Romero Castro, de ser de confianza la escritura, así como el hecho de que Jesús ha mantenido los bienes en su poder sin que hayan pasado a manos de su hijo Félix; bienes que en segunda instancia quedaron avaluados en \$ 29.050, lo que prueba que el precio fue ridículo.

De todo lo cual el libelo, bajo el rubro de cuatro cargos que fundamentalmente constituyen la misma acusación, desprende que el sentenciador ha violado los artículos 1740, 1741, 1743, 1759, 1766, 1501, 1502, 1503, 1524, 1603, 1618, 1828, 1849, 1857, 1864, 1880, 1928, 1929, 1766 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, 91 de la Ley 153 de 1887 y 1759 sobre restricciones a la prueba testimonial; además de los artículos 604, 605, 606, 664, 665, 696 y 697 del Código Judicial.

Se considera:

1. Sin duda que en materia de simulación la doctrina de la Corte fue vacilante e imprecisa. Antes de 1935 estimó que se trataba de nulidad absoluta por falta de causa y consentimiento real de las partes. De 1935 a 1940 dio a la simulación la fisonomía jurídica que le corresponde y a la acción la finalidad que le es propia, de obtener que prevalezca la realidad sobre la apariencia. Distinguió y separó las acciones de simulación y de nulidad, ya que en el ámbito de esta última la ineficacia se produce contra la voluntad de las partes, mientras que en la simulación se quiere algo determinado, pero con el propósito de encubrirlo al público. De 1941 a 1945 la Corte empezó de nuevo a considerar la simulación como causal de nulidad, a pesar de que buscaba el desarrollo de la doctrina de 1935. Pero últimamente son numerosas las sentencias en que la Corte ha restablecido con nitidez la diferencia entre las acciones de nulidad y de simulación para conservarles su peculiar trascendencia, que arranca de los hechos generadores y no del nombre que errónea o acertadamente el actor le haya dado en la demanda.

Así en sentencia del 2 de septiembre de 1954 dijo:

“La nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden ser equiparadas, ni en manera alguna confundirse. Bien es cierto que principalmente en el caso de simulación absoluta de la compraventa pudiera creerse, y así lo aceptó la doctrina por largos años, que por falta de causa el contrato adolece de nulidad absoluta. Pero si el análisis se detiene en la valoración de los fines, el espejismo desaparece y surgen las diferencias que separan e individualizan a la nulidad absoluta y a la simulación para conservarles su propia fisonomía.

“La intención y el móvil de las partes que simulan no consisten en la idea de crear el acto jurídico, sino sólo en producir la apariencia tendiente a mantener oculto un estado preexistente que no se quiere alterar, si la

simulación es absoluta; o bien, buscan las partes exhibir un determinado acto irreal, como medio para esconder el que verdaderamente se quiso celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad, la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad sólo llega a frustrarse como consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena”. (LXXVIII 2146-555)

Si son, en consecuencia, de naturaleza diferente las condiciones de la acción de nulidad y los presupuestos de la acción de simulación, y si en concreto las afirmaciones de hecho de la demanda inicial predicen simulación, es indudable que el sentenciador estuvo acertado al referir su fallo a la acción de prevalencia, aunque el actor le diese el rótulo de nulidad absoluta.

2. Sin perjuicio de las buenas costumbres y el orden público, rige la autonomía de la voluntad en el campo convencional, de suerte que el contrato válidamente celebrado es ley para los contratantes. (1602 C. C.)

Por ello la voluntad real prima entre las partes sobre la declaración, sin menoscabo de terceros.

Si el negocio es de aquellos que ad substantiam necesitan de escritura pública, tal como sucede con la compraventa de inmuebles, la seguridad jurídica exige que terceras personas puedan sustentar su buena fe y obtener posición firme en derecho al amparo de la voluntad declarada por los otorgantes, o preferir, si a bien lo tienen, la voluntad real en el supuesto concreto de demostrarse que esa verdadera voluntad es diversa de la ostensible y pública.

