

gación divisible de pagar el dinero valor del seguro, y como no se ha demandado sino a una sola de ellas, no puede condenarse aquí sino a la mitad de la deuda, de conformidad con el artículo 1568 del C. C.

Esto, en cuanto a los veinte mil pesos del principal. A ello se agrega lo que pasa a verse sobre accesorios.

Se pide también en la demanda se condene a la compañía demandada a pagar los recargos establecidos por la ley 105 de 1927 en su artículo 25, a partir del 13 de enero de 1928, en que, según el actor, se cumplieron los noventa días de que esa disposición habla, contados desde la presentación al asegurador de la exigencia de pago con sus comprobantes satisfactorios. El Juzgado negó esta condena adicional por no hallar acreditada esa presentación en forma que diera lugar a la computación hecha por el demandante.

A estos respectos la Corte observa: la disposición de la ley 105 de 1927 citada por el demandante y el Juzgado fue reformada por la ley 89 de 1928, en el sentido de reducir al 5% la cifra del 25% equivocadamente señalada en aquélla. Y, en cuanto a la fecha desde la cual han de contarse los aludidos noventa días, se tiene: la compañía demandada manifiesta a la Superintendencia Bancaria en nota de 25 de junio de 1929 (cuaderno 1º, folio 34, frente) haber tenido conocimiento de la sentencia del Juzgado de Plato, citada en la presente sentencia, desde antes de que el señor Rosanía hubiera ocurrido a la Superintendencia, y como a ésta ocurrió el 28 de mayo de ese año (cuaderno 1º, folio 32), contados los noventa días de esta última fecha, se tiene que vencieron el 28 del siguiente agosto. Cualquiera que sea, en sí, el alcance del citado fallo del Juzgado del Circuito de Plato para la compañía, ello es que su conocimiento por lo menos sí la obliga para este mismo hecho, es decir, para poderse

afirmar que cuando la conocía sí sabía que había ocurrido el siniestro afirmado por Rosanía y la consiguiente pérdida total del yate "Cúcuta" y mediaban las probanzas que ese Juzgado enumera y analiza, esto es, que sí se le habían presentado los alegatos requeridos por el citado artículo 25, reformado por el 3º de la citada ley 89 solamente en la rebaja antedicha.

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 pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar resuelve:

**Primero.**—Condénase a The London & Provincial Marine & General Insurance Company Limited, a pagar al señor Nicolás Rosanía dentro de seis días contados desde que en el Juzgado de origen se notifique el auto de obediencia y cumplimiento de la presente sentencia:

a) Diez mil pesos (\$ 10,000.00) moneda corriente colombiana, y

b) Los intereses corrientes de esa suma más un cinco por ciento anual (5%) adicional sobre la misma, unos y otro a partir del veintinueve de agosto de mil novecientos veintinueve, hasta el día del pago total.

**Segundo.**—Queda así reformada la sentencia de primera instancia.

**Tercero.**—No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

#### ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO Y DE RESTITUCION—CONTRADEMANDA

La titularidad del actor no aparece suficientemente clara debido al sistema adoptado por nuestro legislador del régimen de copropiedad herencial; de ahí que aun cuando aquél tenga el derecho de ejercitar las acciones de simulación y restitución para la sucesión de su madre y como heredero, es patente la imposibilidad jurídica de que la sucesión de Otilia G. v. de Sardi, representada por los otros herederos, sea demandada, pues el demandante no puede figurar al mismo tiempo como el adversario a quien se provoca.—Diferencia entre el acto inexistente

y el acto nulo, o entre el acto jurídico al cual falta la causa y el objeto, y aquel cuyo objeto y causa son ilícitos. La circunstancia de que en el C. C. se coloque en la misma línea al hecho imposible que al ilícito, a la causa irreal que a la ilícita, como se puede observar en los artículos 1,518, inciso 3.º, 1,511, 1,532, 1,537 y 1,524, sólo significa que tanto la existencia del objeto y de la causa, como la exigencia de que ambos elementos sean lícitos, son condiciones esenciales para la eficacia del acto jurídico, pero en manera alguna puede inferirse de ello que nues-

