



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC4426-2020

Radicación n° 11001-31-03-031-2001-00844-01

(Aprobado en sesión de diecisiete de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En sede de instancia, la Corte decide el recurso de apelación interpuesto por Modesto Lizcano Valderrama, contra la sentencia proferida el 8 de junio de 2012 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión para Trámite y Fallo de Bogotá, dentro del proceso ordinario que el recurrente y Miguel Antonio Barranco García promovieron frente a la Fundación FDR en Liquidación.

I.- ANTECEDENTES

1.- Los demandantes pidieron declarar que es inexistente, por falta de objeto, el contrato de compraventa ajustado entre Modesto Lizcano Valderrama y la Fundación FDR en Liquidación, mediante Escritura Pública 540 de 26 de febrero de 1996 otorgada en la Notaría Cuarenta y Cinco

del Círculo de Bogotá; en su defecto, decretar la nulidad absoluta de dicho contrato, o la relativa, y, en subsidio, declarar que el negocio jurídico es *“inexistente por tratarse de la venta de una cosa ajena”* y, eventualmente, que es inválido de manera absoluta o relativa.

En forma consecencial a cualquiera de las anteriores aspiraciones, suplicaron imponer a la convocada, las siguientes condenas: **i)** restituir a los accionantes, debidamente indexados, los dineros entregados junto con los intereses de capital generados desde la fecha de suscripción de la convención hasta el día del fallo, y a partir de éste réditos moratorios; **ii)** indemnización de perjuicios materiales y morales. Igualmente, establecer si la demandada actuó de buena o mala fe en la negociación; y si lo último, condenarla a asumir las consecuencias respectivas.

2.- En sustento, expusieron los hechos que seguidamente se compendian:

El negocio jurídico recayó sobre el predio urbano con el folio inmobiliario n° 50C-362980 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y la cédula catastral n° FBR 3617, identificado por su dirección, cabida y linderos en la Escritura Pública 540 de 26 de febrero de 1996 otorgada en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá. En dicho negocio jurídico el demandante fungió como comprador, la demandada como vendedora y el precio de la negociación fue de \$800.000.000.

En las cláusulas del instrumento se pactó que el objeto del convenio eran *“los derechos de dominio que tiene y ejerce en común y proindiviso”* la enajenante sobre la heredad (primera); que la fundación garantiza que *“los derechos que vende (...) son de su exclusiva propiedad”* (cuarta); que en razón a que la posesión no es detentada por la vendedora, el adquirente, por su cuenta y riesgo, asume su *“saneamiento”* (cuarta, párrafo primero); y que la persona jurídica se compromete con el *“saneamiento”* del dominio, pero no en lo relacionado con la entrega material, por *“no ejercer la posesión de los derechos vendidos, situación que el comprador conoce plenamente y acepta”* (quinta).

Modesto Lizcano Valderrama creyó adquirir los derechos de cuota que se supone tenía la convocada en común y proindiviso sobre el fundo, no obstante, cuando inició las gestiones judiciales y extrajudiciales para obtener la *“posesión”* del mismo, comprobó que el inmueble estaba en poder de terceros que acreditaron ser *“plenos propietarios”*, de manera que *“no es, y nunca lo fue, de propiedad de la vendedora”*, es más, dicho lote no corresponde ni se encuentra en el lugar indicado en la escritura de compraventa.

Dentro de las gestiones adelantadas para obtener la posesión del predio se encuentra el trámite de prueba anticipada practicada de conformidad con el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil en el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá, en el cual los peritos determinaron que

el terreno supuestamente transferido está localizado en otro de mayor extensión denominado Bella Vista y Los Pantanos con folio 50C-614994, y no en el sitio que “*se supone debía existir*”, al respecto los auxiliares de la justicia señalaron, “*aunque en la escritura de venta citada da una descripción clara de un predio que denominan Los Pantanos, la tradición que sustenta dicha venta nada tiene que ver con la tradición real del predio mapeado objeto de la venta y [...] de la visita en inspección judicial*”, y concluyeron que el inmueble descrito en el contrato no es el mismo sobre el que se practicó la inspección judicial.

El contrato en mención carece de uno de sus elementos esenciales, como es «*la cosa vendida*», ya que esta no existe, y si existiera, nunca ha sido de la convocada, y si lo fue, al momento de la celebración del contrato no era de su propiedad, por tanto, el contrato es inexistente, o al menos nulo. La accionada celebró el contrato a sabiendas de lo anterior, por lo que debe a su contraparte el resarcimiento de los perjuicios causados por culpa de sus representantes, de conformidad con los artículos 1870 del Código Civil y 863 del Código de Comercio.

Modesto Lizcano Valderrama cedió a Miguel Antonio Barranco García “*el 20% sobre la totalidad de los derechos que le corresponden o puedan corresponder*”, y en esa calidad de cesionario acude este último.

3.- La demandada propuso como excepciones “*falta de legitimidad en la causa por activa*”, “*inexistencia de la causa*

invocada”, “*prescripción de la nulidad relativa, resolución o rescisión del contrato*” y “*falta de legitimidad en la causa por pasiva debido a la inexistencia de obligación a cargo de la vendedora*” (fls. 149 a 170 del c. 1).

4.- El *a quo* declaró probadas las defensas de “*falta de legitimación en la causa por activa e inexistencia de la causa invocada*”. En consecuencia, desestimó las pretensiones (fls. 807 a 815, c. 4).

En sustento de su decisión expuso que, ciertamente, el demandante Miguel Antonio Barranco García no estaba legitimado para promover la demanda dado que la cesión alegada para habilitar su intervención en el juicio no fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, razón por la cual no podía tenerse en cuenta.