La fe debida a los instrumentos notariales no permite a las partes, o a quienes lleguen a ocupar su puesto jurídico, destruir por simulación el mérito de las declaraciones escriturales, si no es por contraprueba idónea dentro del perímetro restringido de las contraescrituras privadas, previstas especialmente por la ley (1766); de la confesión o reconocimiento judicial de parte; o del principio de prueba escrita, complementada por testigos, indicios u otros medios conducentes a integrar la convicción del juzgador. Nada más natural que esta limitación probatoria, por ley de equivalencia y equilibrio, pues si se pretende postergar el valor del instrumento que en sí mismo lleva los atributos de probanza plena, es de rigor que en contrario se produzcan medios tan poderosos y de tanto valor que alcancen a desvanecer lo que en la escritura aparece a la vista de todos.

No así cuanto a terceros, porque entonces la simulación constituye, no un acto propio de ellos, sino el hecho fundamental de la acción de prevalencia; y como hecho generador viene a ser susceptible de prueba por cualquiera de los medios previstos por la ley.

3. Si en el presente litigio trabado entre los contratantes, la sentencia recurrida basa la absolución en que ni por contraescritura, ni por reconocimiento judicial, ni por principio de prueba escrita debidamente complementada se demostró la simulación, ningún género de error de derecho puede atribuírsele precisamente por exigir las únicas probanzas de recibo en la materia *sub iudice*.

En error de derecho habría incurrido, eso sí, en el evento de admitir el dicho de testigos o indicios como prueba de la simulación inter partes; que no se invoca sino el testimonio cuando por ese medio se desea establecer confesión extrajudicial.

Ni tampoco el sentenciador se equivocó manifiestamente de hecho, puesto que el Tribunal no dio por existente medio que no figurara en el proceso, ni dejó de apreciar ninguno de los que aparecen. No ha fallado contra la evidencia de los autos, porque si bien los considerandos le dejan la impresión de que el negocio fue simulado, no procedió a declararlo así en vista de que las pruebas no revestían las características admisibles para ese resultado jurisdiccional.

4. Además: no puede perderse de vista que aun en el evento de que la simulación estuviese acreditada por medios idóneos, en este caso lo sería inseparablemente de la **causa simulandi**, reconocida por el actor a lo largo del proceso desde la demanda inicial: Que tuvo el propósito de insolventarse a fin de eludir las resultas del juicio en que a la sazón se le perseguía para el pago de perjuicios.

Tal **causa simulandi** destruye la acción propuesta con fundamento en la posición antijurídica del traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Porque no se trata en este caso de corregir la conducta errónea, de evitar o reparar las consecuencias de la falta, lo cual sería lícito y aun plausible base de la acción. Por el contrario, se pretende obtener que por injusticia, como instrumento, se corone la maniobra proyectada en fraude de los acreedores, cuando se estima que ha cesado el peligro de persecución. Nadie entonces con apoyo en causa reprobada por el derecho puede recabar acción ante los

tribunales (artículo 1525 C. C.). Claro es que la ilicitud de la **causa simulandi** debe estar plenamente acreditada en el proceso, como lo ha sido en esta oportunidad por confesión del actor.

Caso distinto sería que la acción fuese propuesta por los herederos ajenos al fraude de su causante.

RESOLUCIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 10 de agosto de 1959 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

No aparecen costas causadas en el recurso.

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

JOSÉ J. GÓMEZ R. Con Salvamento de Voto, ARTURO C. POSADA, ENRIQUE CORAL VELASCO, GUSTAVO FAJARDO PINZÓN. Con Salvamento de Voto, ENRIQUE LÓPEZ DE LA PAVA, JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ. RICARDO RAMÍREZ L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS, DOCTORES ARTURO C. POSADA Y ENRIQUE LÓPEZ DE LA PAVA

RESUMEN:

Aunque es inmoral esgrimir un fraude, a terceros como argumento justificativo de la acción de simulación, resulta excesivo y sobretodo jurídicamente inadecuado sancionar esa torpeza con la aplicación oficiosa de la regla *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. En efecto: La acción de simulación es una acción de prevalencia, mediante la cual se busca descorrer el velo del convenio ficticio para hacer prevalecer el contrato real y secreto. Pero como el fraude a terceros se comete por el pacto ostensible y no por el secreto, síguese que la acción de simulación, que intenta la prevalencia y efectividad de este segundo contrato, no puede ser tachada de inmoral para el efecto de rechazarla cuando la ejercita una de las partes simulantes. De otra parte, aplicar al campo de la

simulación la regla de no oír a nadie que funde su demanda en un hecho ilícito, es introducir confusión en los linderos que separan la simulación de la nulidad.