tra ley confunda esos dos distintos órdenes de irregularidades para sancionarlos de manera idéntica. La simulación en los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta. El artículo 1,766 del C. C. implícitamente excuye la nulidad de la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron; úe manera que el actor, como heredero universal de su madre Otilia G. v. de Sardi, ocupa el lugar de ésta y no puede demandar. Entre las partes no es admisible la prueba de testigos contra el acto aparente de la compraventa, porque éste constó por escrito. La Corte considera que el actor ejerció la acción de simulación, aun cuando la llamó de nulidad, porque el error en la denominación de la acción no cambia la naturaleza jurídica de ésta, ni implica, por consiguiente, un cambio de acción. No apareciendo que el actor hubiera atribuido al contrato de que se habla un motivo doloso o ilícito y habiendo aseverado que el motivo determinante de la simulación fue el de sustraer los bienes a la sucesión de Otilia, cuando muriera, la simulación no sería absoluta en este caso, sino relativa, y dada la forma como demandó sin determinación del dolo o la ilicitud en el contrato que aseveró ser simulado, no se encuentra probada la simulación, pues no es motivo para ella el hecho imputado de la sustracción de los bienes a la sucesión de Otilia.

La prueba intrínseca de la simulación invocada por el actor no es suficiente. Es principio universalmente admitido que, entre las partes, la prueba de la simulación debe ser de un grado especialmente convincente. DEMANDA DE RECONVENCIÓN.—Posesión precaria del hijo de familia que no da base para alegar la usucapción o adquisición del dominio. El poseedor precario no puede intervertir su título, ni es suficiente para cambiar la causa de la posesión la simple manifestación de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño. Por este aspecto prospera la acción de restitución de tenencia a favor del dueño.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.  
Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica.  
Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos treinta y cinco.

#### MATERIA DEL PLEITO

##### Demanda principal.

Ante el Juzgado 3º del Circuito de Cali, el 5 de julio de 1928, Santiago Sardi G. demandó en juicio ordinario a Aurelio Sardi G., a Soledad Garcés viuda de Emilio Sardi G., en

su nombre y como representante de sus hijos menores, Soledad, María Leonor, Carlos Alberto, Jaime, Luis Emilio, Mario, Tulia María, Rosa Amalia y Blanca María, y a los mayores hermanos de estos últimos, Enrique, Eduardo, Joaquina y Otilia Isabel.

Este es el resumen de los hechos relatados por el demandante en su libelo:

Otilia Garcés v. de Sardi, por medio de la escritura N° 353 de 29 de abril de 1924, pasada ante el Notario 1º de Cali, vendió a sus hijos, Aurelio y Emilio Sardi, la casa ubicada en aquella ciudad que forma la esquina de la calle 9ª con la carrera 8ª.

Los contratantes otorgaron el 7 de febrero de 1925, ante el mismo Notario, la escritura N° 128, en la cual ellos aclararon lo referente a la cabida del inmueble y determinación de sus paredes medianeras, al mismo tiempo que ratificaron la primitiva convención.

El contrato de compraventa fue completamente simulado, por carencia de objeto y de causa. Los compradores no recibieron la finca ni pagaron el precio. La vendedora tampoco recibió el dinero convenido ni en la realidad transfirió el dominio.

El móvil de la simulación fue el de defraudar a los demás herederos de Otilia Garcés v. de Sardi, substrayendo el bien raíz a la sucesión de ella cuando muriera, lo cual constituye un hecho doloso e ilícito, de cuyas consecuencias son responsables sus coautores Aurelio y Emilio Sardi, o quienes representen sus derechos.

Desde 1902 hasta el día de su muerte, Otilia Garcés v. de Sardi, ejerció, sobre la casa vendida, todos aquellos actos a que sólo da derecho el dominio, actos que los compradores, por su parte, nunca cumplieron durante ese mismo lapso.

La simulación se infiere de las cláusulas 1a., 3a., 4a. 5a. y 6a. del citado instrumento público N° 353. En ellas se expresa que la compraventa del inmueble fue pactada desde hacía veinte años por la cantidad de \$ 400,000 papel moneda, los cuales Otilia Garcés v. de Sardi recibió de Aurelio y Emilio Sardi en esa época; que en el año de 1904 no fue posible a la vendedora solemnizar el contrato, y que ella se reserva el derecho al uso y usufructo de la finca, mientras viva.

