

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC19730-2017

Radicación: 05001-31-03-007-2011-00481-01

Aprobado en Sala de veintidós de febrero de dos mil diecisiete

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Se decide el recurso de casación de Marina Stella, Iván y Álvaro Ignacio Salas Vergara, respecto de la sentencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por los recurrentes contra Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** Los demandantes solicitaron se declarara la inexistencia o en subsidio la nulidad absoluta de ciertos “*actos jurídicos*” y como consecuencia, en uno u otro evento, según corresponda, la culpa contractual o extracontractual de la interpelada; o en últimas, en el mismo orden, la responsabilidad derivada de la ya sentenciada inexistencia en otro proceso. En cualquier

caso, con la condena a pagar a la sucesión de Guillermo Restrepo Mejía e indirectamente a la de Elisa María Vergara de Restrepo, la suma de \$234'333.073, con los intereses moratorios causados.

1.2. **La causa petendi.** Los actores, en calidad de sobrinos, son herederos de Elisa María Vergara de Restrepo, fallecida el 25 de septiembre de 2006, a su vez esposa de Guillermo Restrepo Mejía, finado el 4 agosto de 2002.

Este último, manejó sus inversiones a través de la sociedad demandada en los fondos Surenta y Surenta 30, y tenía de confianza la Notaría Veintiuno del Círculo de Medellín para adelantar los trámites necesarios.

Guillermo Restrepo Mejía, en los tres últimos meses de su vida, se encontraba en precarias condiciones de salud, pues había sufrido un tumor cerebral. El 15 de julio de 2002, con hemiplejía derecha y disartria, y un cuadro de bronconeumonía e hipoxemia, originando un estado de confusión y disminución de la capacidad de conciencia, y dificultad para hablar y escribir. Por su parte, Elisa María Vargas de Restrepo, era octogenaria e inválida, a raíz de una fractura de fémur bilateral, y padecía enfermedad de Parkinson.

El mismo 15 de julio de 2002, hicieron presencia en la residencia de Guillermo Restrepo Mejía, dos empleados de la Notaría Catorce del Círculo de Medellín y dos de Valores

Bancolombia S. A. Comisionista de Bolsa, donde aquel dispuso parte de los dineros en los fondos de inversión a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, finalmente entregados el 18 de julio de 2002, en cuantía de \$234'333.073.

Los anteriores “*actos jurídicos*” son irregulares, por cuanto el dueño de tales valores no se encontraba en condiciones médicas para el efecto, faltando, en consecuencia, su consentimiento.

La demandada, en su calidad de empleadora, con el actuar de sus funcionarios, fue negligente al permitir la disposición de los activos a ella confiados, cambiando de propietario con base en unas cartas de cesión y endosos obtenidos en las condiciones irregulares anotadas.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, en sentencia de 22 de febrero de 2007, proferida en el proceso de Elisa María Vergara de Restrepo contra Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, declaró la nulidad absoluta de tales “*actos jurídicos*” por “*ausencia de consentimiento*”, decisión que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, avaló en fallo de 3 de diciembre de 2009, pero bajo la teoría de la inexistencia, sin que los dineros hayan sido restituidos.

1.3. **El escrito de réplica.** La convocada se opuso a las pretensiones, alegando, en esencia, el cumplimiento de

las obligaciones contractuales adquiridas con sus clientes, inexistencia de perjuicio alguno en cabeza de los demandantes y cosa juzgada relativa.

1.4. **La sentencia de primera instancia**. Proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, el 10 de julio de 2013, desestimó las pretensiones al encontrar configurada la cosa juzgada, pues la jurisdicción del Estado había ordenado a Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, devolver las sumas que recibieron.

2. EL FALLO ACUSADO DE SEGUNDO GRADO

2.1. Según el Tribunal, en el proceso no se discutía si Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, había incumplido el contrato de administración de los dineros depositados por Guillermo Restrepo Mejía. La polémica giraba alrededor de la inexistencia o nulidad de los actos jurídicos de disposición a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía.

2.2. Esa actividad, dice, implicaba un mandato para la demandada, pudiendo el dueño retirar los dineros o disponer de los mismos en favor de terceros, en los términos del artículo 17, literal n) cláusula 23 del contrato, como así lo hizo en los actos jurídicos cuestionados.

La instrucción unilateral del depositante para el efecto, creó una obligación a cargo de Valores Bancolombia S.A.

Comisionista de Bolsa, sin que de su parte, contractualmente, pudiera negarse a ejecutar, más allá de dejar la prueba de ello, pues fue quien llevó a los empleados de la notaría para autenticar la firma del mandante.

En esa línea, la orden y el pago efectuado, obedecieron a la relación convencional de manejo de dineros. Empero, como en la mentada instrucción la demandada no fue parte, se echaba de menos el vínculo obligacional que la llamara a responder por los hechos esgrimidos, deviniendo, por lo tanto, la falta de legitimación en causa por pasiva.

2.3. Las pretensiones extracontractuales, a juicio del *a-quo*, se pidieron de modo indebido, pues como se observó, la orden de pago y su acatamiento, manaban del contrato de administración de los dineros. Con base en sus estipulaciones, precisamente, se hizo la *“gestión que culminó con el acto que a la postre fue considerado inexistente”*.

La responsabilidad, por tanto, era de otra clase, pues se originaba en *“(...) una convención en cuyo desarrollo se efectuaron las diligencias impugnadas (...). Se probó y así lo aceptan las partes, que los funcionarios de Valores que actuaron fueron sus agentes, y por ello no puede estudiarse contra ella la actuación como si fuera extracontractual (...)”*.

2.4. Frente a ese discurrir, el Tribunal confirmó la sentencia apelada.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Los demandantes recurrentes formularon dos cargos, ambos al abrigo del artículo 368, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil. Replicados por la parte opositora, la convocada en el litigio, la Corte los resolverá aunados por las razones que en su momento se dirán.

3.1. CARGO PRIMERO

3.1.1 Acusa violados indirectamente los artículos 1494, 1495, 1602 a 1603, 1613 a 1615, 1618, 2341, 2343 y 2344 del Código Civil; 822, 825, 830, 864, 871, 1262, 1263, 1266, 1267 y 1285 del Código de Comercio.

3.1.2. Según los censores, el Tribunal al dejar sentado que Guillermo Restrepo Mejía estaba en libertad de instruir sobre la disposición de los dineros, se equivocó doblemente, primero, al pasar por alto que la orden no existió por así haberlo declarado la justicia y por la “*incapacidad mental del cliente en ese momento*”; y segundo, al no tener en cuenta que la responsabilidad contractual se sustentó en que los empleados de la entidad demandada fueron “*negligentes*” en el trámite de esa operación. Todo, producto de la comisión de errores fácticos y probatorios.