Los motivos que inspiran nuestra discrepancia del fallo anterior no se refieren a su parte resolutive, justificada en este caso por la ausencia de prueba de la simulación demandada, sino que se circunscriben a la tesis que se esboza al final de su parte expositiva (punto cuarto). Se expresa allí que a lo largo del proceso el actor hizo y repitió la manifestación de que la simulación que alega tuvo por fin crear su insolvencia para eludir las resultas de un juicio que se le seguía para el pago de unos perjuicios, y que esta **causa simulandi** destruye la acción incoada con fundamento en esa posición antijurídica de traspaso simulado de bienes en perjuicio de terceros. Esta tesis conduce a admitir la posibilidad de rechazar la acción de simulación que ejercita una de las partes, de modo particular quien ha hecho traspaso de bienes, cuando el contrato simulado ha tenido por fin defraudar a terceros, esto es, cuando se resiente de esta causa o móvil calificado de inmoral o ilícito. Lo cual equivale a introducir en esta materia de simulación la aplicación de la regla **Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**.

Estimamos que la tesis enunciada es inaplicable en el campo de la simulación, y las razones que respaldan este concepto podemos resumirlas así:

A) Es esta la primera vez que la Corte alude a la simulación fraudulenta o ilícita para el efecto de prohijar la tesis a que hacemos referencia. En ninguna otra ocasión anterior se ha tenido en cuenta la distinción que en otras partes se hace entre simulación lícita y simulación ilícita para el mismo efecto de rechazar en la segunda la acción de la parte que la alega, con fundamento en la ilicitud de la causa. Entre nosotros la doctrina y la jurisprudencia han visto en la simulación un negocio válido y les han reconocido siempre a las partes el derecho de alegarla.

B) En materia civil el dolo y el fraude se distinguen, entre otros aspectos, por el hecho de que el primero sólo puede producirse entre las partes contratantes en tanto que el segundo se dirige y comete únicamente contra la ley o contra terceros (Bédarride, “Traite du dol et de la fraude”, t. I, No. 12. Ripert, “La regla moral”, No. 168. Josserand, “Los móviles”, No. 185). Entre las partes contratantes no puede haber fraude, sino dolo; contra terceros se comete fraude, pero no dolo.

Conforme a la doctrina que la Corte ha venido exponiendo y propugnando últimamente, en la simulación hay dos convenciones, así: una ostensible y ficticia y otra real y secreta que modifica, altera o destruye los efectos de la primera. El convenio ostensible está destinado a producir ante la ley o ante terceros una apariencia y un engaño, y es por medio de él como los simuladores pueden cometer un fraude contra quienes va dirigido.

La convención secreta tiene por objeto regular las relaciones reales de las partes simulantes; está por lo común sustraída del conocimiento de los terceros, no va dirigida contra éstos y ningún fraude se puede cometer con ella. Varias veces la Corte ha reconocido que entre dichas partes no hay engaño y que su pacto secreto es válido, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1766 del C. Civil (XLV-1925, 256.- LXXIX 2151, 759).

La misma Corte tiene establecido que la acción de simulación es una acción de prevalencia, mediante la cual se busca descorrer el velo del convenio ficticio y hacer prevalecer el contrato real y secreto. Con ella no se pretende hacer efectivo el pacto aparente, sino hacer producir sus efectos a la convención real. Tal acción tiene, pues, su origen en el contrato secreto y no en el fingido. Como el fraude a terceros se comete con el pacto ostensible y no con el secreto, síguese que a la acción de simulación que persigue la prevalencia y efectividad de este segundo contrato no puede tachársele de inmoral para el efecto de rechazarla cuando la ejercita una de las partes simulantes. El origen y los fines de la acción la inmunizan de la ilicitud del convenio ficticio y fraudulento e impiden desecharla con el pretexto de sancionar esa ilicitud. Acaso sea esta la razón para que la Corte en ningún momento la haya rechazado ni pueda rechazarla, si aspira a mantener y continuar desarrollando los lineamientos benéficos de la teoría de la simulación que viene elaborando desde el año de 1935.