Al estudiar la defensa relacionada con la inexistencia de la causa, luego de transcribir los artículos 1517 y 1518 del Código Civil, acotó que «*el demandante simplemente hace la manifestación de la falta de objeto*», sin embargo, no se evidencia que el objeto sea «*ilícito o físicamente imposible*», y en las cláusulas 4° y 5° se refirió lo pertinente sobre el dominio y libertad del inmueble.

Por lo que atañe a la «*venta de cosa ajena*», tal afirmación «*no se encuentra probada dentro del acervo probatorio y por el contrario el demandado en su escrito de contestación logra desvirtuarlo*», pues en el certificado de tradición del bien aparece la vendedora como propietaria

inscrita en común y proindiviso.

Al proceso se allegó prueba pericial, pero con ella, *«no se lograron acreditar las causas con las cuales el demandante pretende la nulidad o la inexistencia del contrato de compraventa (...) razón por la cual y una vez más se reitera que la parte actora no demostró la venta de cosa ajena por la cual fundamenta sus pretensiones»*.

5.- Apelada la decisión del *a quo* por Modesto Lizcano Valderrama, el Tribunal en proveído del 19 de diciembre de 2012 la confirmó (fls. 22 a 42 del c. 9) y frente a éste el mismo recurrente interpuso casación, que fuera concedida por el Tribunal (fls. 45 – 49) y resuelta por esta Corporación el 5 de mayo de 2015 (fls. 87 – 113, c. 10).

6.- En SC10497-2015, la Corte casó la sentencia de segunda instancia y, previo a proferir la de reemplazo, decretó de oficio la práctica de una experticia a cargo de un topógrafo, sobre unos aspectos específicos.

7.- Practicada la prueba pericial (fls. 186 – 379, c. 10) y puesta en conocimiento de las partes sin ninguna manifestación al respecto (fls. 420 y 426 ib.), es del caso en sede de instancia, entrar a resolver el recurso de apelación del demandante.

8.- La inconformidad del apelante se concretó en que *«el juez de 1ª instancia no dio por probado, estándolo, que el*

inmueble objeto del contrato en cuestión no existe en realidad», en orden a sustentarla, arguyó:

No se dio aplicación a los artículos 746, 1880 y 1884 del Código Civil, pues si bien en este caso se hizo una «*entrega jurídica*» de la cosa vendida mediante el registro de la escritura y el vendedor no se obligó a efectuar la entrega material del predio, de todos modos, la validez de la tradición quedaba supeditada a la «*inexistencia de error en punto a la identidad del objeto o especie que debe entregarse*».

Si la descripción de la cosa vendida no guarda correspondencia con aquello que se debe entregar, se presenta el incumplimiento de una obligación legal por parte del vendedor, y ese error de identidad afecta la tradición y la entrega material del bien, e impide al adquirente procurar su posesión dado que se encuentra «*en poder de sus legítimos propietarios (...) o lo que es igual, la acción reivindicatoria de dominio ni las policivas instituidas con el mismo fin, podían ser enderezadas en contra de personas que (...) detentaban la condición de propietarias (no poseedoras) del bien identificado por su cabida y linderos en la Escritura*».

El Juzgador también desconoció el artículo 1870 del Código Civil, conforme al cual «*[l]a venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno*», pues en este caso el contrato recayó en supuestos derechos de la accionada sobre

un inmueble que a la postre no existía.

El *a quo* no analizó las probanzas recaudadas, en especial, la inspección judicial con intervención de peritos que se surtió como prueba anticipada ante el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá, la experticia practicada dentro del juicio, los testimonios recibidos y la confesión ficta derivada de la inasistencia injustificada del representante legal de la accionada a rendir interrogatorio, al punto que el único medio estimado fue la cláusula 4° del contrato de compraventa, de donde se sigue que desatendió su deber de valorar las pruebas en su conjunto, con las cuales se demostraba la inexistencia de la cosa vendida.

El argumento referente a que, al tenor del contrato, el comprador asumió directamente la obligación y riesgo de recuperar la posesión, desconoce que la controversia no radica en si el predio estaba en poder de terceros, *«sino que el bien que se dijo vender en realidad no existe»*, lo que vuelve irrelevante esa inferencia.

II. CONSIDERACIONES

1.- Por virtud del tránsito de legislación y el numeral 5° del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012, conforme al cual los recursos interpuestos, *«se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron»*, en la definición de este asunto se tendrán en cuenta las normas que establecía el Código de

Procedimiento Civil por ser las aplicables al momento en que se formuló el recurso de casación (18 ene. 2013) y que conservan vigencia hasta que culmine.

2.- Teniendo en cuenta que solo el demandante Modesto Lizcano Valderrama recurrió en apelación, la definición de la alzada se limitará a los aspectos desfavorables cuestionados por el apelante, sin que haya lugar a enmendar la providencia impugnada en la parte que no fue objeto del recurso, con la salvedad prevista en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. En esa medida, la definición del recurso vertical, se centrará en la desestimación del *«primer grupo de pretensiones»*, cuya causa *petendi* se arraigó en las consecuencias jurídicas derivadas de la *«ausencia de uno de los requisitos indispensables, como lo es la falta de objeto»*.

Así, queda fuera de discusión tanto lo concerniente a la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto a Miguel Antonio Barranco García, como la frustración del *«segundo grupo de pretensiones»* edificadas sobre la tesis de venta de cosa ajena que, en el criterio del demandante, acarreaba inexistencia, nulidad absoluta o nulidad relativa del contrato de compraventa, que fueron formuladas en forma subsidiaria.

3.- El examen del caso se abordará a partir de unas apreciaciones generales acerca de lo que constituye el objeto del contrato y sus requisitos de licitud, posibilidad y determinación, en especial, estos últimos en relación con la

compraventa de inmuebles cuando recae sobre derechos de cuota.