3.1.2.1. En efecto, malinterpretó el escrito genitor, pues ciertas súplicas subsidiarias no se solicitaron sobre la base de una previa declaración de inexistencia de los actos

jurídicos cuestionados, toda vez que tal inexistencia ya había sido declarada mediante sentencia ejecutoriada.

3.1.2.2. Distorsionó los documentos de 15 de julio de 2002, contentivos de la supuesta voluntad de Guillermo Restrepo Mejía, acerca de la disposición de dineros y el señalamiento como beneficiarios de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, porque nada de ello había ocurrido. Así se juzgó por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en la sentencia de 3 de diciembre de 2009, y se aceptó en el fallo confutado.

Por lo mismo, erró al concluir que Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, no tenía alternativa distinta que cumplir la instrucción dada por Guillermo Restrepo Mejía, pues no hubo ninguna orden, considerando que la misma “(...) fue por iniciativa y con gran negligencia de los empleados (...)” de la pasiva. Esto, precisamente, llevó a declarar su inexistencia.

3.1.2.3. Omitió apreciar la grabación magnetofónica de la escena de lo ocurrido el 15 de julio de 2002, transcrita por la Fiscalía General de la Nación el 8 de noviembre de 2002, debidamente trasladada, también allegada como prueba al plenario, demostrativa del compromiso mental de Guillermo Restrepo Mejía y de la culpa o descuido de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, al haber procedido a transferir los valores sin verificar las condiciones de incapacidad de su cliente.

En concreto, la intervención de Juliana Arriola Gross, empleada de la demandada, al poner en boca del nonagenario Guillermo Restrepo Mejía, frente a las respuestas incoherentes e ilógicas que daba sobre la distribución de su dinero, lo que se quería que dijera; y al anunciar unas cartas con su huella y firma a ruego ante notario, quien estaría presente, marginando en calidad de testigo a Javier Velásquez Gallo, por ser inconveniente, “(...) *[o]bviamente Javier y Juliana ya habían conversado en forma privada sin que el señor Guillermo Restrepo lo supiera (...)*”.

Igualmente, el fragmento correspondiente a Juan David Mejía Gutiérrez, abogado de la interpelada, cuando mencionó, en el diálogo con Guillermo Restrepo Mejía, cuatro cartas relacionadas con la entrega de dineros a Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, siendo que, según la entrevista en la mañana con Juliana Arriola Gross, esto debía hacerse una vez fallecido. Así mismo, al inobservar que omitió la lectura de la última misiva y no advirtió la firma a ruego, ni la huella.

3.1.2.4. Pretirió los testimonios arrimados, demostrativos de la negligencia o el descuido de los funcionarios de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, antes y durante la diligencia de 15 de julio de 2002.

El de Gilberto Uribe Tobón, precisamente empleado de la demandada, en cuanto conoció a Guillermo Restrepo Mejía “*en una cama, era una persona de edad, 85 años por*

ahí”, respondía con “*monosílabos*” en las conversaciones que sostuvo con él, y supo de los servicios notariales a domicilio, a petición de Juan David Mejía Gutiérrez, también otro de los subalternos de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, pero sin recordar la razón por la cual fueron rechazados esos servicios en la notaría cercana.

Lo indicado por Juan Jorge Tascón Villa, titular de la Notaría Catorce del Círculo de Medellín, sobre que ignoraba el trámite adelantado en la residencia de Guillermo Restrepo Mejía, pues como lo “*(...) he manifestado (...) fue solicitado a la doctora Valencia cuando ella estaba actuando como notaria encargada (...)*” .

La versión de María Sooner Valencia Miranda, pues si bien aclaró que su presencia en el domicilio de Guillermo Restrepo Mejía fue por delegación y no como encargada de la Notaría Catorce del Círculo de Medellín, sus afirmaciones van en contravía de lo expresado por Juan David Mejía Gutiérrez, inclusive en punto de la huella y de la firma a ruego, y demás, notándose que respecto de lo ventilado en la mañana del 15 de julio de 2002, este último “*(...) ocultó información que implicaba diligencia y cuidado (...)*”.

El dicho de Juliana Arriola Gross, igualmente funcionaria de la interpelada, quien concurrió a la Notaría Catorce del Círculo de Medellín, sin el certificado del médico acerca de la capacidad de Guillermo Restrepo Mejía, exigido para el efecto en otro despacho; y constató que él “*(...)*”

estaba acostado, la esposa (...) en silla de ruedas (...), era un cuadro muy triste porque eran los dos acostados en la cama y ya Guillermo muy impedido (...) y hablando y muy angustiado (...) no se podía parar de la cama (...)”.

El de Juan David Mejía Gutiérrez, al no ser cierto lo manifestado sobre lo ocurrido el 15 de julio de 2002, contrastado con el contenido de la grabación. Por ejemplo, Guillermo Restrepo Mejía no firmó nada, pues lo hizo a ruego su esposa, cual se había acordado; su huella fue impuesta sin poder oponerse; para el disponente sí era importante la presencia del dador de la fe pública; y la entrega de dineros la condicionó a su muerte. En lo demás, al no recordar el testigo la razón por la cual en otra notaría rechazaron el servicio a domicilio y al atribuirse conocimientos médicos sobre que el disponente de los dineros tenía un tumor en evolución y no un derrame.

Lo señalado por William Zapata Duque, para la época, regente de la Notaria Veintiuno del Círculo de Medellín, en cuanto de manera alguna negó el trámite domiciliario impetrado, pues simplemente requirió con ese propósito un certificado médico sobre el pleno uso de las facultades de Guillermo Restrepo Mejía, “(...) más aun cuando la diligencia no fue solicitada por el mismo, sino por terceros”.

3.1.2.5. No apreció la abundante prueba documental, particularmente, el proceso donde se declaró la inexistencia de los actos jurídicos en cuestión, incluida la sentencia de 3

de diciembre de 2009, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil.

3.1.3. En suma, en sentir de los recurrentes, los errores enrostrados llevaron al Tribunal a no dejar demostrado, estándolo, que la entidad demanda incumplió los mínimos deberes contractuales, al disponer de unos dineros bajo el pretexto de una aparente e inexistente orden del cliente y al no verificar su salud mental, pese a ser manifiesto su deterioro.

3.2. CARGO SEGUNDO

3.2.1. Denuncia violados indirectamente los artículos 1494, 1603, 1613 a 1615, 2341, 2343 y 2344 del Código Civil; 822, 830 y 871 del Código de Comercio.

3.2.2. Sostienen los impugnantes que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas demostrativas de la responsabilidad civil extracontractual de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa. En concreto, la negligencia derivada de traspasar unos dineros de propiedad de Guillermo Restrepo Mejía, sin verificar que se encontraba en incapacidad mental; y de otro, la conducta abusiva contra los intereses de su cliente, al desprestigiar la confianza que le fue encomendada.