C) La causa ilícita produce nulidad absoluta (C. C. 1741). Esta es la sanción que la ley consagra contra los actos y contratos que adolecen de esa ilicitud, fuera de que el mismo vicio impide la repetición de las prestaciones efectuadas en virtud de esos actos y contratos. (C; C. 1525 y 1746). El artículo 1742 *ibídem* no permitía alegar la nulidad absoluta a quien había intervenido en el contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba. Este precepto fue sustituido por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936, norma que sólo introdujo la modificación de permitir que la nulidad pueda ser alegada por todo el que tenga interés en ello.

La regla **Nemo auditur propriam turpitudinem allegans** es la fuente en que se inspiraron los artículos 1525 y 1742 del C. Civil. Esa regla, según lo anotan algunos doctrinantes modernos (Ripert “La regla moral”, No. 106. Demogue, “Traité des obligations”, t. II, No. 878), ha perdido su influjo hasta el extremo de que son muy pocos los casos de ilicitud en que ahora se la aplica. Entre nosotros, como se acaba de ver, cualquier interesado puede alegar la nulidad absoluta, aunque provenga de causa ilícita, lo que de suyo implica una notoria restricción de la regla aludida.

La misma regla ha tenido y tiene su campo de aplicación dentro de la teoría de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, pero no en el campo de la simulación. Su traslado y aplicación en este campo constituye un acercamiento de la simulación a la nulidad. Entre nosotros este acercamiento es hoy inadmisibile, debido precisamente a los persistentes esfuerzos de la Corte por señalar los perfiles que distinguen y caracterizan a uno y otro fenómeno jurídico.

La materia que nos ocupa es de muy vastos alcances y aquí no podemos sino enunciarla. No negamos que es inmoral esgrimir un fraude a terceros como argumento justificativo de la acción de simulación; lo que pensamos es que resulta excesivo y jurídicamente inadecuado sancionar esa torpeza con la aplicación oficiosa de la regla **Nemo auditur**.

Dejamos así brevemente expuestas las razones que respaldan nuestro disenso.

Bogotá, 5 de noviembre de 1960.

ENRIQUE LÓPEZ DE LA PAVA, ARTURO C. POSADA.

El texto principal de este libro
ha sido compuesto
en tipografía de la familia
Adobe Garamond
con tamaño de doce puntos

Las labores de edición
fueron terminadas en la ciudad de Bogotá
durante el mes de agosto del año dos mil tres.

Fueron impresos
cuatrocientos ejemplares
sobre papel de 70 gramos y encuadernado en rústica
en los talleres de Servigraphic Ltda.
Bogotá - Colombia

La Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano inicia esta primera recopilación de «Grandes Temas de Jurisprudencia Colombiana», como un aporte y material de apoyo para las nuevas generaciones que se dediquen al estudio del Derecho y para quienes se han formado en esta disciplina. El primer tomo está consagrado a las piezas fundamentales de José Hernández Arbeláez en el estudio de las Ciencias Jurídicas.

Como bien lo expresó el Presidente del Consejo Directivo, Antonio Copello Faccini, en homenaje que le rindiera la Universidad al eminente jurista:

“... fue en la magistratura de la Corte Suprema de Justicia en dos periodos donde dejó profunda huella de su sabiduría como jurista insigne, de su conciencia recta y de su probidad en la tarea imponderable de administrar justicia. Recordar a los miembros de lo que se llamó entonces la Corte Admirable es evocar un momento estelar del foro colombiano: Darío Echandía, Eduardo Rodríguez Piñeres, Luis Felipe Latorre, Antonio Rocha, José Hernández Arbeláez, Alberto Zuleta Ángel, Carlos Arango Vélez, Germán Orozco Ochoa, Luis Eduardo Mejía, Néstor Pineda y Manuel Barrera Parra.”

“... en esta jurisprudencia no se sabe qué admirar más, si la pureza del idioma, la claridad del texto, la profundidad de los conocimientos metafísicos, la más rigurosa lógica jurídica y la aplicación de los principios e instituciones del derecho romano; no extraña en quien, como el profesor Hernández Arbeláez, había dictado la materia durante varios años y conocía profundamente el espíritu y la letra de aquél.”



www.utadeo.edu.co