Se estudiará también el deber de probar en las causas judiciales como requisito *sine qua non* de quien afirma determinados hechos para sacar adelante sus aspiraciones, y a continuación, se analizarán las circunstancias fácticas que dieron origen a la demanda, para establecer si el recurrente en su calidad de promotor de la litis, cumplió la carga probatoria de su incumbencia, en punto a la inexistencia del predio sobre el que recaían los derechos de cuota enajenados a su favor por la Fundación FDR mediante Escritura Pública 540 de 1996 otorgada en la Notaria 45 del Círculo de Bogotá.

El hilo argumentativo que orienta el análisis así planteado, conllevará a concluir que en este caso el demandante no probó los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, lo que impone la refrendación del fallo de primer grado.

4.- Siguiendo el concepto de Francesco Galgano, «[e]l objeto del contrato es la cosa o, de modo más general, el derecho (real o de crédito) que el contrato transfiere de una parte a la otra o bien la prestación que una parte se obliga a ejecutar a favor de la otra»¹, y según lo tienen decantado jurisprudencia y doctrina, son requisitos del objeto contractual que sea lícito, determinado o determinable y posible. En términos generales, la licitud del objeto se

1 El Negocio Jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 123

concreta a que las prestaciones convenidas por los contratantes se ajusten a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, mientras que la determinación, supone que este sea expresado de manera clara para que los involucrados en el acto sepan concretamente a que se están obligando.

Que el objeto sea posible, atañe a su materialidad física, de manera que, en principio, esta característica no puede predicarse de una cosa inexistente, lo que no obsta para que el negocio jurídico pueda recaer sobre cosas futuras siempre que sean posibles, a ese respecto, dispone el artículo 1518 del Código Civil, *«[n]o solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género (...)*».

Por lo que respecta al contrato de compraventa, éste puede recaer sobre cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida (art. 1866 *ib.*); además, la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entiende efectuada bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte (art. 1869 *ib.*) y, al tenor del artículo 1870 del Código Civil, *«[l]a venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno (...)*».

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1868 del Código Civil, *«si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras»*, sin embargo, tal y como se indicó en CSJ SC10497-2015, en este tipo de negocios la determinación de lo que se vende corresponde al derecho que se tiene, y no a una parte específica de la cosa, porque en esos eventos, la comunidad radica en una proporción o porcentaje y no en un espacio determinado o cuerpo cierto.

Memorase también que en CSJ SC 29 nov. 1967, la Corte señaló:

El artículo 1518 del Código Civil, que se refiere a los tres requisitos que debe reunir el objeto de todo acto jurídico, cuales son la posibilidad, la licitud y la determinación del mismo, al tratar del último en relación con las cosas corporales, señala el mínimo de determinación de estas para que el vínculo jurídico pueda formarse. Así, no estando la cosa que se debe dar o entregar precisamente individualizada como especie o cuerpo cierto, el citado artículo exige que se la señale, a lo menos, por su género y que la cantidad sea cierta o que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para calcularla, como cuando se trata de cien cargas de trigo. Las reglas generales del precitado artículo 1518 del Código Civil, en lo tocante con la determinación de la cosa, reciben varias explicaciones concretas en el contrato de compraventa. Así, el artículo 1867 ibidem se refiere a la venta total o de cuota de especies, géneros y cantidades, los que deben asignarse expresamente cuando se trate de sacarlos colectivamente del patrimonio de vendedor [...] La determinación de los inmuebles vendidos. En la compraventa de cosas de esta clase, los principios anunciados en el apartado anterior reciben aplicación en la siguiente medida: 1° Si la cosa se vende total o parcialmente como cuerpo cierto, dicha cosa o la porción vendida debe determinarse en la escritura respectiva en la forma prescrita en el inciso 2° del artículo 2594 del Código Civil [...] 2° Si la venta se refiere solamente a una cuota del dominio radicado en cierto inmueble, obviamente es necesario señalar en la escritura respectiva, no solamente dicha cuota como fracción precisa de la

totalidad del derecho, sino que también por mandato del inciso 3° del citado artículo 2594, debe singularizarse el inmueble en que aquella está radicada, con las mismas indicaciones prescritas para la hipótesis de que trata el numeral anterior.

La derogatoria del artículo 2594 del Código Civil, citado en dicha sentencia, no altera las conclusiones que sobre esa determinación fijó la Corte, dado que la norma que lo reemplazó, esto es, el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, entre los requisitos esenciales de las escrituras públicas, señala que esta debe consignar *“los datos y circunstancias necesarias para determinar los bienes objeto de las declaraciones”*.

5.- Desde el punto vista normativo, el principio conocido como carga de la prueba emerge de la conjunción de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual *«[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»* y 1757 del Código Civil, que prevé *«[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta»*; como carga procesal, le indica a los intervinientes cuáles son los hechos que deben demostrar para sacar adelante sus aspiraciones en el juicio, por lo que su omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para el litigante que la incumple, al constituirse en regla que le indica al juez como debe decidir.

El tratadista Hernando Devis Echandía², señala que

² Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. 5° ed. Temis, Bogotá, 2006, pág. 406.

esta noción tiene dos aspectos, a saber,

(...) 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada uno le interesa probar (...) para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

III. ANÁLISIS DEL CASO

1.- En orden a resolver la alzada, conviene precisar que, dada la naturaleza de las pretensiones y los hechos que les sirven de sustento, en el *sub judice*, resultan especialmente relevantes los medios de convicción documentales que posibiliten efectuar un estudio de títulos del predio denominado «Los Pantanos», así como un dictamen pericial cuyo cometido sea verificar la existencia real del terreno sobre el que recaía la cuota parte objeto de negociación. Ello, porque de acuerdo con el sustrato fáctico que soporta las súplicas de la demanda, sus probabilidades de éxito pendían del cumplimiento de la carga radicada en el accionante, en orden a acreditar que, efectivamente, el bien descrito como objeto de enajenación era inexistente, o no era de propiedad del vendedor sino de terceras personas.