Aurelio y Emilio Sardi son hijos legítimos de Otilia Garcés v. de Sardi, quien murió intestada el 13 de enero de 1928. De su sucesión conoce el Juzgado 2º del Circuito de Cali, el cual reconoció al demandante su calidad de heredero como hijo legítimo de la de cujus.

## Sentencia

Emilio Sardi murió el 8 de julio de 1927, y sus asignatarios fueron, con excepción de Aurelio Sardi, las personas demandadas.

En el correspondiente juicio de sucesión de su esposo, se adjudicó a Soledad Garcés v. de Sardi, la mitad del derecho de dominio sobre la casa, objeto del contrato simulado.

Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi son los actuales poseedores de la finca.

El demandante pide: a) Que se declare la nulidad tanto del contrato de compraventa que consta en la escritura N° 353, como la del pacto sobre aclaración y ratificación de aquél, consignado en la escritura N° 128; b) Que como consecuencia de esas nulidades, se declare igualmente las de los mismos instrumentos públicos; c) Que se ordene la cancelación de las inscripciones de esos instrumentos públicos, hechas en los correspondientes libros de registro; d) Que se condene a los demandados a entregar a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por los herederos declarados, la finca, materia de la compraventa simulada, y a restituír, como poseedores de mala fe, los frutos, mejoras, deterioros y perjuicios.

Santiago Sardi, en el hecho 17 de su libelo, refiere que él es dueño de un aposento, cuyos linderos describe, el cual forma parte de la casa, materia de esta demanda, y no fue excluida de la venta que hizo Otilia Garcés v. de Sari. Consta de autos que el demandante pretende haber adquirido la propiedad por el modo de la prescripción centenaria.

Este hecho, que no tiene relación con ninguna de las peticiones de la demanda, debe estimarse en el sentido de que el demandante lo presentó con el fin de evitar una implícita renuncia a la prescripción.

## Demanda de reconvención

Aurelio Sardi G. y Soledad Garcés v. de Sardi contrademandaron a Santiago Sardi para que, como dueños de toda la finca, les restituyera el aposento poseído por él sin título legal alguno, y para que se declarara que por el fallecimiento de Otilia Garcés v. de Sardi se extinguieron los derechos de uso y de usufructo sobre la finca, que, conforme al contrato se reservó la vendedora.

Entre los hechos, refieren los contrademandantes que Otilia Garcés v. de Sardi habitó en familia hasta su muerte esa casa, y que Santiago Sardi, soltero, vivió también allí como miembro de la familia, necesitado "de la protección, del apoyo y del calor materno para su solitaria vida".

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia del 30 de marzo de 1933, declaró probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido propuesta por los demandados a la demanda principal.

Se apoyó para ello en que la nulidad de un contrato debe decretarse con audiencia de todas las partes contratantes, porque de lo contrario se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"El actor —razona el Tribunal— demanda en su propio nombre la nulidad de los contratos que celebraron Aurelio y Emilio Sardi G. con Otilia Garcés v. de Sardi, lo que puede hacer porque no intervino en tales contratos y tiene interés en la declaratoria de nulidad; y pide la restitución de los bienes, para la sucesión de su madre la vendedora de ellos, de los demandados Aurelio Sardi G. y herederos de Emilio Sardi G. De manera que si él, como tercero que es respecto de los contratos en referencia, demanda también a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por sus otros herederos, cumple el precepto constitucional arriba citado, sin riesgo de colocar a la sucesión en el campo procedimental contradictorio que supone, porque si para la declaratoria de nulidad tenía que citar y oír a la sucesión, la acción de restitución de los bienes sólo podía ejercitarla contra los contratantes compradores y poseedores de ellos, como lo ha hecho".