En su desarrollo, evocan el contenido del cargo primero, razón por la cual se tiene reproducido en esta

oportunidad. Específicamente, la transcripción de la grabación de lo ocurrido el 15 de julio de 2002, en punto de las conversaciones entre Guillermo Restrepo Mejía con Juliana Arriola Gross y Juan David Mejía Gutiérrez, empleados de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa; los testimonios de Gilberto Uribe Tobón, Juan Jorge Tascon Villa, Juliana Arriola Gross, Juan David Mejía Gutiérrez y William Zapata Duque; y la abundante prueba documental en el proceso que culminó con la declaración de inexistencia de los “*actos jurídicos*” de disposición.

3.2.3. Para los censores, en el caso de no estar atada la interpelada a un contrato de administración de dineros, la obligación de reparar emanaba de la acreditada conducta negligente o del acto abusivo, esto último, además, frente al poder dominante de las entidades financieras o bursátiles al contratar con los usuarios de sus servicios.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El estudio conjunto de los cargos se justifica, porque como se observa, en general, ambos denuncian la comisión de los mismos errores probatorios, razón por la cual se sirven de consideraciones comunes, independientemente de si las circunstancias que, en sentir de los recurrentes, se encuentran debidamente acreditadas, configuran la responsabilidad alegada, la contractual, en el primero, o la extracontractual, en el segundo.

4.2. Se precisa, sin embargo, varias pretensiones fueron planteadas contra Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, unas dirigidas a obtener la inexistencia o nulidad de los “*actos jurídicos*” de disposición de dineros realizados el 15 de julio de 2002 por Guillermo Restrepo Mejía, fallecido, a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, con sus consecuentes; y otras, encauzadas al pago de perjuicios, pero a partir de la ya declarada judicialmente inexistencia.

En ninguna de las acusaciones se confutan las razones blandidas por el *ad-quem* para negar las súplicas relacionadas con la declaración de inexistencia o nulidad de los “*actos jurídicos*” en cuestión, seguramente, por cuanto los censores percataron que el sentenciador no pasó por alto observar que esos temas fueron objeto de juzgamiento.

Específicamente, en el proceso incoado por Elisa María Vergara de Restrepo contra Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, donde el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2009, al modificar el fallo de 22 de febrero de 2007, emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, sustituyó la declaración de nulidad absoluta por la de inexistencia, y dejó en firme la condena impuesta a los beneficiarios de los depósitos, en el sentido de restituirlos a la sucesión de Guillermo Restrepo Mejía.

De ahí, sobre la base de ser cierto lo anterior, los impugnantes, en el contexto, aceptan la decisión absolutoria, aunque parcialmente, puesto que, como lo indican, los otros pedimentos no se sustentaron en dicha inexistencia, considerando que su declaratoria ya había sido pronunciada el “(...) 3 de diciembre de 2009, por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, mediante sentencia debidamente ejecutoriada (...)”.

La polémica, entonces, se reduce a establecer si respecto de las súplicas que se dice debieron salir avante, el juzgador se equivocó, de una parte, al dejar probado que la conducta de Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, se supeditó a obedecer la instrucción unilateral de Guillermo Restrepo Mejía, en el sentido de disponer parte de los recursos que tenía en los fondos de inversión a favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía; y de otro, al encontrar que el pago de perjuicios no tenía manantial en el “*supuesto incumplimiento del contrato de administración*”, ni en la culpa extracontractual.

4.3. Los errores de hecho probatorios en el ámbito casacional, suficientemente es conocido, se asocian con la presencia física de las pruebas en el proceso, ya al suponerse, ora al omitirse; o con la fijación de su contenido intrínseco, claro está luego de verificar su existencia material, en el caso de haberse tergiversado, en las modalidades de adición, cercenamiento o alteración.

Se estructuran, en cualquier hipótesis, cuando son manifiestos, evidentes, producto del simple y llano parangón entre lo visto o dejado de otear por el juzgador y la materialidad u objetividad de los medios de convicción. En adición, cuando son incidentes, trascendentes, vale decir, en la medida que hayan sido determinantes de la decisión final, en una relación necesaria de causa a efecto.

De igual modo, las faltas deben referirse a cada prueba en particular, porque si para verificarlas se acude a la confrontación de medios, el problema sería de eficacia jurídica, pues ese contraste extrínseco, dirigido a mostrar incompatibilidades, concatenaciones, exclusiones y conclusiones, se entronca con su valoración en conjunto, esto es, con su legalidad; mas no, con el aspecto material u objetivo, marco propio del error de hecho.

4.4. En esa medida, pasa a examinarse si el Tribunal es reo de contraevidencia, cuando dejó sentado que la conducta de Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, al trasladar a terceros parte de los dineros en los fondos de inversión, no tenía reproche, pues la entidad simplemente se limitó a obedecer la orden unilateral del depositante.

4.4.1. Según los censores, lo así decidido había sido el producto de omitirse apreciar que sobre el particular no existió ninguna voluntad de Guillermo Restrepo Mejía, toda vez que lo documentado al respecto el 15 de julio de 2002, fue declarado inexistente en la memorada sentencia de 3 de

diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil.

4.4.2. En ese contexto, los errores de facto enrostrados en torno a la apreciación de la documentación levantada el 15 de julio de 2002, contentiva de la voluntad de Guillermo Restrepo Mejía, dirigida a disponer de unos fondos de inversión administrados por Valores Colombia S.A. Comisionista de Bolsa, en favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, no se estructuran.

Si para los recurrentes, la orden de entrega de los comentados dineros era inexistente, por así haberlo declarado la justicia, esto significa que la instrucción efectivamente fue dada. Las faltas denunciadas, consiguientemente, no estarían en la apreciación de los documentos que contenían la voluntad de disposición, sino en la valoración de la sentencia de 3 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, mediante la cual se declaró la inexistencia de los mentados “*actos jurídicos*”.

4.4.3. Además, *stricto sensu*, los yerros denunciados no se refieren, autónomamente, a la materialidad, ni al contenido objetivo de los documentos elaborados el 15 de julio de 2002. En la lógica de la acusación se hacen derivar, precisamente, de la mentada decisión judicial.

Empero, ninguna falta al respecto se configura, pues el juzgador hizo alusión a la citada sentencia, cuando concluyó lo mismo que ahora predicen los impugnantes, vale decir, que como consecuencia del contrato de administración de unos valores en los fondos de inversión Surenta y Surenta 30, se materializó la *“gestión que culminó con el acto que a la postre fue considerado inexistente”*.

Ahora, si la voluntad de disposición, expresada el 15 de julio de 2002, fue ejecutada el 18 de los mismos mes y año, esto es, mucho antes del citado fallo de 3 de diciembre de 2009, desde esa óptica, alrededor, tampoco se puede acusar al *ad-quem* de contraevidente, porque en tal época la autorización para transferir los dineros no había sido declarada judicialmente inexistente.