2.- Mediante Escritura Pública 540 del 26 de febrero de

1996, otorgada en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá, la Fundación F.D.R., vendedora, y Modesto Lizcano Valderrama, comprador, suscribieron contrato de compraventa en cuya cláusula primera, se indicó que por medio de ese instrumento, la persona jurídica transfería a título de venta real y efectiva a favor del segundo, «*los derechos de dominio que tiene y ejerce en común y pro indiviso*» sobre «*la parte restante*» del lote Los Pantanos de folio inmobiliario 50C-362980, con área aproximada de ciento diecisiete mil ochocientos dieciséis metros cuadrados (117.816 m²), con los linderos allí expresados.

En el párrafo primero, se expresó que el fundo hizo parte de uno de mayor extensión con 165.120 m², con su correspondiente descripción y linderos, además, en el párrafo tercero se precisó que, a pesar de indicarse cabida y linderos, la venta se hace sobre «*derechos de cuota y en cuerpo cierto*», y en la cláusula segunda, que la vendedora adquirió los derechos que transfiere, conjuntamente con la Fundación San Juan de Dios y el Hospital Universitario Clínica San Rafael, por «*adjudicación*» en el proceso de sucesión de Bertha o Bernarda Izquierdo Viuda de Macías. Aunque en la cláusula cuarta se indicó que la vendedora garantiza que los derechos que vende son de su exclusiva propiedad, en su párrafo anotó,

En cuanto a la posesión material del inmueble sobre el cual recaen los derechos vendidos y que no es ejercida por la vendedora, el comprador, conocedor de esta situación, asumirá el saneamiento de la posesión por su cuenta y riesgo, siendo de su cargo los gastos y costos que demanden las acciones policivas, administrativas, judiciales y/o extrajudiciales que habrán de adelantarse para la

recuperación de la misma sin que la vendedora deba reembolsar suma alguna por estos conceptos.

Y, en la quinta, se reitera, que la Fundación se obliga al “saneamiento” de la propiedad conforme a la ley, «mas no en lo relacionado con la entrega material, por no ejercer la posesión de los derechos vendidos, situación ésta que el comprador conoce plenamente y acepta» (fls. 11 a 16).

2.1.- Desde el punto de vista jurídico, no llama a duda que la Fundación FDR sí ostentaba la calidad de propietaria de un derecho de cuota sobre el inmueble de matrícula 50C-362980 al momento de realizar el negocio jurídico cuya existencia o validez cuestiona el comprador.

A tono con los documentos obrantes en el expediente, el 25 de junio de 1993, en el juicio de sucesión de Bertha o Bernarda Izquierdo Viuda de Macias, se le adjudicó a la Fundación F.D.R. “la tercera parte en común y proindiviso entre sí” con la Clínica San Rafael y el Hospital San Juan de Dios, del inmueble denominado Los Pantanos, distinguido con la matrícula inmobiliaria 050-0362980, “globo de terreno formado por tres lotes” (fls. 765 y 778, c. 4), acto que se registró como anotación 20 en el respectivo certificado de tradición (fl. 20, c. 1) y, posteriormente, en la anotación 26 se inscribió la Escritura Pública 540 de 1996 de la Notaría 45 de Bogotá, por la cual Fundación F.D.R., le transfirió el derecho sobre su cuota parte de 1/3 a Modesto Lizcano Valderrama.

Ahora bien, revisado el texto del instrumento público en mención, se aprecia con nitidez que la descripción del lote de mayor extensión del predio «Los Pantanos», coincide íntegramente con aquella referida en el trabajo de partición presentado en la sucesión de Berta o Bernarda Izquierdo viuda de Macías, aprobado el 25 de junio de 1993 por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, en el cual le fue adjudicada la tercera parte del mismo a la aquí demandada (fls. 743 – 778, c. 2).

2.2.- El aspecto controversial se presenta en la descripción del objeto concreto de la negociación, es decir, el concerniente a «*la parte restante*» del lote Los Pantanos, que según lo afirmó la demandante no existe.

Al respecto, debe decirse que, de acuerdo con los títulos antecedentes, es claro que el referido inmueble tenía una amplia extensión, sin embargo, ni en el trabajo de partición presentado en el juicio de sucesión (fls. 743 – 776, c. 4), ni en su certificado inmobiliario se precisa cual era ésta; no obstante, de acuerdo con la forma en que quedó redactada la Escritura 540 de 1996 que vinculó a quienes son parte en este proceso, es claro que con anterioridad se había tenido por establecido que su área era 165.120 m², que al parecer quedó menguada por alguna circunstancia o acto jurídico al que no se hizo referencia explícita en la escritura, no de otra manera puede entenderse que el objeto contractual haya recaído sobre los derechos que sobre «*la parte restante del lote denominado Los Pantanos*», ostentaba la vendedora.

También quedó claro en esa convención, que el adquirente era conocedor de que no estaba comprando derechos sobre la totalidad del predio y que la fracción del globo originario objeto del negocio era, precisamente, aquella de cuya posesión se encontraba privada la vendedora, al punto que no exigió la entrega material del bien, sino que se comprometió a adelantar «*por su cuenta y riesgo*» el saneamiento de la posesión; sin embargo, su reclamo de tutela jurisdiccional se centró en la imposibilidad de recuperar el bien así adquirido, pero el mismo no halló eco en la primera instancia.

3.- El apelante se duele de la falta de apreciación de una experticia practicada como prueba extraprocesal. Al respecto, llama la atención que aunque en los hechos 12 a 15 del libelo inicial se afirmó que ante el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá se practicó una prueba anticipada con intervención de peritos que concluyeron la falta de coincidencia entre el inmueble inspeccionado y el que fue objeto de la compraventa, a esta actuación no se haya arrimado en forma regular ese medio de convicción, pues si bien al decretar las pruebas se ordenó oficiar para el efecto al mencionado despacho judicial, ninguna respuesta se obtuvo al respecto, ni se vislumbra diligencia del apoderado del promotor para obtener su recaudo.