Respecto de la demanda de reconvención, declaró el sentenciador que Santiago Sardi no había adquirido por prescripción extraordinaria el aposento poseído por él en la casa que vendió Otilia Garcés v. de Sardi, porque desde 1896 hasta la fecha de la demanda, esa sucesión se interrumpió en 1902, 1903 y 1905; y porque los títulos de dueños alegados por Aurelio Sardi G. y Soledad Garcés v. de Sardi, no son simulados.

La sentencia en este recurso de casación ha sido acogida en su conjunto, por las causales 1ª y 7ª del artículo 520 del Código Judicial, pero no fue fundado el recurso sino por la primera de aquéllas.

## Motivos

Quien pretende reclamar la actividad de una función judicial debe cumplir, reunir o aportar, según sea el caso, determinados elementos y ciertas condiciones. So pena de que si no se dan éstas, el proceso no existe o puede evitarse que exista. Y sin que compa-

rezcan aquéllos, el proceso no es viable o puede evitarse que viva.

Las aludidas condiciones no son siempre de número y naturaleza idénticos para todas las demandas. Ellas están condicionadas por la clase de los pleitos.

En el caso actual son tres las condiciones formales que deben reunirse, a fin de que la demanda pueda ser estimada en la sentencia, a saber:

1ª La invocación de la existencia de un derecho en abstracto. Santiago Sardi afirma la existencia en el patrimonio de Otilia Garcés v. de Sardi —y por consiguiente en la sucesión de ella— del derecho de dominio porque el acto de su enajenación fue sólo sobre la casa vendida, porque el acto de su enajenación fue sólo aparente o ficticio.

2ª La titularidad tanto del demandante como del adversario a quien se provoca. O, en otras palabras, que la acción incoada sea procedente desde el doble punto de vista activo y pasivo. La acción debe ejercitarse por aquel que legítimamente pueda hacerlo contra quien legalmente es responsable.

La titularidad de Santiago Sardi no aparece de una vez suficientemente clara, debido a que nuestro legislador adoptó para la comunidad el sistema romano, hoy poco racional y científico, según el cual la copropiedad es al mismo tiempo plural e individual, dado que una misma cosa pertenece a varias personas y figura fragmentariamente en diversos patrimonios.

Cuando murió Otilia Garcés v. de Sardi, sus herederos fueron los continuadores de ella en la medida de la vocación hereditaria de cada uno y por la cuota-parte correspondiente a cada vocación.

Al deferirse esa herencia, entre los herederos se estableció, por voluntad de la ley, el régimen de la indivisión.

En nuestro derecho civil aparece construído ese régimen sobre el tipo de la propiedad singular.

Ello produce el efecto de diferenciar el derecho de herencia representado en su contenido por la cuota-parte abstracta o ideal, de las cosas mismas sobre que recae ese derecho.

Existe por lo tanto en la comunidad una derogación al postulado de la incorporación del derecho de propiedad en la cosa. Como puede observarse por el contexto de los artículos 2323, 2442 y 1868 del Código Civil, el derecho del copropietario no está aferrado a la cosa, es como una entidad jurídica abstracta.

Por consiguiente, en la indivisión herencial, aquella cuota-parte, que es el contenido abstracto o ideal del derecho de herencia,

pertenece exclusivamente a cada uno de los coherederos. El coheredero, con independencia de los otros, puede cederla a cualquier título, reivindicarla contra terceros, etc., salvo, eso sí, la suerte de los actos ejecutados, según las resultas de la partición.

En cuanto a los mismos bienes relictos sobre que versa el derecho hereditario, no es posible reconocer los atributos de una propiedad exclusiva. Por eso, ninguno de los coherederos puede pretender que su derecho recaea, con exclusión del de los otros, sobre una cosa determinada de las que componen el haber común.

El derecho de dominio sobre la casa es, a consecuencia de lo aseverado por el demandante, uno de los elementos que componen el acervo de Otilia Garcés v. de Sardi, o, en otras palabras, esa propiedad forma parte del caudal mismo de los bienes relictos.

Las acciones que sancionan aquel derecho de dominio inhieren a él y lo siguen en todos sus destinos, por cuyo motivo también forman parte integrante de la misma masa de bienes.