4.5. Procede, entonces, estudiar si el Tribunal, cual se alega en el cargo primero, desacertó al marginar de su análisis la responsabilidad derivada del *“(...) incumplimiento o no por parte de la accionada del contrato en virtud del cual la misma se constituyó en administradora de los dineros, debido a que tal situación no fue delimitada desde la demanda (...)”*; o en los términos del cargo segundo, si se equivocó al indicar que mediando ese vínculo obligacional, no cabía examinar el *“(...) problema como lo pretenden los accionantes desde el punto de vista extracontractual (...)”*.

En particular, según el contexto de la acusación, al no percatarse el juzgador que las pretensiones también se

hicieron descansar en la “*negligencia*” de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, respecto de la administración de los dineros depositados por Guillermo Restrepo Mejía, específicamente en punto de la “*disponibilidad de los mismos*” en favor de Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía.

De una parte, al obedecer, en cumplimiento de dicho contrato de administración, la instrucción impartida, cuando ha debido abstenerse de materializarla, puesto que su cliente “*se encontraba de manera notoria y manifiesta en circunstancia de incapacidad mental*”; y de otra, al actuar de manera irregular, por conducto de sus empleados o funcionarios, en la obtención de las “*cartas de cesión y endosos*”, todo lo cual fue declarado inexistente.

4.5.1. Lo primero, como se observa, se entronca con la idoneidad de juicio de Guillermo Restrepo Mejía, para dar la instrucción de disposición de los fondos de inversión.

4.5.1.1. El artículo 1503 del Código Civil sienta como principio general la presunción de capacidad de ejercicio de toda persona natural y como excepción la incapacidad (discapacidad) en los casos señalados por el legislador.

De antaño tiene decantado esta Corte: “*La habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico es la regla general, y la inhabilidad la excepción. El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los*

elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley. La presunción de la validez y eficacia del acto jurídico ampara y favorece a quienes en él han intervenido como partes, cuando se trata de un acto bilateral, o a quien lo ha realizado cuando es unilateral. Quiere decir esto que para anular o desvirtuar un acto de esa naturaleza, es preciso que quien lo impugna destruya esa presunción, lo cual no puede verificarse sino aduciendo la prueba plena del caso, que demuestre o los vicios internos del acto o la falta de las solemnidades o formalidades requeridas (...) La presunción de sanidad del espíritu en cuanto al estado mental de las personas no puede destruirse sino mediante la demostración adecuada al caso”¹.

En el mismo sentido lo sostuvo años más tarde: *“La capacidad para celebrar un contrato o ejecutar un acto jurídico no necesita ser demostrada concretamente por medio de pruebas: la ley la presume. El artículo 1503 del Código Civil enseña que ‘toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces’. De allí que con toda propiedad pueda decirse que la capacidad es la regla general y que la incapacidad es la excepción (...).*

“Esta presunción solo puede caer bajo el peso de la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación, es necesario que el recurrente alegue y demuestre que el

¹ CSJ. Civil. Sentencia del 15 de marzo de 1944.

*sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de uno de los contratantes (...)*².

Tan impecable razonamiento ha sido reiterado en otros fallos³; y, en general, suele ser también el compartido por la doctrina nacional⁴; de tal modo, la presunción sólo puede ser destruida con vigor con la prueba contraria, y para desvirtuarla en casación resulta necesario que el recurrente alegue y demuestre que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente o error de derecho en la apreciación de la prueba que se produjo con el objeto de demostrar la incapacidad de los contratantes.

Por esto, según se prevé en el artículo 553, inciso 2° del Código Civil, aplicable al caso, al ser la norma que se encontraba vigente para la época de los hechos controvertidos, no obstante, haberse dispuesto su derogación en el artículo 119 de la Ley 1306 de 2009, todo acto o contrato celebrado sin la previa declaración judicial de interdicción de quien concurre a celebrarlo o a ejecutarlo, es perfectamente válido. Claro, el artículo 48 de

² CSJ. Civil. Sentencia 10 de marzo de 1952, otras decisiones análogas se hallan en las sentencias de casación: CSJ del 27 de agosto de 1943; del 14 de marzo de 1944; del 27 de octubre de 1949; del 25 de mayo de 1976; del 10 de abril y del 13 de julio de 2005; así como en la del 10 de abril de 2014.

³ CSJ. Civil. Sentencias del 5 de septiembre de 1972; del 25 de mayo y 14 de septiembre de 1976; y del 10 de abril de 2014.

⁴ Véase: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo/OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá. Editorial Temis. Séptima Edición. 2015. P.87.

la anunciada Ley de Discapacidad Mental conserva una conceptualización análoga a la regla 553⁵, *ejúsdem*.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el respectivo negocio jurídico sea inimpugnable. Por el contrario, la misma disposición permite desvirtuar la presunción de capacidad, demostrando que para entonces su autor se encontraba incurso en estado de discapacidad mental, tal cual, la doctrina inveterada de esta Corte viene adoctrinando:

“1) Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que aduzca una doble prueba, a saber:

“a) Que ha habido una ‘perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad’, según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la ‘capacidad de obrar razonablemente’, como dice el Código suizo; b) Que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

⁵ Durante su vigencia el art. 553 permitió desarrollar una importante doctrina en las providencias siguientes de esta Sala: del 4 de abril de 1936; del 1 de diciembre de 1938; del 6 de octubre de 1942; del 27 de agosto de 1943; del 15 de marzo de 1944; del 7 de noviembre de 1945; del 27 de octubre de 1949; del 28 de julio de 1950; del 10 de marzo de 1952; del 5 de septiembre de 1972; del 25 de mayo de 1976; del 5 de julio de 1976; del 10 de octubre de 1978; del 13 de julio de 2005; del 20 de septiembre de 2005; del 10 de octubre de 2014, entre otras.

“2) Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor del respectivo acto jurídico”⁶.

Así que como no toda afección de esa índole conduce a neutralizar los efectos jurídicos del acto o contrato, la actividad probatoria debe orientarse a acreditar la anomalía psíquica y su influencia en la determinación de la voluntad al momento del otorgamiento del negocio jurídico cuestionado por parte del disponente. Con mayor razón, cuando la incapacidad o el vicio del consentimiento, por sí, no implica, necesariamente, nulidad; ni menos, inexistencia, cuestión ésta ligada esencialmente con la ausencia de voluntad, de objeto jurídico o ya de ciertas solemnidades *ad substantiam actus*.

4.5.1.2. En el *subjúdice*, es cierto, las pretensiones no se referían, exclusivamente, a la nulidad o inexistencia de los actos jurídicos de 15 de julio de 2002, sino que también se dirigían a la responsabilidad que “*contractualmente*” le

⁶ CSJ. Civil: Sentencia del 4 de abril de 1936, Mg. Pon. Eduardo Zuleta, íntegramente replicada en las sentencias del 7 de noviembre de 1945, 27 de octubre de 1949 y 25 de mayo de 1976 de esta Sala, del 13 de julio de 2005 y 20 de septiembre de 2005. Una providencia del 6 de octubre de 1942 desarrolla particularmente la incapacidad por senilidad.

cabía a la sociedad demandada, al trasladar los depósitos que administraba, pese a no concurrir, como se afirmó en el hecho doce del libelo genitor, “(...) *ni la capacidad mental, ni el consentimiento del señor Guillermo Restrepo*”.