Esa omisión no podía suplirse con las copias allegadas en la audiencia de recepción del testimonio de William Ricardo Rincón Alfonso, quien aseguró que fungió como

perito en esa actuación, e indicó al adjuntarlas *«hasta donde recuerdo el informe presenta contenidos idénticos al entregado al Juzgado 34 Civil Municipal y mi firma sí es la consignada en el documento»*.

Lo anterior, por cuanto si bien al tenor del artículo 228 numeral 7° del Código de Procedimiento Civil, a los testigos les está permitido adjuntar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, cuya incorporación se efectúa en ese mismo momento con traslado común para posibilitar su contradicción, de allí no se desprende que, haciendo uso de esa prerrogativa se pueda aportar un supuesto dictamen rendido como prueba anticipada ante otro estrado judicial, por cuanto quedaría afectada la legalidad y oportunidad de su incorporación y, por ende, la posibilidad de apreciarla válidamente.

Por lo demás, las copias simples que así se aportaron, a más de resultar deshilvanadas y en parte ininteligibles, tampoco son completas dado que no comprenden los anexos de los documentos estudiados que, en palabras del mismo testigo, están recopilados en aproximadamente 7 carpetas AZ (fls. 205 – 207, c. 2 y c. 7). Además, tampoco dan cuenta de la íntegra actuación judicial surtida, de manera que no se sabe con certeza de las opciones previstas en el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, cuál fue la que allí se promovió, esto es, si se trató de una inspección judicial, un dictamen pericial, o de ambas cosas y ni siquiera si se citó o no a la presunta contraparte.

En tal virtud, con independencia de que se hubiere o no realizado un trámite judicial en ese sentido, lo cierto es que con la demanda no se anexaron los elementos de confirmación de lo allí acontecido (num. 6, art. 77 C. de P. C.), ni durante el periodo probatorio a través de prueba trasladada, de allí que las deficientes reproducciones fotostáticas que adjuntó el testigo en la audiencia carezcan de mérito para corroborar los hechos en los que se erigen las pretensiones invocadas en esta causa.

4.- En el panorama descrito, lo único que puede ser valorado de la primera experticia rendida en este proceso son las conclusiones personales del perito con relación a la tarea encomendada (fls. 352 - 367, c. 2), de manera que todas las respuestas ofrecidas frente al cuestionario formulado por el apoderado del actor con relación al dictamen rendido en el trámite de prueba extraprocesal, resultan inanes pues, al no existir certeza sobre el marco de referencia que constituía el objeto de cotejo, cualquier concepto al respecto era vacuo e infundado (fls. 67 - 400, *ib.*).

En tal virtud, la apreciación de este medio se hará conforme al artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, que exhorta tener en cuenta *«la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso»*, además, en acatamiento de la misma disposición, se

estudiará conjuntamente con el segundo dictamen ordenado por el *a quo*.

En ese laborio, se advierte que, si bien ambos expertos coincidieron en que el predio descrito en la escritura de compraventa sí existe, difieren en lo referente a su ubicación espacial actual, además, ambos presentan falencias, que impiden acoger sus conclusiones.

En efecto, mientras el primer perito, aseveró, que el predio denominado Los Pantanos, «(...) *sí existe realmente y se encuentra ubicado en la localidad de Fontibón entre los barrios Capellanía y el Rubí y entre la Diagonal 22ª (Avenida Ferrocarril) a calle 39 y carrera 87 a carrera 95 y 94ª lo que hoy es el predio Baleares III sector, de la ciudad de Bogotá D.C.*» (fl. 358, c. 2), el segundo, afirmó que sí existe, pero no en el lugar descrito en la escritura 540 de 1996 como la parte restante del lote Los Pantanos, dado que esos linderos «*corresponden a los predios La Isla y Baleares Sector III, que no han sido de propiedad de la vendedora*» (fl. 664, c. 4).

La falta de firmeza del primer dictamen se evidencia desde la exposición de la tesis que lo sustenta, referente a que el predio «*Los Pantanos*» es el mismo denominado «*Baleares*», y por lo tanto, nunca perteneció a Teodiceldo Macías ni a Berta Izquierdo de Macías. Ello, por cuanto desconoce: **i)** los títulos de adquisición de dicho predio antecedentes a la sucesión de la señora Izquierdo de Macías

que se remontan al año 1937; **ii)** las situaciones de hecho que sobre el mismo bien se presentaron antes del negocio jurídico controvertido, de las que dan cuenta múltiples inscripciones en su folio inmobiliario (fls. 18 – 21, c. 1); **iii)** las gestiones administrativas que ejercieron las entidades adjudicatarias ante el Departamento Administrativo de Planeación Distrital y actos de disposición relacionados por el mismo perito en su dictamen, y **iv)** no explica cuáles fueron los fenómenos naturales, situaciones de hecho o negocios jurídicos a partir de los cuales el predio Los Pantanos de matrícula inmobiliaria 50C-362980, se fundió o escindió con el conocido como Baleares III de matrícula 50C-1161118.

De allí, que las deducciones no resulten convincentes, y más que certeza, generaron dudas que no lograron ser despejadas en la aclaración ofrecida por el auxiliar de la justicia a petición de la demandada (fls. 539 – 550, c.2), lo que ameritó su objeción por error grave (551 – 555, *ib.*).