La consecuencia de ello, para el caso actual, estriba en que Santiago Sardi tiene el poder de ejercitar aquellas acciones para la sucesión y como heredero; sin embargo de no pertenecer ellas de manera determinada a su patrimonio, de carecer él de la representación exclusiva de la herencia y de que no se deroga el principio según el cual la acción se consume y se extingue por su ejercicio procesal completo.

En virtud de lo dicho aparece patente la imposibilidad jurídica de que la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi, representada por sus otros herederos, sea demandada. El titular de la acción que ejercita el demandante no puede figurar al mismo tiempo como el adversario a quien se provoca.

Por el aspecto pasivo es mucho más clara la titularidad de los demandados por ser los legítimos responsables.

Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi son los obligados, porque en sus patrimonios figura el derecho de dominio que el demandante pretende invalidar.

Santiago Sardi afirma que la mitad de este derecho se radicó en cabeza de la viuda de Emilio Sardi, a causa de la adjudicación hecha a ella en el juicio de sucesión de su esposo.

El efecto retroactivo de la partición hace improcedente la demanda contra los demás causahabientes de Emilio Sardi. Sólo, pues, contra éstos cabe la excepción perentoria, decretada, de petición de un modo indebido.

3ª El interés para obrar. Según el aforismo de que el interés es la medida de las acciones judiciales, consiste el de Santiago Sardi en el daño que sufre con la disminución del volumen de los bienes relictos, porque en la cuota-parte de su derecho hereditario cabría menos cosas cuando la partición.

Como se ve, el Tribunal no tuvo en cuenta que la acción es inescindible del derecho a que inhiere, cualquiera que sea la vida procesal que a la realización de aquélla venga impuesta; atribuyó a la titularidad el hecho extraño a ésta de que el demandante no hubiera intervenido en los contratos, materia del pleito, y no explicó el interés jurídico de Santiago Sardi.

De ahí que el Tribunal violó los artículos invocados por el recurrente, porque incurrió en error de derecho en la apreciación de la demanda.

El Tribunal violó igualmente la ley sustantiva, a causa de las razones que luégo se expondrán, porque incurrió en error de derecho cuando valoró la prueba testimonial encaminada a establecer la posesión, por parte de Santiago Sardi, del aposento que él ocupó en la casa habitada por su madre.

Es necesario, por consiguiente, casar la sentencia y proceder a fallar en el fondo las cuestiones controvertidas.

#### Sentencia de instancia

Santiago Sardi pide que se declare la nulidad absoluta del contrato celebrado entre Otilia Garcés v. de Sardi, Aurelio y Emilio Sardi, "por causa de simulación y por falta de consentimiento", debido a que "hubo carencia de objeto y de causa en las obligaciones y derechos de las partes contratantes".

La compraventa por el simple hecho de su completa simulación, no será nula sino inexistente.

En efecto. La ley sanciona de diferente manera los actos jurídicos que no reúnen las condiciones requeridas para su validez, a causa de que son distintas las irregularidades que pueden ocurrir al respecto.

Es innegable que no es lo mismo un acto jurídico al cual falta la causa y el objeto, que aquel cuyo objeto y causa son ilícitos. En el primer caso, ese acto que carece de dos elementos esenciales, al cual faltan dos órganos vitales, no responde a su definición genérica dada por la ley. En el segundo caso, el acto jurídico se halla provisto, sin lugar a duda, de todos sus órganos constitutivos, responde, pues, a su definición legal,

pero para su validez tropieza con el obstáculo decisivo que le oponen las normas de orden público.

La circunstancia de que en el Código Civil se coloque en la misma línea al hecho imposible que al ilícito, a la causa irreal que a la ilícita, como se puede observar en los artículos 1518, inciso 3º; 1151, 1532, 1537 y 1524, sólo significa que tanto la existencia del objeto y de la causa, como la exigencia de que ambos elementos sean lícitos, son condiciones esenciales para la eficacia del acto jurídico, pero en manera alguna puede inferirse de ello que nuestra ley confunde esos dos distintos órdenes de irregularidades para sancionarlos de manera idéntica.

Demuestra lo dicho el artículo 1741 del Código Civil, porque sólo sanciona con la nulidad absoluta al acto jurídico cuyo objeto o causa es ilícito.