El Tribunal, por lo tanto, incurrió en evidente error de hecho al apreciar esa pieza procesal, cuando marginó del análisis el “(...) *incumplimiento o no por parte de la accionada del contrato en virtud del cual la misma se constituyó en administradora de los dineros, debido a que tal situación no fue delimitada desde la demanda (...)*”.

No obstante, el error resulta intrascendente, porque si para la época de los comentados actos jurídicos, el disponente de los dineros, Guillermo Restrepo Mejía, no había sido declarado judicialmente en estado de interdicción, la orden que dio a Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, para que transfiriera parte de los mismos a Francisco Javier Velásquez Gallo e Inés Restrepo Mejía, en principio, no podía ponerse en entredicho.

4.5.1.3. Cosa distinta es que pese a la observada por la sociedad demandada “*notoria y manifiesta (...) incapacidad mental*” del titular de los fondos de inversión, no haya adoptado las medidas a su alcance o los mecanismos procedentes dirigidos a corroborarla.

Desde esa perspectiva, ningún error probatorio aparece estructurado, por cuanto en el sustrato del

argumento se supone haberse desvirtuado la presunción de capacidad de ejercicio. Y eso, ciertamente, no es dable fijarlo en ninguno de los medios de convicción singularizados en el contexto de la acusación.

(i) La sentencia de 3 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, porque sin perjuicio de la valoración probatoria contenida en dicho fallo, únicamente acredita, según doctrina de la Corte, “(...) *su existencia, procedencia, decisión y fecha (...)*”⁷. Y las razones de esa decisión de ninguna manera se identifican con la ahora afirmada por los recurrentes “*notoria y manifiesta (...) incapacidad mental*”.

La inexistencia, por el contrario, fue declarada sobre la encontrada irregularidad en el trámite para autenticar a domicilio la firma de quien disponía de sus dineros, en particular, cuando es rogada.

Desde luego, la “*sanidad mental*” o “*cabalmente sano de mente*” de Guillermo Restrepo Mejía, son los términos del citado fallo, es cosa que el juzgador de la época no puso en duda, en su sentir, por cuanto durante todo el discurrir de esa diligencia, “(...) *sus reflexiones, sus deseos, su memoria, sus expresiones (...)*”, simplemente daban cuenta de “(...)

⁷ CSJ. Civil. Cfr. Sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 00198, reiterando sentencia de casación civil de 6 de octubre de 1981. En el mismo sentido las sentencias del 12 de mayo de 1953, del 30 de junio de 1955, del 3 de septiembre de 1975, del 22 de abril de 1977, del 29 de octubre de 1991, 16 de febrero de 1995, 10 de diciembre de 1999 y de 13 de diciembre de 2000, de 19 de diciembre de 2007; de 28 de mayo de 2008; y del 14 de julio de 2014, entre otras.

una limitación motora de algunos de sus músculos para la expresión oral con libertad y agilidad (...)”.

(ii) Si bien unos testigos pusieron de presente el deterioro de la salud física de Guillermo Restrepo Mejía, ninguno mencionó el estado de sus facultades psíquicas.

Gilberto Uribe Tobón, lo conoció *“en una cama, era una persona de edad, 85 años por ahí”*, respondía con *“monosílabos”*; Juliana Arriola Gross, *“(...) estaba acostado, la esposa (...) en silla de ruedas (...), era un cuadro muy triste porque eran los dos acostados en la cama y ya Guillermo muy impedido (...) y hablando y muy angustiado (...) no se podía parar de la cama (...)”*; María Sooner Valencia, *“se encontraba en cama”*; y Juan David Mejía Gutiérrez, *“él y su esposa, ambos enfermos en su cama”*. En ninguna parte, como se observa, se alude a la salud mental.

En lo demás, los mismos declarantes, inclusive Juan Jorge Tascón Villa y William Zapata Duque, a la sazón los Notarios Catorce y Veintiuno del Círculo de Medellín, en general, narraron ciertas circunstancias antecedentes y concomitantes, pero correlacionadas con la diligencia notarial a domicilio en sí misma considerada.

(iii) La transcripción de la grabación magnetofónica de lo ocurrido el 15 de julio de 2002, respecto de los diálogos entre Guillermo Restrepo Mejía con Juliana Arriola Gross y Juan David Mejía Gutiérrez, tampoco es indicativa del

compromiso mental de aquel, pues simplemente es comprensiva del desarrollo de la diligencia.

4.5.1.4. En la hipótesis de aceptarse, en gracia de discusión, las afirmadas por la censura, incoherencias o imprecisiones de las respuestas dadas por Guillermo Restrepo Mejía, inclusive que fueron dirigidas por sus interlocutores, acerca de la disposición de los dineros en los fondos de inversión, nada distinto a ese preciso contenido acreditan en los campos material u objetivo.

Los errores, en ese caso, se asociarían con el contenido de la declaración de voluntad, en sí mismo considerado, y no con la capacidad para manifestarla, menos tratándose de un problema de expresión oral, en fin, derivado de los deterioros de la salud física. Así que toda conclusión en contrario de los recurrentes, como que “[no] se necesita ser médico ni tener conocimientos especializados en esta materia ni mucho menos estar interdicto, para darse cuenta que esta persona no tenía facultades mentales (...)”, no pasa de ser una posición subjetiva o contingente.

La capacidad y la voluntad en los actos o negocios jurídicos están íntima y recíprocamente relacionadas porque una y otra, constituyen requisitos de validez necesarios de todo tipo de manifestación de la voluntad jurídica, con perjuicio de generar nulidad; sin embargo, tienen una fisonomía propia, sin confundirse, entre sí; así por ejemplo, la voluntad es requisito esencial o de

existencia de los actos o negocios jurídicos, sustancialidad que no ostenta la capacidad, porque ésta, apenas es un presupuesto de la validez negocial.

La capacidad del sujeto de derecho, siendo una, tiene una expresión dual o fraccionada, con independencia de todo tipo de anfibología que despierta el solo uso de su terminología jurídica: 1. Como capacidad jurídica, natural o de goce es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas o para que determinado derecho u obligación se radique en un sujeto o éste sea titular del mismo. Se obtiene, por el solo hecho de nacer o de existir, en consecuencia, la posee toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva, razón por la cual, constituye un verdadero atributo de la personalidad, como propiedad esencial de toda persona sin distinción, con las restricciones legales del caso. En esta órbita de la capacidad hállase el sujeto de derecho en estado pasivo, simplemente como receptor de derechos; y, 2. La capacidad de obrar, de ejercicio, negocial es posibilidad, cualidad o aptitud de ser titular de derechos, de disponer y de contraer obligaciones en forma personal, voluntaria, autónoma y libremente, sin imposiciones; es la facultad para ejecutar o realizar determinado acto ideado por el intelecto; “(...) *es poderse obligar por si mism[o], sin el ministerio o la autorización de otra persona*” (art. 1502 del C.C.), y que por tanto, demanda una voluntad desarrollada o deliberativa. Es la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico, como tal, presumida legalmente en las personas mayores de dieciocho años, salvo distingos

legales, en nuestro derecho, siendo esta la regla general, puesto que la inhabilidad o discapacidad constituyen la excepción.