Similares inconsistencias se aprecian en la segunda experticia, que además luce carente de elementos de confirmación, al punto que los únicos anexos que se adjuntaron fueron unas fotografías de edificaciones y lotes de terreno, copia de la citada escritura 540 de 1996 y un borroso plano del proyecto Baleares III, documental a todas luces insuficiente para sustentar las inferencias del perito, si se tiene en cuenta la complejidad de la tarea que le fue asignada.

Desde esta perspectiva, los motivos de censura enfilados a cuestionar la falta de apreciación de esas experticias caen en el vacío, en primer lugar, porque pese a sus inconsistencias, los peritos coincidieron en que el bien descrito como objeto del contrato de compraventa de derechos de cuota sí existe, lo que de tajo dejaba sin soporte las pretensiones principales, y ante la falta de solidez de los argumentos y de un raciocinio apoyado en claros y concretos elementos de convicción, los trabajos periciales tampoco abrían paso a la verificación de los supuestos fácticos de las aspiraciones subsidiarias. De allí, que ningún desatino puede deducirse del fallo de primer grado por no haber valorado esas experticias, pues de todos modos nada probaban respecto a los hechos que edificaban la causa *petendi*.

5.- Precisamente, por las falencias advertidas en las dos experticias practicadas en el curso de la primera instancia, previo a proferir la sentencia de reemplazo, en el fallo de casación, se ordenó la práctica de un nuevo dictamen a cargo de un topógrafo, cuya finalidad, en esencia, era indagar por la existencia de la «*parte restante*» del predio Los Pantanos, sobre la cual versó la compraventa de los derechos de la vendedora a favor del accionante. Así, frente a esta experticia, se tiene lo siguiente:

En primer lugar, se encomendó, «*determinar si el inmueble cuyos linderos se señalan en el folio de matrícula*

inmobiliaria 50C-362980 existe, y de ser así especificar si el mismo obedece actualmente a la denominación “Los Pantanos”», en su respuesta, el experto refirió que «(...) el predio denominado Los Pantanos se incorporó a la tradición de Buenavista (sic) que tenía folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-614994 y de este se desprende el No. 50C-1391758 Escritura 300 del 31-01-1996 Notaría 42 con área de 53.834.44 metros cuadrados y 50C-1391756 Escritura 299 del 31-01-1995 Notaría 42 con área de 91.474,95 metros cuadrados».

Para arribar a esa inferencia, realizó un «cotejo de cada uno de los predios colindantes con el denominado Bellavista que figura como adquirido por Teodiceldo Macías y que hace referencia que colinda con el predio Los Pantanos» y partir de allí, se detuvo en la adquisición del predio Bellavista de 23.544 m², por parte del señor Macías mediante Escritura Pública 3139 de 1937 Notaría Cuarta de Bogotá y su título antecedente de 1936; así mismo, refirió que ese lote fue adjudicado en la sucesión de Teodiceldo Macías a su esposa sobreviviente Bernarda Izquierdo, y en la de ella, mediante sentencia de 25 de junio de 1993 del Juzgado Primero de Familia de Bogotá, a Fundación Franklin Delano Roosevelt, Fundación San Juan de Dios y Hospital Universitario Clínica San Rafael, que además comprendió el predio Los Pantanos, y en ese sentido, señaló:

Como el predio Los Pantanos por medio del certificado de libertad con matrícula Inmobiliaria No. 50C-362980 presentó inconvenientes debido a los terrícolas de la época que con documentos alterados querían apropiarse y vender el Humedal Capellanía y sus

alrededores, la sociedad de la Fundación Franklin Delano Roosevelt, Fundación San Juan de Dios y Hospital Universitario Clínica San Rafael decidieron unir los dos predios y para identificarlos sacaron Bellavista A y Bellavista B teniendo en cuenta que el área le dio 145.309,39 metros cuadrados.

Por medio de la Escritura 299 del 31 de Enero de 1995 de la Notaría 42 de Santafé de Bogotá, venden a Construccionar y Cia. Ltda., 91.474.95 metros cuadrados (...).

Por medio de la Escritura No. 300 del 31 de Enero del año 1995 de la Notaría 42 de Santafé de Bogotá, venden a AVITAR ASESORES INMOBILIARIOS LTDA. en venta parcial 53.834,44 metros cuadrados (...).

Añadió que, posteriormente, quienes fungieron como adquirentes en esos dos últimos negocios jurídicos, de manera conjunta con la Fiduciaria Tequendama S.A., mediante escritura 735 de 1999 de la Notaría 23 de Bogotá, procedieron a actualizar «el área, los linderos del predio formado de mayor extensión Bellavista con 145.309,39 metros cuadrados y los predios segregados Bellavista A Y Bellavista B protocolizan plano topográfico y certificación de catastro».

Al interrogante, «indicar si el predio “Los Pantanos” que fue materia de adjudicación en la sucesión de Bertha o Bernarda Izquierdo Viuda de Macías, tramitada en el Juzgado Primero de Familia de Bogotá (...), es por sus linderos o especificaciones, el que relaciona el folio de matrícula anterior [50C-362980]», el perito respondió afirmativamente, y precisó que no existe en ese sector otro terreno con el mismo nombre (fl. 377, *ib.*).

En cuanto a señalar si el fundo “Los Pantanos”

indicado en la escritura 0540 de 1996 de la Notaria 45 de esta ciudad, es el mismo adjudicado en la sucesión de Bertha o Bernarda Izquierdo Viuda de Macías y el de folio de inmobiliario 50C-362980, «o si por sus linderos y especificaciones, se ubica en otro lugar». Respondió:

Por sus linderos y especificaciones, al predio que se conocía como Los Pantanos, se le agregó otro predio ubicado en la AC 22 96-82 con matrícula 050C-01121967 CHIP AAA0078ROYX propiedad de CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A. vocera Patrimonio Autónomo FA PARQUEO VI, cuando manifiesta en la escritura que por el Sur en extensión de 138 metros con el predio El Porvenir y por el occidente en 425 metros con la central de energía y el predio Bellavista, predios identificados porque ahí se han encontrado siempre la vía del Ferrocarril costado norte las instalaciones de la Central de Energía.

Y respecto a «especificar si el referido terreno, de existir, no queda dentro de lo que se supone adquirió el demandante en el instrumento en mención», acotó:

El terreno existe, pero presuntamente por evitar algún inconveniente mayor no dieron el paso de hacer las cosas debidamente, es decir identificar con claridad y transparencia el predio Los Pantanos; con el antecedente de lo que habían adelantado los terrícolas dentro de las 35 anotaciones que se encuentran en el certificado de tradición con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-362980 entre otras de falsedad material en documento público y su uso, estafa y otros y aparecer algunos como compradores, empeoraron las cosas.

Es decir el predio Bellavista que adquirió Macías con un área de 23.544 englobarlo con Los Pantanos y obtener 145.309,39 metros cuadrados; que en la actualidad se encuentra en poder del Instituto de Desarrollo Urbano donde se encuentra proyectado el Parque Bellavista con la aplicación de la vía más ancha para Bogotá (...).

De la experticia analizada, fluye que su signatario coincide con los peritos designados en la primera instancia en lo que concierne a que el predio descrito como objeto de

compraventa en la Escritura 540 de 1996 de la Notaria 45 de Bogotá, sí existe. No obstante, desde su punto de vista, de acuerdo con los linderos y especificaciones indicados, el mismo surge de una amalgama entre el original predio Los Pantanos y otro de folio inmobiliario Nro. 50C-01121967 de propiedad de Credicorp Capital Fiduciaria S.A. vocera del Patrimonio Autónomo FA Parqueo VI.

Ahora, si bien aquellas respuestas al referir la integración de hecho de «Los Pantanos» y «Bellavista» por parte de sus propietarios, en principio, parecerían despejar las dudas generadas en torno a la suerte del primer predio, para lo que se tuvo en cuenta el plano F-397/1-00, esa apariencia se desvanece ante la ausencia de elementos de confirmación que permitan establecer que, efectivamente, la totalidad de ese inmueble se anexó al otro adjudicado a las mismas personas jurídicas en la sucesión de Berta o Bernarda Izquierdo.

Ciertamente, el perito dedujo la unión de dichos lotes sin explicar cuál fue su fuente de consulta para determinar el área originaria de «Los Pantanos», que adherida a la de «Bellavista» sumaba 145.309,39 m², dado que ese dato no aparece en la descripción del inmueble plasmada en el trabajo de partición aprobado en el trámite de la mencionada sucesión, ni en los títulos antecedentes cuyas copias se aportaron, y tampoco se desprende del folio 50C-362980, pues en éste, luego de la descripción del predio por «cabida y linderos», expresamente se indica «no consta la extensión» (fl. 195, c. 10).

Esa información era especialmente relevante, si se tiene en cuenta que en la citada Escritura 540 de 1996, se plasmó que el área del inmueble de mayor extensión era de 165.120 m², y que el objeto de la compraventa concernía a la transferencia que la vendedora hacía al comprador de «*los derechos de dominio que tiene y ejerce en común y proindiviso sobre (...) la parte restante del lote denominado Los Pantanos*», expresión esta última que permite suponer un fraccionamiento del referido inmueble, anterior a la celebración de ese negocio jurídico.

En síntesis, a tono con las respuestas ofrecidas por el topógrafo, debidamente soportadas con los documentos que anexó a su informe (fls. 186 - 373, c.10), el predio relacionado en el instrumento público de compraventa como objeto de la negociación de los derechos de cuota de la vendedora, si existe y, por lo menos en parte, corresponde al denominado Los Pantanos. De ahí, que la premisa de la inexistencia del objeto sobre el cual recayó el contrato en mención no fue acreditada.

6.- Resta señalar que los otros medios de convicción citados por el recurrente, no tienen fuerza demostrativa para conducir a una conclusión distinta, en punto a la real existencia del objeto del contrato.

En primer término, porque no es cierto que se haya presentado una confesión ficta derivada de la incomparecencia del representante legal de la demandada a

rendir interrogatorio de parte, comoquiera que no se dio cabal cumplimiento al artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, que preceptuaba,

La no comparecencia del citado a la audiencia, (...), se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones que se presumen ciertos (Subraya intencional).

En este caso esos efectos legales no fueron anunciados por el *a quo*, al punto que, en el acta de la audiencia señalada para recibir la prueba, se consignó llanamente que a la misma «no se hizo presente la parte que solicitó la prueba, ni la persona citada a absolver el interrogatorio de parte», razón por la cual se cerró el acto, con la firma de la juez y su secretario, sin efectuar ningún pronunciamiento adicional frente a la posible existencia de cuestionario escrito que exigiera la calificación de las preguntas en ese acto para precisar cuáles eran los hechos susceptibles de confesión, ni a los demás efectos previstos en la citada disposición (fl. 201, c. 2). Así las cosas, no es factible reconocer confesión ficta en contra de la convocada por la inasistencia de su liquidador a absolver interrogatorio.

Los testimonios de Arquímedes Romero Moreno y

William Ricardo Rincón Alfonso, tampoco son suficientes para acreditar los hechos que sustentan las pretensiones. El primero, en su condición de copropietario del lote de terreno objeto del negocio cuestionado, en su declaración no hizo más que relatar su insatisfacción con el acto jurídico por el cual él adquirió sus derechos, al señalar que, al ir a posesionarse del terreno, *«resultó ser de otras personas, lo que ellos tenían posiblemente fue vendido a otras personas»* (fls. 209 – 211, c. 2), sin embargo, en términos generales las respuestas ofrecidas se orientaron a reseñar lo ocurrido en el trámite de la prueba anticipada, que como ya se dijo no se incorporó en debida forma a este proceso, y en todo caso, a lo único que apuntó este declarante fue a poner en entredicho la titularidad del derecho de dominio de la vendedora sobre el predio que supuestamente fue objeto de inspección judicial en ese trámite, que según dijo pertenecía a otra persona, pero nada dijo acerca de la alegada inexistencia del predio (fl. 209 – 211, c. 2).