Y como excepción al principio establecido de diferenciar la inexistencia, de la nulidad, el citado artículo 1741 sanciona igualmente con la nulidad absoluta la falta de consentimiento en el acto jurídico.

En el supuesto de la absoluta simulación de esta compraventa, no habría falta de consentimiento, porque precisamente lo ficticio en el acto jurídico aparente no se concibe sino como resultado de la voluntad de los contratantes, manifestada de consuno en dos direcciones opuestas. Además, la completa falta de consentimiento, según el artículo 1504, no es propia sino de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

La simulación, de acuerdo con la doctrina contemporánea de derecho, es de cuatro grados, a saber: a) La absoluta, ficticia o completa, en donde el acto oculto destruye totalmente el efecto del ostensible. En la intención real de las partes, ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto aparente; b) El acto oculto cambia la naturaleza jurídica del ostensible, pero no para destruir su efecto; c) El acto ostensible aparece realizado por un testaferro con el objeto de ocultar a los verdaderos titulares del negocio jurídico. La identidad de ambas o de una de las partes se disimula con la interposición de personas; y d) Por último, en el acto ostensible, las partes disfrazan o encubren no ya la naturaleza verdadera de la operación, sino una parte de sus condiciones o cláusulas.

De estos grados, para el caso que se analiza, no son pertinentes sino los dos primeros.

La simulación en los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y to-

tal o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta.

El artículo 1766 del Código Civil, implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es ley de las partes conforme al artículo 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor.

Este principio se aplica también a Santiago Sardi, porque en virtud del artículo 1155 del Código Civil, ocupa el lugar de Otilia Garcés v. de Sardi.

Debiera ser innecesario añadir que si el acto simulado tiene tanto valor como el que no lo es, tampoco goza de mayores ventajas. Si la mentira no es causa de nulidad, no por eso puede convertirse en fuente de privilegios para quienes la ejecutan. Por consiguiente, si el pacto oculto o secreto presenta otro vicio distinto del de su simulación, puede llegar a ser considerado como nulo. No es materia de este fallo la posición de los terceros, respecto de la simulación, por cuyo motivo no es el caso analizarla.

Entre las partes, de conformidad con el artículo 1767 del Código Civil, no es admisible la prueba de testigos contra el acto aparente de la compraventa, porque éste constó por escrito.

La Corte considera que Santiago Sardi ha ejercitado la acción de simulación, aun cuando la llamó de nulidad, porque el error en la denominación de la acción no cambia la naturaleza jurídica de ésta, ni implica, por consiguiente, un cambio de acción. Este error es tanto más explicable cuanto que nuestra jurisprudencia había adoptado la misma sanción para el acto inexistente que para el acto ilícito, o sea la de la nulidad absoluta.

No aparece suficientemente explícito en el libelo si el demandante, en su calidad de heredero, pretendió acogerse al principio, ya dicho, de que el acto ostensible, por voluntad de las partes, carece de efecto para ellas y fue la intención real y secreta de los contratantes que el bien raíz permaneciera en el patrimonio de Otilia Garcés v. de Sardi; o si, por el contrario, Santiago Sardi atribuye a ellos en el acto secreto, un motivo doloso e ilícito encaminado a ocasionarle un daño en su condición de causahabiente a título universal.

Lo segundo se infiere de lo siguiente: De acuerdo con los hechos 6º y 18 del libelo y de lo aseverado en su alegato de conclusión, (cuaderno 1º, folio 134), para el demandante, el motivo determinante de la simulación,

el revelador del fin de ella y el que la acondicionó, fue el de sustraer los bienes a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi cuando muriera.

En este evento, la simulación de la compraventa no sería absoluta sino relativa, porque para poder realizar aquel fin se necesitaría la intención real por parte de Otilia Garcés v. de Sardi de transferir el dominio de la casa y por parte de Aurelio y Emilio Sardi de adquirirlo.

En cualquiera de las dos hipótesis contemplada, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquélla en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro.