En consecuencia, la capacidad de obrar, se supedita a la existencia de una voluntad reflexiva o de discernimiento; de tal forma que representa el carácter dinámico por cuanto permite que el sujeto en ejercicio de su libertad negocial actúe produciendo efectos jurídicos con su conducta volitiva externa. Apareja, en sí, una presunción *iuris tantum*, por cuanto se permite probar lo contrario, esto es, la existencia de una discapacidad mental absoluta o relativa (artículo 15 de la Ley 1306 de 2009). La diferencia de la capacidad de goce, la de obrar se torna en condición o requisito de validez de los negocios jurídicos; y del mismo modo, si la capacidad jurídica se analiza vista en su aspecto pasivo, la negocial se presenta en su forma activa como ejecución de conductas en el ámbito de la autonomía del sujeto de derecho.

La capacidad negocial permite ejercer o exigir derechos o contraer obligaciones en forma personal en pos de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en forma voluntaria y autónoma; por esta razón el Diccionario de la Real Academia Española caracteriza la capacidad de obrar, negocial o de ejercicio como la “(...) *aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación*”⁸, y la capacidad jurídica, natural, de goce, de

⁸ RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 270.

adquisición o de derecho como “(...) *aptitud legal para ser sujeto de derecho y obligaciones*”⁹. Por esa razón, dada la presunción legal, en principio todos tenemos la suficiencia, la idoneidad, la competencia o facultad para comprometer los derechos de los cuales somos titulares, en forma directa y sin el ministerio legal o representación de otra personal, a menos de probarse lo contrario.

Por tanto, en punto del ejercicio de los derechos, las discapacidades absolutas, relativas o especiales (Ley 1306 de 2009 y artículo 1501 del Código Civil), deben probarse en procura de aniquilar un acto o negocio jurídico, las cuales no constituyen propiamente impedimentos, sino medidas de protección y de ética negocial de sus derechos; todo esto simplemente, porque la capacidad se presume, mientras la incapacidad debe demostrarse, según los términos del artículo 1503 del Código Civil: “*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la Ley declara incapaces*”.

Ahora, la voluntad, es núcleo y elemento medular de la existencia de la declaración de voluntad jurídica, para que los actos o negocios jurídicos no devengan en inexistentes; pero también su manifestación libre de vicios es presupuesto de validez de los actos o negocios jurídicos (artículos 1502 y 1517 del Código Civil). Es la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el

⁹ RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 270.

deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o un hecho en concreto. Según la RAE, es “(...) *facultad de decidir y ordenar la propia conducta (...). Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa queriéndola o aborreciéndola (...). Libre albedrío o libre determinación. (...) Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue*”¹⁰. Implica consentir, aceptar algo, otorgar aquiescencia.

La voluntad, frente al acto jurídico, presenta dos estadios, los cuales deben concurrir e integrarse para que tengan repercusión en el campo del derecho. Inicialmente, uno de carácter interno, en cuanto no es voluntad exteriorizada sino oculta e irrelevante, esto, es cuanto es carente de eficacia legal para la formación de una relación jurídica por no aparecer declarada o conocida, nivel en el cual se halla realmente la reserva mental; es el querer subjetivo de cada sujeto de derecho para que se generen efectos de derecho, el propósito o la motivación de obligarse, de tal modo que si no trasciende del fuero interno, vano es su efecto, salvo en aspectos relacionados con los derechos de terceros. Pero también tiene el otro carácter, el externo, como voluntad exteriorizada o declarada. Ello significa que el querer interno y consciente de la persona cuando se manifiesta externamente, es comunicado y conocido por los otros o por los terceros, adquiere efectos vinculantes frente a los otros sujetos de derecho. Esa voluntad externa

¹⁰ RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 1535.

constituye la manifestación de la conciencia interna que se plasma en signos reconocibles por los destinatarios de ella con el fin de que la conozcan; en consecuencia, si no se exterioriza no existe jurídicamente, ni se puede inferir su existencia y contenido.

Un signo externo es un “(...) objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro (...). Indicio, señal de algo”¹¹. En el ámbito jurídico, encontramos variados signos para exteriorizar la voluntad, tales como el lenguaje verbal o escrito de los actos jurídicos; el gesticular: levantar la mano, golpear o dar una palmada en una junta de accionistas (para aprobar un balance), digitar un computador, inclinar la cabeza. El lenguaje verbal es el más común.

Esto significa que la voluntad jurídica puede ser declarada en forma expresa, tácita o presunta; no obstante, ha de ser clara e inteligible. La expresa, puede ser verbal o escrita, según el caso, o apreciable por signos que la den a conocer; por vía de ejemplo, en la hipótesis del artículo 1640 del Código Civil, en el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar al deudor la facultad para recibir debe ser expresa; la fianza del artículo 2373 *ejúsdem* no puede presumirse; según el artículo 2004 *ibídem*, el arrendatario no puede ceder el arriendo o subarrendar, salvo autorización expresa. En cambio es tácita en el caso

¹¹ RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 1363.

del artículo 1287 del Código Civil, cuando el heredero o legatario vende o dona cuanto se le ha deferido por el modo de la sucesión, pues se presume que acepta la herencia; en el evento del artículo 1290 del mismo estatuto, si se constituye en mora de declarar si acepta o repudia, se infiere que la repudia; y hay condonación o remisión tácita a voces del artículo 1713 también del Código Civil, cuando se entrega voluntariamente por parte del acreedor el título de la obligación al deudor.

Es tácita cuando sin conocerse expresa o directamente, se deduce de hechos o circunstancias, una conducta o un comportamiento que revelan una intención, una voluntad o un querer directamente, que pueda deducirse de ciertos hechos o circunstancias.

El Código Civil, tiene dicho la Corte, “(...) *distingue la capacidad jurídica de la capacidad legal: hace consistir la primera en la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda en la habilidad que la ley le reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por si misma y sin el ministerio o autorización de otras*”¹².