A su turno, el testigo William Ricardo Rincón Alfonso, quien dijo ser uno de los peritos que intervino en el trámite de prueba anticipada ante el Juzgado 34 Civil Municipal, expuso que en el estudio realizado concluyó que el predio descrito en la escritura 540 de 1996 no correspondía con los linderos de acuerdo con el estudio de los títulos anteriores, sino a un predio de la constructora Baleares hoy La Isla *«que nunca tuvo nada que ver con Los Pantanos»*, y de manera reiterada, remitió a las conclusiones del informe supuestamente entregado al Juzgado 34 Civil Municipal

precisando que todas ellas tenían allí los respectivos soportes. No obstante, si como ya se dijo, la prueba anticipada no obra en el expediente, la ratificación efectuada en la audiencia de testimonio sobre ese informe, ningún alcance o efecto puede tener en esta causa (fls. 205 – 207, c. 2).

En suma, esas declaraciones no tienen poder suficiente para acreditar los hechos que sustentan las pretensiones, ni son idóneas para derruir lo que consta en la prueba documental que da cuenta tanto de la existencia jurídica del predio, como de la titularidad que sobre una cuota indivisa del mismo ostentaba la demandada para la fecha en que se celebró el negocio jurídico.

7.- En conclusión, a tono con lo analizado en precedencia, todas las aspiraciones del demandante soportadas en la inexistencia del objeto del contrato estaban conminadas al fracaso, tal y como lo concluyó el juzgador de primera instancia.

8.- Pese a que el recurso de apelación se centró en el argumento de la inexistencia del objeto de compraventa, y a ello debe circunscribirse la definición de la alzada, no sobra señalar que, en todo caso, el demandante tampoco acreditó que el derecho sobre la «*parte restante*» del lote Los Pantanos, nunca haya sido de la Fundación FDR, ni que para esa fecha fuera de propiedad de un tercero.

Ciertamente, resulta contradictorio el argumento del demandante cuando afirma que el bien no existe y a renglón seguido asegura que en sus pesquisas se percató de que terceras personas fungen como titulares del derecho de dominio sobre éste, sin precisar quiénes son esos propietarios ni como adquirieron el bien, pues por simple razonamiento lógico, si una cosa no existe, tampoco puede estar en poder de alguien a ningún título.

Al margen de esa inconsistencia, debe decirse que, si bien el perito que rindió la última experticia fue enfático en afirmar que los adjudicatarios de los predios Bellavista y Los Pantanos, por los problemas que este último presentaba optaron por unirlos en lo que llamaron Bellavista A y Bellavista B, y enajenarlos bajo esas denominaciones sin afectar la matrícula inmobiliaria de Los Pantanos, en esta actuación, como se advirtió en precedencia, no existe certeza de que en realidad la fusión de esos dos predios haya comprendido la totalidad de Los Pantanos, incertidumbre que igualmente impide concluir que toda el área de ese inmueble haya quedado comprendida en las ventas plasmadas en las Escrituras Públicas 299 y 300 del 31 de Enero de 1995 de la Notaría 42 de Santafé de Bogotá, a favor de Construccionar y Cia. Ltda., y Avitar Asesores Inmobiliarios Ltda., respectivamente, para predicar que, contrario a lo afirmado en la Escritura 540 de 1996, ninguna fracción restante de ese predio le quedó a la Fundación FDR después de la celebración de esos contratos.

9.- De lo analizado, deviene la confirmación del fallo de primera instancia, con la consecuente imposición de condena en costas al apelante, de conformidad con el numeral 1° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, que se fijarán en esta misma providencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, actuando en sede de segunda instancia,

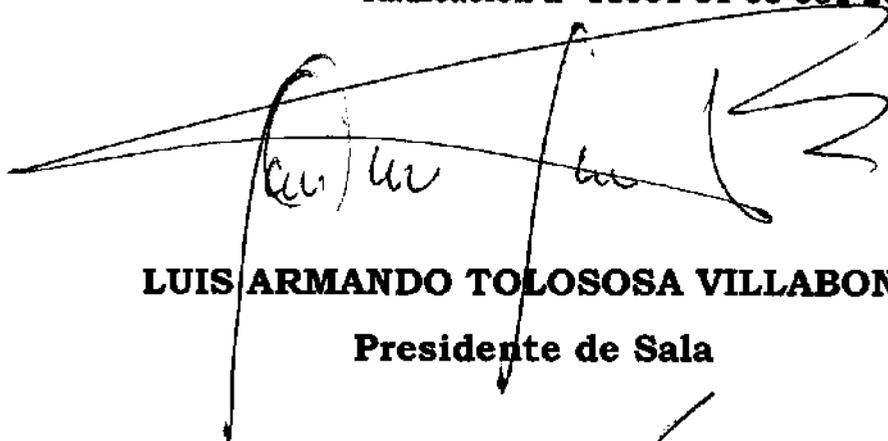
RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia proferida el el 8 de junio de 2012 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Descongestión para Trámite y Fallo de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por el recurrente frente a la Fundación FDR en Liquidación.

Segundo: Condenar en costas por el trámite de la segunda instancia al apelante, por concepto de agencias en derecho se fija suma de \$3.000.000. Líquidense.

Tercero: devolver el expediente al despacho de origen.

Notifíquese



LUIS ARMANDO TOLOSOSA VILLABONA
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



FRANCISCO TERNERA BARRIOS