Dada la forma como demandó el actor, éste está obligado a establecer el contenido verdadero de la relación jurídica creada por los contratantes y a probar también, en la segunda de las hipótesis contempladas, que esa relación no reúne todas las condiciones requeridas para su validez. Pero en este último caso, y para los efectos de la prueba, al heredero se le consideraría como tercero.

Santiago Sardi no determinó en qué consistía el dolo y la ilicitud. Sustraer el bien raíz a la sucesión de Otilia Garcés v. de Sardi cuando muriera, para que quedara en el patrimonio de dos de los herederos de ella, no constituye por sí mismo un hecho doloso e ilícito; porque la de *cujus* hubiera podido disponer a su arbitrio de la cuarta parte de sus bienes, y en favor de determinados descendientes legítimos suyos de la otra cuarta parte. Y según el artículo 1245 del Código Civil, habría sólo lugar, por menoscabo de la legítima rigorosa, a la restitución del exceso. Santiago Sardi tampoco alegó ni probó ninguna de estas circunstancias.

De las posiciones de idénticos cuadros que en ambas instancias del juicio absolvió Aurelio Sardi, no aparece la confesión de simulación.

La prueba intrínseca de la simulación, invocada por el demandante y que debe aparecer del tenor mismo de las cláusulas 1ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª de la escritura N° 353, no es suficiente. Es principio universalmente admitido que, entre las partes, la prueba de la simulación debe ser de un grado especialmente convincente.

El hecho de que en 1904 se hubiera omitido por los contratantes la solemnidad esencial al perfeccionamiento de la compraventa del inmueble, no obsta para que el acto llevado a cabo por las partes en ese año, diera nacimiento a los derechos conocidos en la doctrina moderna con el nombre de eventua-

les, derechos que por razón de su naturaleza no prescriben y se convierten en verdaderos o actuales, sin efecto retroactivo alguno, tan pronto como se realice el acontecimiento constitutivo del elemento esencial que les faltaba, sin el cual la existencia del derecho no eventual sería inconcebible. Acontecimiento que aquí consistió en el otorgamiento de la escritura pública constitutiva del requisito esencial exigido en el artículo 1857 del Código Civil.

El artículo 854 del Código Civil dispone que al usufructuario corresponden las expensas ordinarias de conservación de la cosa.

De las declaraciones aducidas por el demandante, aparece que los gastos hechos por Otilia Garcés v. de Sardi en la casa cuyo usufructo se reservó, no fueron para obras o refacciones mayores.

El cumplimiento, pues, por parte de ella de esa obligación, contribuye a robustecer la veracidad del contrato de compraventa.

En su alegato de conclusión, dice el demandante que Otilia Garcés v. de Sardi vivió durante toda su vida en la casa vendida (cuaderno 1º, folio 130, vuelto), y este hecho, que él negó al contestar la contrademanda, está corroborado con los cuatro testimonios que figuran a los folios 27 y 22 del cuaderno 2, 10 y 11 vuelto del cuaderno 4. El aposento ocupado por Santiago Sardi forma parte de aquella casa.

La familia es una institución jurídica que defectuosamente, en los Títulos 4º a 20º del Libro I, reglamenta nuestro Código Civil.

Una de las expresiones materiales de la familia es la convivencia bajo un mismo techo del grupo, para este caso, compuesto por los padres y los hijos.

Santiago Sardi es hijo de Otilia Garcés v. de Sardi y vivió en la casa por ella habitada.

De acuerdo con el artículo 775 del Código Civil, se estima precaria la posesión por parte del hijo de la pieza que ocupa en la casa de sus padres.

El poseedor precario no puede cambiar su título, o sea intervertirlo, sino por el hecho de un tercero o porque contradiga el derecho del propietario oponiéndole su posesión.

No es suficiente para cambiar la causa de la posesión, la simple manifestación que al respecto haga el interesado de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño.

Por lo tanto, la circunstancia demostrada en autos de que Santiago Sardi amobló a sus expensas la pieza que detentaba en la casa de su madre, enlució sus paredes e instaló allí servicios sanitarios, no establece la interversión de su título precario.