En fin, la distinción entre uno u otro aspecto, así como lo relativo a la voluntad, en el marco de la Teoría General

¹² CSJ. Civil. Sentencias del 5 de septiembre de 1972; ver también la del 25 de mayo de 1976

del Negocio Jurídico, ha sido ya explicada por esta Corporación, en palabras que no sobra recordar:

“A manera de introducción resulta conveniente memorar que siendo por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico”¹³, y añade esta Sala, hallándose presente “cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez, pues la ley no solamente reconoce la facultad que tienen los particulares para regular en gran parte sus relaciones jurídicas mediante manifestaciones privadas de voluntad, sino que también dispone de los mecanismos adecuados para protegerlos contra su propia ignorancia, y principalmente, contra el fraude y la violencia de que pueden ser víctimas al hacer uso de la referida facultad . Por este motivo, para todo acto jurídico no solamente se requiere que los agentes otorguen voluntariamente su consentimiento, sino que también se exige que lo hagan con cierto grado de conciencia y de libertad, fuera de lo cual el acto existe, pero queda viciado de nulidad; es decir, que no adolezca de ciertos vicios, cuya presencia destruye esa libertad y conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”¹⁴.

Así las cosas, desde el punto de vista dogmático y de estricta técnica jurídica, es inaceptable la tesis prohijada

¹³ CSJ. Civil. Sentencia de 11 de abril de 2000.

¹⁴ CSJ. Civil. Sentencia del 11 de abril de 2000.

por el recurrente cuando combina, de cualquier modo, la incapacidad del señor Guillermo Restrepo Mejía con la aptitud de su consentimiento o voluntad para celebrar los actos jurídicos censurados.

En casación, es conocido, no valen las especulaciones, ni los subjetivismos, por más elaborados o argumentados que sean, pues esto sería el producto de reeditar la apreciación probatoria, una actividad propia de las instancias; por lo mismo, los cargos que se formulen deben fundamentarse en la certeza y no en la duda. La *ratio legis* de todo esto estriba en que ese medio de impugnación tiene como blanco de ataque la presunción de legalidad y acierto de la sentencia impugnada y no el proceso, y en correlación, en el campo de las pruebas, claro está, dentro de los confines de la acusación, establecer si la apreciación probatoria del Tribunal es o no equivocada.

4.5.2. En lo demás, en el hecho doce de la demanda, la negligencia atribuida a la entidad demandada, igualmente se asocia con la diligencia de 15 de julio de 2002, al ser “*anómala, absolutamente irregular*”, porque como se afirma, ni estuvo presente el notario, ni quien firmó a ruego fue informada de su objeto, ni de la significación de la misma, ni de sus consecuencias.

La responsabilidad, con independencia de su calificación jurídica, en esta oportunidad, cual se observa, no se hace derivar de la declaración de inexistencia de los

citados “*actos jurídicos*”, sino de la participación de Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, por conducto de sus empleados y funcionarios, en su obtención.

4.5.2.1. Si el Tribunal limitó el análisis a los “*actos jurídicos*” en cuestión, esto es, al resultado, y no al recorrido llevado a cabo para documentarlos, surge claro, igualmente se equivocó al marginar el estudio de esto último y por ahí derecho, al apreciar las pruebas mencionadas en uno y otro cargo, en punto del trámite anómalo o absolutamente irregular con la participación de tales empleados y funcionarios de la sociedad demandada, dirigido a la estampación de la firma de Guillermo Restrepo Mejía, en el documento que contiene el negocio jurídico de disposición, particularmente cuando es rogada.

Los errores, sin embargo, pese a ser manifiestos, no son incidentes o trascendentes, porque la declaración de inexistencia de los actos jurídicos se produjo al encontrarse acreditado que los documentos donde se plasmó la voluntad de disposición, no habían sido firmados directamente por Guillermo Restrepo Mejía, mucho menos a ruego de éste.

En definitiva, porque como se consignó en la sentencia de 3 de diciembre de 2009, “*(...) no estarían dadas las condiciones para sostener que si hubo firma rogada. Y si no hay la firma rogada, en ausencia de la firma del autor, no se puede sostener la existencia de la declaración dispositiva emitida por el indicado como autor; pues, no hay apropiación*”

suya del contenido que se le atribuye como propio. En tal evento, entonces, forzosamente se debe afirmar la inexistencia del acto jurídico, por una real y cierta falta de firma del autor del acto jurídico dispositivo”.

4.5.2.2. Sin perjuicio de las formalidades *ad substantiam actus*, excepcionales por lo demás, las declaraciones de voluntad, siguiendo el principio general de la consensualidad, pueden o no ser documentadas.

Si lo son, resulta necesario separar el contenido de una manifestación de esa naturaleza, en sí misma considerada, del instrumento que la demuestra, de donde, consecuentemente, cual tiene explicado esta Corporación, “(...) *no puede confundirse el documento como continente, que es una cosa, con las manifestaciones vertidas en él, más precisamente, con el acto documentado (...)*”¹⁵.

La distinción es de capital importancia, pues no siempre los hechos que afectan un negocio jurídico, conllevan a anular el documento donde fue vertido. Así, en palabras de la doctrina, “(...) *la violencia y el dolo para inducir a una persona a celebrar un contrato, vician de nulidad al primero y al documento como prueba; pero el error que vicia el consentimiento y, por tanto, el contrato, no implica la nulidad del documento que lo contiene; de la misma manera, la causa o el objeto ilícito y la incapacidad*

¹⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 9 de diciembre de 2015, expediente 00430, reiterando doctrina sentada en fallo de 19 de noviembre de 2001, expediente 6406.

*vician de nulidad el consentimiento y el contrato o el acto jurídico unilateral, pero no el documento que le sirve de prueba (...)*¹⁶.

Tratándose de la violencia o el dolo, *a fortiori*, por cuanto en los términos del artículo 29 de la Carta Política, contenido de la llamada regla de exclusión, la prueba del acto o contrato sería nula de pleno derecho, pues supone, a la vez, haberse obtenido con trasgresión del debido proceso constitucional, o de manera ilícita, esto es, mediante la amenaza o violación de los derechos fundamentales. En los demás eventos, entre otros, como la incapacidad, la causa y el objeto ilícito, porque en línea de principio, el vicio sería del respectivo negocio jurídico documentado y no del instrumento elaborado.

En contraste, en los casos en que el acto o contrato como manifestación de la voluntad para crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias y el documento que lo contiene sean perfectamente escindibles, como explicación lógica de la distinción dicha, es factible que la prueba sea ilícita o ilegal, y por el contrario, subsista el negocio jurídico declarado. En esa hipótesis, al pervivir la respectiva relación material, la ineficacia probatoria del instrumento o su inconstitucionalidad, no impide acreditarla con otros medios idóneos y conducentes.

¹⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Bogotá, Editorial Temis, 5ª edición, 2002, página 512.

No obstante, la suerte de los actos o contratos sujetos a ciertas formalidades legales es muy distinta, por cuanto en caso de cualquier omisión grave, específicamente de sus formalidades *ad substantiam actus*, la relación sustancial no produce efecto jurídico alguno, pero por supuesto, como “desconocimiento o alteración” “de las consecuencias”, “(...) *partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia (...) fenómeno (...) de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a ocurrencias vitales (...)*”¹⁷.