Santiago Sardi continúa su posesión precaria, porque no probó su desvinculación, durante treinta años, del grupo familiar del cual era miembro, ni contradijo al derecho del propietario, ni demostró interversión de título proveniente de un tercero. Con cualquiera de estas dos últimas ocurrencias añadida a la primera, el demandante hubiera podido justificar el cambio de ánimo y convertirlo en el de verdadero poseedor a fin de poder prescribir.

Con motivo de la muerte de Otilia Garcés v. de Sardi se disolvió ese grupo familiar. Cesó, consecuentemente, para Santiago Sardi su derecho como poseedor precario en virtud de la extinción del usufructo que sobre la casa vendida se había reservado la de cujus.

Por lo tanto, desde el 14 de enero de 1928, Santiago Sardi ha debido restituir.

Dados los hechos de la demanda de reconvencción, especialmente el 9º, la petición 6ª del libelo, los conceptos que emplearon los contrademandantes al exponer el derecho fundamental de la reconvencción —puntos a), b), c), y d) de la contrademanda—en donde ellos califican de ocupación, de detentación arbitraria, de retención inmotivada la situación de Santiago Sardi en la pieza, es clara para la Corte la acción ejercitada en la reconvencción como de restitución de tenencia a favor del dueño.

Esta acción puede hacerse valer por los trámites de un juicio ordinario, no obstante que en ciertas circunstancias de tiempo y de hecho, habitualmente se realice por medio de otras normas rituarías.

A Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi, en su calidad de dueños, acceden los frutos de la cosa detentada por Santiago Sardi, a partir del 13 de enero de 1928, día en que los derechos de uso y de usufructo se consolidaron con el de la nuda propiedad sobre la casa.

El artículo 480 del Código Judicial es aplicable para remitir a las partes a que determinen la cuantía o valor de habitación de la pieza cuya restitución se decreta, y para determinar a cuánto asciende, se partirá desde el 14 de enero de 1928 hasta el día en que se verifique la entrega del aposento.

A su turno Santiago Sardi tiene derecho a que los dueños de la casa le paguen las mejoras útiles y necesarias que hizo antes del 14 de enero de 1928 en el aposento ocupado por él y que subsistan el día de su entrega.

De los perjuicios alegados por los contrademandantes no están probados ni se echan de ver otros diferentes a los dichos.

## Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en este juicio ordinario el 30 de marzo de 1933, y en su lugar resuelve:

1º Absuélvase a los demandados de todos los cargos que se les hacen en la demanda principal;

2º Declárase que con motivo de la muerte de Otilia Garcés v. de Sardi se extinguieron los derechos de uso y usufructo sobre el bien raíz que ella se había reservado en el acto de la compraventa que consta en la escritura N° 353, de 29 de abril de 1924, pasada ante el Notario 1º de Cali, y, por consiguiente, esos derechos se consolidaron con el de la nuda propiedad en cabeza de Aurelio Sardi y de Soledad Garcés v. de Sardi;

3º Condénase a Santiago Sardi a entregar a Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi, dentro de los seis días siguientes (como lo piden los contrademandantes), al de la notificación del auto que en obediencia de la presente providencia dicte el inferior, la pieza que él retiene, la cual hace parte de la casa ubicada en el Barrio de San Francisco, casa que forma la esquina de la

carrera 8ª con la calle 9ª de Cali. Esta pieza limita por el oriente, sur y occidente con la mencionada finca y por el norte, carrera 8ª al medio, con predio de Domitila Espinosa de Guerrero;

4º Condénase a Santiago Sardi a pagar a Aurelio Sardi y a Soledad Garcés v. de Sardi los frutos civiles que a partir del 14 de enero de 1928, hasta cuando se verifique la restitución a que se refiere el numeral anterior, haya debido producir el aposento detentado por él; teniendo en cuenta que Santiago Sardi, a su vez, tiene derecho a que Aurelio Sardi y Soledad Garcés v. de Sardi le paguen el valor de las mejoras útiles y necesarias que hizo en el aposento con anterioridad al 14 de enero de 1928, en cuanto subsistan todavía;

5º Revócase la sentencia que el 21 de abril de 1930 profirió el Juzgado 3º del Circuito de Cali;

6º No se hace especial condenación en costas.

Cópiese, estampílese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen. Insértese esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

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