En términos más sencillos, la inobservancia de la forma solemne, auténtico requisito de existencia, cuando es total, genera la inexistencia del acto¹⁸, del mismo linaje,

¹⁷ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 1968. De idéntica manera: Sentencia del 20 *septiembre 20 de 1945*, LIX, 1126: “no hubo verdadero contrato”; del 7 de *junio 7 de 1950*, LXVII, 656: “no puede ser nulo porque no ha nacido a la vida jurídica”; febrero 3 de 1956, LXXII, 182: “requisito *ad substantiam actus*”; octubre 24 de 1957, LXXXVI, 861. El tratamiento de esta cuestión también puede advertirse en las siguientes decisiones de esta Sala: del 25 de agosto de 1935, 24 de agosto de 1938, 29 de marzo de 1939; del 15 de marzo de 1941; del 6 de octubre de 1952; del 16 de abril de 1953, 24 de julio de 1969, 3 de mayo de 1984; 26 de abril de 1995; 6 de agosto de 2010, 13 de octubre de 2011, 6 de marzo de 2012, 13 de diciembre de 2013 y del 31 de julio de 2015, entre otras.

¹⁸ Sobre la solemnidad como requisito de la existencia del acto jurídico, cuya omisión genera la “inexistencia” del acto-negocio jurídico, véase la SC CSJ del 25 de mayo de 1992. Igualmente la SC CSJ del 6 de agosto de 2010. La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Negocios Generales en providencia de septiembre 20 de 1945 a propósito de la relación formalidades *ad substantiam actus* e inexistencia reiterando un precedente del 11 de diciembre de 1936 señaló: “Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Artículo 1500 del C.C). El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas estaba sujeto, como ya se ha visto, a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso de Medellín, y como está formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para las partes contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C.C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante”. Finalmente concluyó: “(...) estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica y eso es todo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, providencia de 20 de septiembre de 1945)”.

como cuando ocurre ausencia de voluntad o carencia de objeto, por concurrir como auténticas bases ontológicas que repercuten en el acto mismo, si es parcial, o se omite “*algún requisito o formalidad para el valor de ciertos actos o contratos*” (artículo 1741 del Código Civil), lejos de generar la inexistencia engendra la nulidad absoluta del acto¹⁹.

Lo anunciado para diferenciar de las circunstancias de nulidad, así como de los requisitos *ad probationem*, vale decir, de las exigencias respecto de la prueba del negocio jurídico, en cuyo caso su vida misma no se compromete, contrario a lo que ocurre con los denominados *ad substantiam actus*; claro, no abogando por un culto primitivo a las solemnidades porque se aniquilaría la regla de “*libertad de formas*”; sino como condición *ad solemnitatem* apenas para ciertos actos que así lo demanden perentoriamente en la forma prevista por el legislador, en consonancia con el artículo 1501 del Código Civil, en hipótesis donde la solemnidad es sustancial, vinculante o constitutiva (*forma dat esse rei*), y cuya omisión desemboca en la inexistencia, ante la ausencia de un requisito ineludible.

En palabras de la Corte, “(...) cuando se está frente a una forma probatoria, la ausencia de ésta no lesiona la validez del acto o contrato, pues éste cobra vida con

¹⁹ Ver sobre estos dos puntos: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo/OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá. Editorial Temis. Séptima Edición. 2015. Págs. 83-85. Ver también: HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Vol. II*. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 689.

independencia de ella y es eficaz en sí mismo. Otra es la suerte del contrato en el evento de tener que probarse, pues es allí donde surge la dificultad por la ausencia de las formas predispuestas con dicha finalidad, pero sin que tal cosa signifique que el respectivo acto o contrato no pueda probarse, porque ese tipo de formalidades puede ser suplido, eventualmente, por otros medios de pruebas, como lo ha aceptado la práctica jurisprudencial, al contrario de lo que acontece con las formalidades ad solemnitatem que no pueden ser suplidas por ningún otro medio de prueba (...)"²⁰.

En suma, un documento carece de eficacia probatoria, de un lado, cuando no reúne los requisitos formales para la validez del acto o contrato que contiene; y de otro, en los casos en que el negocio jurídico y su prueba ha sido recaudada con violación del debido proceso constitucional o con desconocimiento de los derechos fundamentales. En los demás eventos, en general, la irregularidad del documento, como elemento de juicio, no incide en la relación sustancial consensual documentada, pues es dable acreditarla con otros medios de convicción; y tampoco la afectación del acto o contrato deja sin efectos el respectivo instrumento de persuasión, pues éste se erigiría, precisamente, en la prueba de los vicios de aquél.

4.5.2.3. Frente a lo discurrido, en el caso, el requisito de la trascendencia de los errores, desde luego, se habría cumplido en el evento de que las pruebas singularizadas en

²⁰ CSJ. Civil. Sentencia 062 de 24 de mayo de 2000, expediente 5267.

los cargos indicaran la ausencia total o absoluta de voluntad de disposición, no obstante lo cual Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa, procedió a trasladar los fondos a terceras personas, para así adjetivar su conducta, indistintamente de su nombre.

En el *sub-lite*, la hipótesis es distinta, porque el hecho de no poderse atribuir la firma a Guillermo Restrepo Mejía, en los documentos contentivos de los actos jurídicos, esto no significa, necesariamente, que la instrucción no se haya dado o no subsista, ni que se pueda demostrar acudiendo a otros elementos de convicción, con mayor razón cuando para el efecto existe libertad probatoria. Y aquí no puede dejar de contemplarse la resolución inhibitoria ejecutoriada y en firme de la Fiscalía para investigar a los protagonistas de lo sucedido el 15 julio de 2002, respecto de los hechos fundamentales esta acción.

Al margen de los alcances de la disposición, mírese cómo, conforme a la transcripción de la grabación magnetofónica, para no ir más lejos, en el dialogo con Juliana Arriola Gross, el disponente efectivamente habló de la repartición de sus *“ahorros”*, *“tengo mucha plata para repartir”*, *“quiero que se reparta”*, así sea después de sus días, al asentir, frente a una pregunta de la interlocutora, que para sus *“hermanas una parte y otra a Javier”*.

4.6. Los cargos en consecuencia, no se abren paso, porque si no se configuraron unos errores, mientras otros,

pese a ser manifiestos, resultaron intrascendentes, desde ningún ángulo habría lugar a adoptar una decisión diametralmente distinta a la impugnada.

5. DECISIÓN

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, **NO CASA** la sentencia de 13 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por Marina Stella, Iván y Álvaro Ignacio Salas Vergara contra Valores Bancolombia S.A. Comisionista de Bolsa.

Las costas en casación son de cargo de los recurrentes. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho, pues como se dijo, la demanda fue replicada.

Cópiese, notifíquese y en su oportunidad devuélvase el expediente a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Presidente de la Sala)

Con salvamento de voto

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Con aclaración de voto

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Con salvamento de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA