



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ**  
**Magistrado ponente**

**SC5060-2016**

**Radicación n° 05001-31-03-014-2001-00177-02**

(Aprobado en sesión de veintiuno de abril de dos mil quince)

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante **Juan Enrique Arango Uribe**, frente a la sentencia del 26 de junio de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que adelantó contra **Juan Gonzalo Ángel Restrepo**.

**ANTECEDENTES**

A. Mediante demanda repartida al Juzgado 14 Civil del Circuito de Medellín, el prenombrado actor llamó a proceso ordinario al demandado asimismo mencionado a efectos de que se declare que entre ellos se celebró el 19 de

noviembre de 1999 un contrato de promesa de permuta mercantil sobre los bienes muebles e inmuebles identificados en los hechos de la demanda, el cual fue incumplido por el demandado. En consecuencia, pidió que se declare resuelto dicho contrato, se proceda a las restituciones mutuas en los términos señalados en el libelo genitor, y además se condene al demandado al pago de los perjuicios morales y materiales por su censurable comportamiento frente a las obligaciones que asumió.

B. Como fundamento fáctico de esas pretensiones aduce que ambos contratantes son comerciantes, y que celebraron un contrato mercantil de promesa de permuta, en el que el demandante Juan Enrique Arango se comprometió a entregar al demandado los bienes enseguida descritos, lo que cumplió al momento de su celebración:

a) 575 búfalas (con sus crías) más 25 toros;

b) una finca denominada la Bufalera con extensión de un mil (1000) hectáreas -que asimismo entregó-, pero que en vista de que el demandado la abandonó, para evitar invasiones y mayores deterioros al inmueble, el actor se vio obligado a tomar posesión de la misma, y actualmente la detenta;

c) y una finca denominada los Samanes con extensión de trescientas quince (315) hectáreas.

Por su parte el demandado Juan Gonzalo Ángel se obligó a entregar al actor:

a) un lote en Bogotá de tres mil novecientos treinta y un (3931) metros cuadrados, que en efecto entregó, pero en

relación con el cual se ha negado a otorgar la respectiva escritura pública;

b) un apartamento en el edificio Cordillera. La demanda indica que los inmuebles que hacen parte del trato son el apartamento, cinco garajes y el depósito, los que igualmente entregó el demandado;

c) \$150.000.000,00 representados en una letra de cambio con vencimiento a los seis meses contados a partir de la fecha de la promesa, sin intereses, que también entregó, y

d) 75 hembras búfalas destetadas el día 1° de agosto de 2000, que no entregó.

En el escrito genitor se describen los bienes inmuebles por su ubicación, medidas, linderos, matrícula y referencia catastral, y además se aduce que el demandado, importante explotador y conocedor de la actividad de cría, levante y ceba de búfalos en Colombia, actuó de mala fe al intentar excluir al demandante como su competidor directo en este negocio y desentenderse de la adquisición de los inmuebles, no obstante lo cual éste procuró por todos los medios cumplir con lo acordado. Dicha conducta le causó cuantiosos perjuicios, patrimoniales y extramatrimoniales, tasados en la demanda.

Inicialmente inadmitido, el escrito inaugural fue subsanado por el actor, agregándole el hecho requerido por el juzgado, en el sentido de que aquél estuvo presto a suscribir las correspondientes escrituras públicas que solemnizaran los contratos prometidos, pero sus

intenciones se vieron frustradas porque, tanto en forma directa como a través del intermediario Francisco Velásquez, el demandado se negó a acudir a la notaría para cumplir lo acordado.

C. Con oposición del demandado a las pretensiones del actor y la alegación de las excepciones de fondo que denominó “inexistencia del contrato” y “falta de legitimación en la causa por activa en tanto la parte demandante no cumplió ni se ha allanado a cumplir las prestaciones a su cargo”, se tramitó la primera instancia a la que el juzgado de conocimiento puso fin con sentencia (fls. 625 a 640 vto., c. 1) en la que: 1°) De oficio, declaró la nulidad absoluta de la promesa de permuta; 2°) ordenó la restitución de las cosas que cada parte recibió de la otra. Por lo tanto, dijo, Juan Enrique Arango debía restituir a Juan Gonzalo Ángel el lote de Bogotá, el apartamento del edificio Cordillera, *“o el equivalente en pesos de estos dos inmuebles”*, \$150.000.000,00 actualizados de acuerdo con el IPC desde el 19 de mayo de 2000, 75 búfalas o su equivalente en pesos al momento de la restitución. Y Juan Gonzalo Ángel debía entregar a Juan Enrique Arango 575 búfalas con sus crías, o el equivalente en pesos al momento de la devolución, 25 toros o el equivalente en pesos al momento de la restitución, la finca denominada la Bufalera y otra denominada los Samanes, o su equivalente en pesos de esos dos inmuebles al momento de la restitución. 3°) No reconoció prestaciones mutuas por ausencia total de prueba, 4°) ni condenó en costas por razón de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta.

D. Ambas partes apelaron. El Tribunal, para desatar la alzada profirió sentencia el 19 de julio de 2007 (fls. 38 a 77, cdno. 22), que la Corte casó, con la suya del 28 de mayo de 2009, al prosperar un cargo propuesto por la parte demandante, recurrente en casación, con fundamento en la causal quinta, al no haber dispuesto el Tribunal las pruebas de oficio tendientes a concretar el valor de los frutos. En consecuencia, decretó la Corte la nulidad de la actuación adelantada por el Tribunal a partir de la fecha en que profirió su fallo inclusive, y ordenó que se renovara

*la actuación anulada, para lo cual el Tribunal deberá adoptar todas las decisiones probatorias, que estime pertinentes y conducentes para la tasación de los frutos que procedan legalmente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (fl. 213, cdno. 22).*

Salvedad hecha de la falta de condena por frutos, en aquella sentencia, el Tribunal decidió:

1. En primer lugar, la declaratoria de nulidad absoluta de la promesa de permuta base del proceso.

2. En segundo lugar, las restituciones mutuas en tanto que en virtud de ese contrato, las partes anticiparon la entrega de bienes sobre los cuales habría de recaer el contrato prometido, esto es, la permuta.

En esa medida, y en relación con los inmuebles, “*la restitución sólo puede recaer sobre la finca los Samanes, el lote de Bogotá y los inmuebles ubicados en el edificio la*

*Cordillera del municipio de Medellín, los que serán entregados en el término de 10 días siguientes a la ejecutoria del auto de cumplimiento de lo resuelto por el superior”, toda vez que la finca la Bufalera ya estaba en poder del actor.*

En lo que hace a las reses, el Tribunal ordenó que el demandado, en el mismo término antedicho, entregase al actor 575 búfalas y 25 toros de una calidad a lo menos mediana, debiéndose tener en cuenta sólo el sexo por cuanto las partes no relacionaron rasgos adicionales. En razón de su indeterminación, el Tribunal no ordenó restitución alguna de las crías.

Y en lo que hace a la letra de cambio, el juez de la alzada ordenó restituir, indexada desde el 19 de mayo de 2000, la suma incorporada en dicho título valor aceptado por ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000,00), que liquidó en doscientos veinticinco millones novecientos treinta y seis mil ochocientos cincuenta y ocho pesos (\$225.936.858,00,) suma que ordenó indexar desde el 30 de junio de 2007 hasta el momento efectivo del pago.

c. En cuanto a la indemnización de perjuicios, la colegiatura concluyó que resultaba imposible hacer un pronunciamiento jurisdiccional de esta pretensión por ser consecuencial del incumplimiento asimismo solicitado.

d. En lo tocante a la objeción del dictamen, el Tribunal estimó que los errores que la demandada le atribuía no tenían trascendencia y que, aun cuando la

Corporación no hubiese efectuado un pronunciamiento estimatorio de los frutos, por cuanto no recayó sobre los percibidos y posteriores a la contestación, ello no implicaba una descalificación del estudio pericial.

Renovada la actuación anulada, dictó el Tribunal un nuevo fallo –objeto de este recurso que se decide- en el cual mantuvo las referidas resoluciones, pero actualizó la suma de dinero incorporada en la letra de cambio, declaró infundadas las objeciones por error grave frente al pericia ordenada y llevada a cabo en la segunda instancia y condenó a las partes en frutos. Falló así:

1°) Confirmó los numerales primero (declaratoria de nulidad de la permuta) y cuarto (sin condena en costas) de la sentencia de primera instancia.

2°) Modificó los numerales segundo y tercero del fallo del *a quo* en el siguiente sentido:

a) Ordenó la entrega en el término de 10 días a la ejecutoria del auto de cumplimiento a lo resuelto por el superior, de los siguientes bienes:

i. El demandante entregará al opositor, el lote ubicado en Bogotá; doscientos sesenta y cuatro millones quinientos diez mil quinientos setenta y seis pesos (\$264.510.576,00) correspondiente al capital indexado de la letra de cambio, adeudado a 1° de junio de 2011, cantidad que debe ser indexada al momento de su pago efectivo y sin

intereses; los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 001-0375179, 001-0375144, 001-0375145, 001-0375146, 001-0375147, 001-0037158 y 001-0375165, pero en el evento en que no sea posible su entrega material con el título escriturario correspondiente, podrá el demandado pretender ejecutivamente según lo dispuesto en el artículo 495 del Código de Procedimiento Civil.

ii. Por su parte, el demandado deberá entregar al demandante 575 búfalas y 25 toros de una calidad al menos mediana y la finca los Samanes identificada con folio de matrícula inmobiliaria 060-0000473

b. En cuanto a la condena de frutos dispuso lo siguiente:

i. El demandado debe pagar al demandante un mil doscientos cuarenta y cinco mil millones trescientos setenta y seis mil novecientos cincuenta pesos con veinticuatro centavos (\$1.245.376.950,24) así como los frutos que se sigan causando a partir del 25 de junio de 2011 hasta la entrega de los semovientes, a razón de once millones cuatrocientos setenta y tres mil novecientos seis pesos con noventa y tres centavos (\$11.473.906,93) por frutos naturales mensuales y cincuenta y siete millones trescientos sesenta y nueve mil pesos con cincuenta y tres centavos (\$57.369,53) por frutos civiles mensuales.

ii. El demandante pagará al demandado un total de doscientos once millones novecientos noventa y cuatro mil trescientos noventa pesos (\$211.994.390,00) por concepto de los frutos en el período comprendido entre la notificación de la demanda y el 31 de mayo de 2011. Reconoció el Tribunal frutos del 0.5% mensual a partir del 1° de junio de 2011, debiéndose realizar la indexación correspondiente hasta que se verifique la entrega de los bienes o su equivalente.

3°) Adicionó la providencia impugnada en el sentido de:

a. Disponer el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda del inmueble con matrícula inmobiliaria 50C-214758 de la oficina de registro instrumentos públicos de Bogotá.

b. Declarar infundadas las objeciones por error grave presentadas frente a los dictámenes periciales en ambas instancias.

4°) Sin costas en la segunda instancia.

### **LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En lo que tiene que ver con la materia de este recurso, esto es, salvedad hecha de las consideraciones que llevaron al Tribunal a decretar oficiosamente la nulidad de la permuta, las restituciones de los bienes que cada parte

había recibido de la otra y la actualización de la suma incorporada en la letra de cambio entregada por el demandado al demandante, y por ende, concretándose este resumen a los frutos de los inmuebles y semovientes, presentó la corporación de segunda instancia estos argumentos:

A. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de promesa de permuta, es procedente decretar la restitución conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, según el cual cada contratante es responsable de las pérdidas de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes.

B. La buena fe de las partes se presume. Debe tenerse en cuenta que el actor manifestó que había acreditado su buena fe y su disposición a solucionar la controversia, pero no desvirtuó la buena fe del opositor y ambos contratantes dieron lugar a la nulidad.

C. No resulta dable concebir a ambos contratantes como de mala fe, de cara a las restituciones, a partir de la regla establecida en el inciso 4° del artículo 768 del Código Civil, pues la ausencia de formalidad no puede generar automáticamente mala fe, a la vez que es necesario confrontar la situación específica que puso a cada parte en poder de la cosa cuyos frutos han de reconocerse.

D. Si únicamente se toma la época del contrato preparatorio para evaluar la mala fe, ella no puede predicarse exclusivamente en contra de uno de los contratantes pues ambos incurrieron en un error de derecho. A lo anterior se suma el hecho de que una parte no puede beneficiarse de su propio error.

E. Como las entregas no se generaron inmediatamente con el precontrato, *“y para evitar una posición de desigualdad, la Sala estima que mantener incólume la presunción de buena fe, para el caso concreto se constituye en la mejor alternativa para evitar una decisión inequitativa frente a las partes”* (fl 540, cdno. 22), sobre todo si se tiene en cuenta que estas estuvieron prestas a perfeccionar el contrato definitivo, *“como lo revelan las entregas que fueron realizado”* (fl. 540, cdno. 22) incluso después de la época establecida para la celebración del contrato definitivo, lo que torna inadecuado atribuir mala fe, de cara a las restituciones, a partir de la ausencia de formalidades en que los dos incurrieron.

F. Como no es posible considerar de mala fe a ambos contratantes, no resulta viable la aplicación del artículo 964 del Código Civil, sobre la obligación de restituir los frutos percibidos o los que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad, en vista de que esta sanción sólo es posible imponerla al poseedor de mala fe. Resalta el Tribunal: *“cada parte deberá asumir las pérdidas que se hayan provocado por la no obtención de frutos que se hubiesen podido obtener con mediana inteligencia y*

*actividad*” (fl. 541, cdno. 22). En consecuencia, el poseedor de buena fe se obliga exclusivamente al pago de los frutos percibidos luego de la integración del contradictorio, siempre y cuando estén demostrados en el proceso.

G. Si se considera que ambas partes son poseedores de buena fe, *“se tiene que resulta inviable considerar restitución de frutos desde [el] contrato hasta la notificación de la demanda”* (fl. 542).

H. Ni por la presencia de la buena fe que el Tribunal analizó, *“ni por la claridad sobre fechas de entrega luego de la celebración del negocio del día 19 de noviembre de 1999, no se considerará la entrega de sus frutos antes de la notificación de la demanda”* (fl. 542).

I. En cuanto a los frutos percibidos frente a los semovientes y los bienes inmuebles del edificio Cordillera debe tenerse en cuenta que estos bienes fueron enajenados por quienes lo recibieron lo que permite pensar que hubo un beneficio cierto por lo que debe disponerse la entrega de los frutos producidos. Pero el dictamen pericial practicado en la primera instancia no es un referente claro para su tasación en vista de que no da cuenta de los costos para mantenimiento de los animales y sus crías.

J. En cuanto a los frutos de las 525 búfalas adultas y los 25 toros, debe advertirse que el propio demandante afirmó que algunos de esos animales estaban en regular

estado por el fuerte invierno que en ese momento azotaba la zona.

K. *“No es posible considerar los frutos desde la entrega hasta el momento de la integración del contradictorio, como se ha venido iterando, por no ser el señor Juan Gonzalo Ángel poseedor de mala fe. Además no se ha confirmado la fecha exacta, anterior a la notificación del demandado, de la venta para efectos de la estimación; punto problemático que igualmente tuvo en cuenta el perito, en segunda instancia, cuando rindió su dictamen. En cuanto a los frutos posteriores, el demandado sólo se obliga frente a los percibidos que se encuentran probados”* (fl. 543).

I. Como el hecho de la enajenación de los semovientes ha producido un lucro al demandado, el Tribunal tiene en cuenta la prueba pericial que decretó a raíz de la decisión de la Corte Suprema de casar la sentencia que primigeniamente había emitido.

J. El Tribunal exalta las características de precisión y fundamentación del dictamen pericial rendido por el experto José Rodríguez Flórez Ruiz, que acoge para tasar los frutos a partir de la notificación de la demanda.

### **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Se plantean dos cargos contra la sentencia recurrida, que la Corte examinará en el orden propuesto.

## **CARGO PRIMERO**

En este cargo se acusa la sentencia, por la **causal primera** de casación, de ser **indirectamente violatoria** de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 964, 969 y 1746 del Código Civil, como consecuencia de **errores de derecho y de hecho** en que incurrió el Tribunal en relación con las pruebas que el recurrente singulariza en su desarrollo.

Luego de recordar la censura los principales argumentos del *ad quem* en lo relacionado con los frutos de los inmuebles y semovientes, indica que son erradas sus conclusiones acerca de que no se ha desvirtuado la presunción de buena fe y que por ello no era dable condenar a la restitución de los frutos según lo dispuesto en el artículo 964 del Código Civil.

Para demostrarlo indica que esa corporación cometió error de derecho al quebrantar la norma contenida en el artículo 768 inciso 4° del Código Civil que establece que el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario; así como la contenida en el artículo 769 del mismo estatuto, que establece que la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria y que en todos los otros casos la mala fe debe probarse. Y finalmente la establecida en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que, al consagrar el principio de la necesidad de la prueba, indica que las presunciones

establecidas en la ley son procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

Todo ello, arguye, fue fruto de la equivocación del juez colegiado al no inferir la presunción de mala fe que gravitaba en contra del demandado, cuando, como en efecto ocurrió, se comete un error de derecho -en los términos del inciso cuarto del artículo 768 del Código Civil- concretado en la falsa concepción del mandato jurídico o la desatención de los requisitos legalmente exigidos para la formación eficaz de un negocio jurídico. Afirma el recurrente que

*en el caso concreto de la presente litis, el error de derecho, cuya existencia el propio Tribunal dio por establecida y de un modo que consideró “manifiesto”, consistió, precisamente, en haber celebrado las partes un contrato de promesa sin el lleno de los requisitos previstos para ese tipo de negocios jurídicos -preparatorios- por el artículo 89 de la ley 153 de 1887; ésa, por cierto, fue la razón que determinó, finalmente, que fuera decretada, oficiosamente, la nulidad absoluta del contrato” (fl. 29, cdno. Corte)*

Y esto constituye un error de derecho por no haber aplicado la inferencia legal -presumir la mala fe- que se sigue luego de haber constatado la prueba de los hechos indicadores, consistentes en haber celebrado el negocio jurídico con violación del artículo 89 de la ley 153 de 1887.

En lo que hace al yerro de hecho que también le achaca al *ad quem*, el impugnante lo hace consistir en que aquel no se percató del error de derecho en que estaban

incursas las partes al considerar el contrato de promesa de permuta como título traslativo de dominio. En efecto, arguye que conforme al artículo 767 (sic) del Código Civil, *“todo aquel que tenga la conciencia de haber adquirido el bien por medio de un título que, por su propia naturaleza, no tiene vocación traslativa de dominio, está en un claro y evidente error de derecho; y ese error de derecho hace presumir la mala fe, según está previsto en el último párrafo del artículo 768 del Código Civil”*, presunción que el Tribunal no aplicó por no haber visto el hecho indicador.

### **CONSIDERACIONES**

A. El cargo se dirige a rebatir la conclusión del Tribunal, según la cual los contratantes deben ser considerados como poseedores de buena fe, la que se presume, pero además en este caso, y según esa corporación, quedó esa buena fe evidenciada en el hecho de que aún después de pasada la fecha prevista para la celebración del contrato prometido, las partes siguieron ejecutando el convenio con la entrega de bienes objeto de la permuta prometida, sin que la omisión de formalidades permita calificarlos de poseedores de mala fe.

El interés del censor en derruir tal premisa apunta a buscar que en la liquidación de los frutos no se tome como punto de partida la formación de la relación jurídica procesal con la notificación de la demanda al demandado, sino que dicha liquidación comprenda los frutos percibidos y los que hubieran podido percibirse con mediana

inteligencia y actividad, desde antes, de acuerdo con los términos del artículo 964 del Código Civil.

B. Y he aquí un primer punto por el cual la Corte no halla próspero el ataque, no obstante reconocer el descarrío conceptual del Tribunal, según adelante se examinará a modo de rectificación doctrinal. Porque, en efecto el juzgador *ad quem*, además de sentar algunas reflexiones que le condujeron a presumir la buena fe de los contratantes y de ahí pasar a registrar como punto de partida para liquidar los frutos la fecha de la *litis contestatio*, adujo que no había certeza sobre la fecha de entrega de los inmuebles y animales comprometidos en el negocio, así como que había incertidumbre sobre la fecha de su enajenación. Es decir, no tenía clara las fechas de inicio de la posesión y de la enajenación, por lo que tan solo encontró despejada la posibilidad de establecer un referente temporal con la notificación al demandado, del escrito generador del proceso.

Repárese en que el Tribunal estimó que, como «*los frutos no se presumen*» (fl. 543, cdno. 22) la enajenación de los bienes demostraba su percepción y, además, dejó establecido que no existía certeza acerca de la fecha a partir de la cual debía considerarse la tasación de los frutos porque si bien es cierto que los efectos retroactivos que se predicán de la declaratoria judicial de la nulidad contractual hacen que la situación de las partes deba volver al estado en que estaban antes de celebrado el contrato, como simultáneamente con la permuta no se anticiparon

las entregas (salvo la letra) sino que se hicieron tiempo después sin saberse exactamente cuándo, tomó una fecha que para la corporación era cierta: cuando se trabó la litis con la notificación de la demanda.

En efecto, aludió el Tribunal, de modo disperso pero insistente, a ese punto medular. Dijo: *«teniendo en cuenta que las entregas no se generaron inmediatamente con el contrato preparatorio»* (fl. 540)... *«Hay una voluntad manifiesta de querer realizar un contrato definitivo como lo revelan las entregas que fueron realizando las partes y que incluso se postergaron más allá de la época establecida para la celebración del contrato definitivo»* (ib.)... *«Además, con el contrato preparatorio no se hizo inmediatamente la entrega de bienes como los inmuebles y los semovientes, aunque sí hay claridad de entregas para el momento de la notificación de la demanda»* (fl. 542)... *«Ni por la presencia de buena fe, ni por la claridad sobre fechas de entrega luego de la celebración del negocio del día 19 de noviembre de 1999, no se considerará la entrega de sus frutos antes de la notificación de la demanda. El propio actor admite que el comisionista está fuera del país y manifestó que al regreso convenían las fechas»* (ib.)... *«A juicio de la Sala no es posible considerar los frutos desde la entrega hasta el momento de la integración en el contradictorio... No se ha confirmado la fecha exacta, anterior a la notificación del demandado de la venta para efectos de la estimación»* (fl. 543).

En adición a lo anterior, debe recordarse que el juez de la alzada adujo que *«nadie puede alegar su propia torpeza*

*en su beneficio»* (fl. 540), para recalcar que no es dable considerar solamente a una de las partes como poseedora de mala fe, siendo que ambas incurrieron en el error de derecho consistente en omitir los requisitos para la celebración de la permuta. Dicha idea la confirmó, indicando asimismo que no puede argüirse «*que hubo un error de derecho del que se sustrajo la parte demandante. Así las cosas, no puede una parte, en desmedro de la otra, beneficiarse de su propio error a la hora de consensuar sobre una formalidad»* (ib.).

C. Ha dicho de modo insistente la Corte que en el empeño del recurrente en casación tendiente a lograr el quiebre del fallo, es de su cargo combatir todos los fundamentos del segmento de la decisión que combate, por lo que si deja por fuera de ataque alguno que pueda servirle de apoyo, la Corte debe mantener la sentencia impugnada, exigencia ésa que se desprende de la presunción de acierto y legalidad con que viene revestida, en cuanto a los aspectos fácticos y legales en ella consignados, y constituye aplicación del principio dispositivo que gobierna al recurso extraordinario.

En este caso, según se vio, omitió el censor atacar eficazmente aquellos dos fundamentos en los que, además de la presunción de buena fe de ambas partes, se apoyó el Tribunal para considerar la notificación de la demanda como fecha a partir de la cual habría de tasar el monto de los frutos. En tales condiciones, verificar si los errores probatorios de derecho y de hecho fueron en efecto

cometidos por el ad quem, sería tarea vana pues quedarían enhiestos esos dos pilares no atacados.

D. Juzga oportuno la Corte resaltar, además, que el Capítulo Primero del Título Séptimo del Libro II del Código Civil está destinado a “la posesión y sus diferentes calidades”. En este capítulo se define la posesión (artículo 762), la posesión regular (artículo 764) y sus requisitos como el justo título (artículo 765) y la buena fe (artículo 768), de la que se dice que es la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude u otro vicio, determinándose que en los títulos traslaticios de dominio (artículo 765, inciso segundo), como la venta, la permuta, etcétera, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, pudiéndose cometer un error en materia de hecho sin que por ello -atendidas las circunstancias- se entienda que el incurso en dicho yerro es poseedor de mala fe, la que sí se presume de modo irrefragable, cuando el error recae en una materia de derecho, lo que equivale a decir que no puede el poseedor protegerse en su ignorancia de la ley para justificar la violación de la misma y por esa vía conservar la presunción de buena fe que debe ostentar para ser tenido, junto a otras condiciones (justo título) como poseedor regular.

Es notorio que esta última presunción sea considerada como una excepción del legislador al postulado de la buena fe que, a más de principio general del derecho, hoy ostenta rango constitucional, en virtud de lo establecido en el

artículo 83 de la Constitución Política. De modo que ese carácter excepcional, además de su índole sancionatoria, torna al precepto que contiene la presunción de derecho de mala fe (inciso cuarto del artículo 768 del Código Civil) en disposición de aplicación restringida únicamente a ese ámbito posesorio dentro del cual está delineada, no siendo por consiguiente aplicable para deducir inexorablemente el estado subjetivo (buena o mala fe) de los contratantes al momento de la celebración del contrato a la sazón nulo, por ausencia de formalidades, pues, al decir de autorizados expositores

*“la regla de que el error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario no es de aplicación general. Se refiere sólo a la posesión, según se desprende del mismo título en que se encuentra y de los antecedentes sobre esta materia. Si la disposición del inciso final del artículo 706<sup>1</sup> se hiciera extensiva, por ejemplo, a los contratos, resultaría el absurdo jurídico de que por el solo hecho de declararse la ilegalidad de ellos, se declararían también la mala fe de las partes, y por tratarse de una presunción de derecho no les sería permitido probar lo contrario”* (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, Tratado de los derechos reales, Editorial Temis y Editorial Jurídica de Chile, 6<sup>a</sup> edición, Bogotá, Tomo I, página 386).

D) Con todo, como se anticipó, resulta importante destacar que la restitución de frutos, como consecuencia de la invalidez de la promesa de permuta, si bien se regula por las reglas generales de las prestaciones mutuas

---

<sup>1</sup> Esta norma del Código Civil de Chile corresponde al artículo 768 del colombiano.

consignadas en el Capítulo 4o. del Título 12 del Libro 2o. del Código Civil, porque así lo dispone el artículo 1746 de la misma obra<sup>2</sup>, no por ello es dable aplicar el límite temporal (la notificación de la demanda al demandado) que el artículo 964<sup>3</sup> -inmerso en dicho capítulo- establece a efectos de determinar desde cuándo está la parte obligada a restituir los frutos, «*porque entonces se haría nugatorio el efecto general y propio de toda declaración de nulidad, y desde luego, de la de fenómenos afines, cual es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*» (CSJ SC 059 1995, del 15 de junio de 1995, rad. 4398).

En otras palabras, siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega

---

<sup>2</sup> Artículo 1746 del Código Civil: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

<sup>3</sup> Artículo 964 del Código Civil: *El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*

*Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes lo que se hayan deteriorado en su poder.*

*El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.*

*En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.*

o cumplimiento –en la medida de lo posible- que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias, pero sólo para saber qué tipo de frutos son los debidos: si los percibidos o si éstos y los que además hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

En ese sentido,

*tiene establecido esta Corporación, de antiguo (CCXLVI, págs. 1425 y 1426. Cfme: CCXLIX, págs. 1367 y 1368), que en virtud de la consecuencia liberatoria que emerge de la declaración de nulidad de una promesa de contrato, como la de cualquiera otro, ninguno de los contratantes podrá reclamar la ejecución del negocio jurídico invalidado -efectos ex nunc-, quedando las partes, de cara al prenotado vínculo de carácter preparatorio, exoneradas del cumplimiento del deber de prestación de celebrar el contrato prometido. Pero si ellas anticiparon o satisficieron obligaciones propias del contrato respectivo (v.gr. pago del precio, la entrega del bien, etc.), o crearon y cumplieron obligaciones adicionales (v.gr. la entrega de arras penitenciales), como corolario del carácter retroactivo de la declaración aludida -efectos ex tunc- y a manera de insoslayable secuela, como se anticipó, las cosas -por regla- deberán volver a su statu quo, esto es, “al mismo estado en que se hallarían (las partes) si no hubiese existido el acto o contrato” (quod nullum est nullum producit effectum)(art. 1.746, inc. 1o. C.C.). Por consiguiente, sólo en tales eventos deberán producirse, ex lege, “las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes” en materia de*

*pérdidas, deterioros, "intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales" (Se subraya, art. 1746 C.C.). Es lo que, de antaño, se denomina restitución in integrum (SC 130 2000 del 18 de agosto de 2000, rad. 5519).*

Y añadió en otra oportunidad:

*1.- La nulidad del contrato de promesa de compraventa, ciertamente impide cumplir la prestación de celebrar el contrato prometido, porque esa declaración apareja su aniquilación y la disolución de sus efectos finales. Pero si los contratantes anticiparon obligaciones del contrato a que se refería la promesa, verbi gratia, el pago del precio o la entrega del bien, las cosas, por regla general, deben volver al "mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", según se declara en el artículo 1746 del Código Civil.*

*Por esto, salvo casos como los previstos sobre objeto o causa ilícita y los contratos celebrados con incapaces, el inciso segundo del citado precepto establece que en las "restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales".*

*Aunque para el efecto, como se ha dicho, deben observarse las "mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación", entre las cuales se encuentra el artículo 964*

*del Código Civil, esto no significa que deba aplicarse en forma absoluta, en toda su extensión, incluyendo los límites temporales a que hace alusión, porque de ser así se negaría el efecto general y propio de la declaración de nulidad, cual es retrotraer las cosas al “estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (SC 087-2003 del 13 de agosto de 2003, rad. C-7010. En el mismo sentido SC 150-2003 del 16 de diciembre de 2003, rad. 7714-01; SC 343-2005 del 16 de diciembre de 2005, rad. 11001-3103-011-1996-06907-01, entre otras).*

De acuerdo con lo anterior, el análisis efectuado por el Tribunal *ad quem* a fin de verificar desde cuándo debía tasar los frutos que las partes debían por las cosas que habían recibido de la otra partió de un supuesto legal equivocado, como fue considerar la buena o mala fe de los contratantes, pues este aspecto únicamente cobra importancia para la determinación del tipo de frutos (percibidos u obtenibles) que deben restituirse y no para la fecha a partir de la cual se deben, que, se itera, en el caso de la nulidad declarada, es desde la fecha del contrato nulo y, en su defecto, desde la entrega o cumplimiento de la obligación dimanante de ese contrato, a la sazón cumplida total o parcialmente.

E) En suma, el cargo no se abre paso al haber quedado sin ataque dos sustentos que el Tribunal expuso como presupuestos de su conclusión, los que en sí mismos le prestan apoyo a ésta, y habida consideración de la equivocación conceptual en que el ataque se funda -en

punto a la aplicabilidad al caso sub examine del inciso 4° del artículo 768 del Código Civil; a pesar de la equivocación conceptual, finalmente intrascendente, en que incurrió el *ad quem*.

## **SEGUNDO CARGO**

También con fundamento en la **causal primera** de casación, en este cargo se acusa la sentencia impugnada por haber **violado directamente** la norma contenida en el artículo 964 del Código Civil.

En procura de su desarrollo, indica que del complejo normativo sobre las restituciones mutuas se extractan dos reglas fundamentales:

La primera, referida a que, si el poseedor-demandado es de buena fe, no es obligado a la restitución de los frutos que se hubieren percibido con anterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda, pero si es de mala fe, es obligado, de una parte, a la restitución de los frutos que se hubieren percibido con anterioridad a esa notificación, y de otra, a la restitución de incluso aquellos no percibidos, pero que el dueño razonablemente hubiera podido percibir con mediana inteligencia o actividad, teniendo la cosa en su poder.

La segunda, atinente a que después de la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, incluso si es poseedor de buena fe, son aplicables los incisos primero

y segundo del artículo 964 del Código Civil que regulan la situación del poseedor de mala fe, en cuanto a los frutos que se produzcan a partir de esa notificación y hasta la restitución de la cosa. Por lo que el poseedor de buena fe deberá restituir los frutos que hubiere recibido a partir de ese momento procesal y también aquellos adicionales que el dueño hubiera podido percibir, también a partir de ese mismo momento, con mediana inteligencia y actividad, de haber tenido la cosa en su poder.

Indica seguidamente el recurrente que el Tribunal no aplicó la norma prevista en el primer inciso del artículo 964 del Código Civil, aplicable también al poseedor de buena fe, según lo visto, porque al considerar que ambas partes eran poseedores de buena fe, estimó que cada una debía asumir las pérdidas que se hubiesen provocado por la no obtención de frutos que hubieran podido obtener con mediana inteligencia o actividad. Esta afirmación sólo es válida, arguye el censor, en relación con los frutos percibidos -o que se hubieran podido percibir - antes de la notificación del auto admisorio de la demanda. Pues una vez producida esa notificación de la situación de los poseedores, en cuanto a los frutos que deben restituir es la misma, sean de buena o de mala fe.

### **CONSIDERACIONES**

Al resaltar que los frutos considerados y definidos por el Tribunal fueron exclusivamente los percibidos y demostrados, arguye el censor que dicha Corporación

infringió el artículo 964 del Código Civil porque, de acuerdo con dicha norma, a partir de la notificación de la demanda al demandado, al actor no sólo deben restituirse esos frutos percibidos sino aquellos que hubiese podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si los bienes que entregó hubiesen estado en su poder.

Sobre este particular resulta necesario señalar que, en efecto, tal como quedó compendiado este ataque en el cargo que se examina, la exégesis del artículo 964 del Código Civil permite concluir sin mayores disertaciones, por su claro tenor literal, que los frutos, entre otras especies, que se deben desde “la contestación de la demanda”, y con independencia de si el poseedor es de buena o de mala fe, son aquellos percibidos por él y los adicionales que, con mediana diligencia, hubiese podido percibir el dueño de hallarse la cosa en su poder; y de haberse perdido esos frutos, le debe a éste el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Es lo que manda el inciso tercero del precepto en mención, al distinguir que el poseedor de buena fe no debe los frutos percibidos hasta antes del mencionado momento (la contestación de la demanda, con la salvedad de que en forma pacífica se ha entendido este tiempo como el de la formación de la relación jurídico procesal<sup>4</sup>); pero después sí debe todos los que hubiesen podido obtenerse con mediana diligencia (Cfr. CSJ

---

<sup>4</sup> “[<<[c]uando los arts. 964 y 966 del C.C. hablan de contestación de la demanda, no se refieren al hecho material de la respuesta del demandado al libelo con que se inicia el juicio, sino al fenómeno de la litis contestatio, o sea a la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda” >> (Cas. Civ. 3 de junio de 1954, LXXVII, pág. 772)

SC del 19 de diciembre de 2011, rad. 41001 3103 002 2002 00329 01)

Al respecto, esta Corporación ha indicado que ese precepto

*establece una excepción a la regla general desarrollada en el artículo 716 ibídem, pues hace dueño al poseedor de buena fe de los frutos que haya percibido con anterioridad al enteramiento de la demanda, momento hasta el cual puede atribuírsele dicha condición -la de poseedor de buena fe-, pues a partir de allí, en el supuesto de ser vencido en el proceso, se le dará el mismo tratamiento establecido para el poseedor de mala fe y, por lo mismo, estará obligado a la restitución de la totalidad de los frutos que perciba (Cas. Civ., sentencia de 16 de sep. de 2011 Rad. 19001-3103-003-2005-00058-01)*

Pero el Tribunal, contra lo indicado en el precepto denunciado, fue enfático al afirmar que, al considerar a los contratantes como poseedores de buena fe, no era aplicable el artículo 964 del Código Civil, y en consecuencia estaban aquellos obligados *«exclusivamente al pago de los frutos percibidos luego de la integración del contradictorio»* (resalta la Sala, fl. 541). Y, con previa cita de jurisprudencia que dijo ser de esta Sala, atinente a que la buena fe del demandado puede subsistir aun notificado de la demanda, aseveró: *«sólo es posible considerar la entrega de frutos percibidos, siempre y cuando estén demostrados en el proceso»* (ib.). Esta misma idea la refrendó sobre la base de entender que los frutos se consideraban demostrados en tanto los bienes a que ellos se refieren hubiesen sido

enajenados. Remató: *«hay dinero recibido como consecuencia de las ventas hechas por las partes, por lo que deberá disponerse la entrega de los frutos producidos».*

Luego de descartar la utilización del dictamen pericial practicado en la primera instancia, entre otras cosas porque *«el estudio no se realizó en razón de frutos efectivamente percibidos y probados»* (fl. 542), y tras ponderar las bondades del dictamen que de oficio había decretado, afirmó que de éste tenía en cuenta *“el concepto suministrado..., a partir de la notificación de la demanda, esto es, el 25 de junio de 2002».*

Se ha detenido la Corte en estas particularidades, atinentes a aspectos típicamente fácticos, no obstante el eficaz embate jurídico *stricto sensu* que propone el cargo, por cuanto al margen de las consideraciones de esa índole en que dijo apoyarse el Tribunal, lo cierto es que, frente a los frutos provenientes de los animales (575 búfalas y 25 toros), el Tribunal, al acoger el peritaje según lo ya indicado, terminó aplicando lo que el experto dedujo, que no fue otra cosa que los frutos obtenibles y no los efectivamente percibidos. Por tanto, muy a pesar de su disquisición, terminó el *ad quem* acogiendo lo que el recurrente extraña y de lo cual se duele en este cargo, al menos en relación con los frutos relacionados con las reses, a resultas de lo cual, el cargo deviene en este aspecto intrascendente, pero con la particularidad de que da lugar, según lo visto, a rectificar doctrinalmente al Tribunal.

Repárese, en efecto, en que, para comenzar, fijó el experto, dentro de los temas centrales objeto de su dilucidación, la determinación de los frutos naturales y civiles «*que se hubiesen generado por la entrega de los semovientes*» (fl. 174, cdno. 22), con base en unos presupuestos: asumió que los animales eran de mediana calidad, con valores promedio en lo tocante a periodos de gestación, intervalo entre partos, tasa de mortalidad de hembras adultas y crías, índice de reposición del hato, producción de leche y su precio, rotación de inventario, rentabilidad «*como lo informan simulaciones*» (fl. 176, cdno 22), para así hallar, siempre a nivel de promedio, los frutos líquidos calculados entre la fecha de notificación de la demanda y el 1° de agosto de 2012, estimados en un mil trescientos ochenta y ocho millones trescientos cuarenta y dos mil setecientos treinta y nueve pesos con cincuenta y un centavos (\$1.388.342.739,51), guarismo que el Tribunal ajustó para la fecha de la sentencia (junio de 2011).

Dijo esa Corporación:

*“realizando el cálculo por un total de nueve años, por el período comprendido entre 25 de junio de 2002 y 24 de junio de 2011, se tendría un total de 108 meses. Así se obtendría un total de frutos líquidos que ascienden a la suma de \$1.239.181.041,51 más frutos civiles por \$6.195.909.24. De esta forma, para el día junio de 2011 el demandado debe la cantidad de \$1.2345.376.950,24<sup>5</sup>. Además deberá pagar los frutos que se sigan causando hasta la entrega de los semovientes, en razón de*

---

<sup>5</sup> Es un error de transcripción del Tribunal. En la parte resolutive del fallo se indica la cifra: \$1.245.376.950,24

*\$11.473.906,93 por frutos naturales mensuales y \$57.369,53 por frutos civiles mensuales” (fl. 546)*

De modo que al fallar como lo hizo, tomó el *ad quem* los datos aportados por el perito, a no dudarlo abstractos, pues fueron obtenidos aplicando promedios de diversas variables con las que obtuvo lo que podrían ser los frutos naturales y civiles que estimó producía el hato, entre las fechas que el Tribunal le asignó. Pero en manera alguna se refirió el perito a los frutos que la parte llamada a restituirlos hubiera efectivamente percibido.

Corroborada como está la intrascendencia del cargo en lo que hace a los frutos de las reses, resta por verificar si la misma consecuencia debe predicarse de los frutos de la finca “los Samanes”, otro de los bienes que el demandante entregó al demandado y que no regresó al primero, como sí ocurrió con la finca “La Bufalera” antes de la notificación de la demanda, respecto de la cual, en consecuencia, nada hay que averiguar.

Con tal fin, luce oportuno memorar que la Corte, en la sentencia del 28 de mayo de 2009, mediante la cual casó el primer fallo del Tribunal, partió de la base de que estaba comprobada la existencia de frutos por lo que su concreción mediante la práctica de un dictamen pericial que así los estableciera era un deber oficioso impuesto al Tribunal por el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil. Al hallar próspera la nulidad procesal invocada en el cargo, decretó que esa colegiatura adoptase las decisiones probatorias

pertinentes para la tasación de los frutos que procedieran legalmente, sin limitarlos a un bien en particular, como las reses por ejemplo, pues lo suyo, en el ámbito del cargo de nulidad que prosperó, era la mera constatación de la irregularidad procesal.

El juez de la alzada, en acatamiento al fallo de la Corte, dispuso (fls. 117 a 122, cdno. 22) la práctica de un dictamen con el fin de avaluar los frutos naturales y civiles *«que, en términos de productividad, se hayan generado por parte de las 575 búfalas y 25 toros entregados por el señor Juan Enrique Arango a Juan Gonzalo Ángel Restrepo»*.

Es de notar que el demandado, esto es, la contraparte del casacionista, infructuosamente reclamó (fls 122 a 135) que se extendiera el peritaje a los frutos de la totalidad de bienes que fueron objeto de entrega, como la finca Los Samanes (fl. 132), el lote de Bogotá y los inmuebles ubicados en el Edificio Cordillera. Sobre el particular, si bien el Tribunal desestimó el recurso (fls. 147 y 148), ante escrito del mismo demandado (fls 149 a 152) en el que básicamente insistía en que el decreto de pruebas debió referirse a los frutos de todos los bienes entregados por las partes, el Tribunal, tras advertir que dicho memorial no contenía una petición explícita, expresó que por interpretación que dijo hacer del fallo de la Corte, la prueba la había ordenado de conformidad con lo establecido en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las observaciones del Tribunal de casación.

Pues bien, siendo que la insistencia en la práctica de la prueba pericial tendiente a determinar los frutos que hubo de producir o hubiera podido producir la finca “Los Samanes”, entre otros bienes más, provino, según se vio, del demandado -llamado a pagarlos en el evento de ser condenado- y no de la parte interesada, la que tan solo pidió aclaración (fls. 136 a 138, cdno. 22) en puntuales asuntos relacionados con los frutos de los animales, guardando silencio en relación con los de la finca Los Samanes, y defendiendo la legalidad del decreto de pruebas de oficio (fl. 145), debe la Corte, en procura de fijar el alcance de la competencia del Tribunal al fallar la segunda instancia, determinar si ella alcanzaba para verificar y liquidar los frutos de esta finca, más allá del erróneo concepto que lo guió, según el cual, los bienes que fueron objeto de enajenación fueron los que produjeron frutos y a ellos hubo de limitar los que en efecto determinó.

Ha indicado la Corporación que

*... el juez de la apelación no puede violar el principio prohibitivo de la reforma en perjuicio del único apelante, tampoco enmendar la providencia en lo que expresamente la propia parte perjudicada no involucró como “objeto del recurso”, así la sentencia haya sido apelada también por la otra parte, al punto que, en casación, para conjurar lo primero se instituyó una causal autónoma (artículo 368, numeral 4° del Código de Procedimiento Civil), y esto último, la nulidad originada en la sentencia (numeral 5°), como así tiene precisado la Sala, al expresar que cuando el ad-quem desborda el “objeto del recurso”,*

*“incurre en nulidad por falta de competencia funcional”<sup>6</sup>, nulidad que entre otras cosas es de carácter insaneable (artículos 140, numeral 2° y 144, in fine, ibídem) (CSJ SC de 04 de diciembre de 2009, radicación 25899-31-03-002-2005-00103-01, reproducida, entre otras, en SC10223-2014 del 1° de agosto de 2014, rad. n.° 11001-31-10-013-2005-01034-01)*

Constata la Corte que el demandado formuló apelación contra la sentencia de primera instancia con miras a lograr que se revocara la declaración oficiosa de nulidad de la promesa de permuta y en su lugar se reconociese que dicho pacto era desde el punto de vista jurídico irrelevante.

El demandante, por su parte, al sustentar la apelación, en el acápite 5° denominado *“manera de adelantar las restituciones mutuas”* manifestó lo siguiente:

*al demandado, don Juan Gonzalo Ángel, le fueron entregadas 575 búfalas adultas con sus crías, más 25 toros, que deberán ser restituidas con sus frutos y rendimientos, esto es, con todas sus crías, las hijas de éstas, y así sucesivamente, más los correspondientes rendimientos de la leche obtenida por las búfalas. También le fue entregada la finca los Samanes, que deberá ser restituida en el estado en que le fue entregada. La finca la Búfalera, fue abandonada por el demandado, por lo que no es preciso efectuar restitución sobre la misma (fl. 10).*

Y, a continuación, se dedica a lo que consideró *“la cuestión trascendental en este asunto”* referida únicamente

---

<sup>6</sup> Sentencia 158 de 12 de octubre de 2004, expediente 7922.

los rendimientos de las búfalas y los toros entregados, exaltando al respecto el dictamen pericial practicado en la primera instancia, en relación con el cual, verifica la Corte que el perito, a más de dedicar buena parte de su trabajo a la tasación del número de búfalos que debían devolverse, afirmó que, en cuanto a la finca los Samanes, objeto de estas disertaciones, “*debe ser restituida en la forma en que se recibió*” (fl. 454, cdno.1).

Por causa de la objeción al dictamen (elevada por el demandado), añadió el experto que

*pretende, igualmente, que el perito reconozca frutos de los inmuebles pues algunos de ellos fueron vendidos y se encontraban en poder de terceros. El dictamen, en relación con éste punto explicó que los inmuebles deberían restituirse en las condiciones que se encontraban, pues la propiedad inmueble, sufrió una crisis en los años anteriores y de la cual se recuperó para la fecha del dictamen. «Si los búfalos o los inmuebles fueron vendidos deberán traducirse el dinero para los contratantes lo que exigirá una nueva evaluación, es decir otro dictamen pericial diferente». Sin embargo este dato si hubiera sido interesante pudo pedirse como adición o aclaración del dictamen (fl. 487, cdno. 1).*

En consecuencia el alcance del reproche que a la sentencia de primera instancia hubo de hacerle el demandante, en lo que interesa a los efectos del cargo, se centró únicamente en los frutos de las 575 búfalas con sus crías y los 25 toros que entregó al demandado, dejando de

lado los frutos de la finca Los Samanes, más aún, afirmando que ella debía devolverse sin consideración a los frutos, razón por la cual, también por este aspecto el cargo adviene intrascendente, pues constatado el error *iuris in iudicando*, situada la Corte como tribunal de instancia, habría de llegar a las conclusiones expresadas, esto es, a que a pesar de ser ésa una condena consecencial que de oficio procede, el propio apelante limitó de modo expreso el alcance del recurso a los frutos de los animales mas no a los de la finca Los Samanes, frutos estos que, además, no quedaron valorados en el dictamen por entender el experto que debido a la crisis en la propiedad raíz, este inmueble no los habría producido, y en ello no hubo desacuerdo alguno.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, **NO CASA** la sentencia del 26 de junio de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso a cargo de la parte impugnante. Para su tasación la Secretaría deberá tener en cuenta la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000,00) atendiendo al hecho de que la demandada de casación fue replicada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

Presidente de la Sala

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

**JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ**

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Civil*

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Radicación: 05001-31-03-014-2001-00177-01

#### **SALVAMENTO DE VOTO**

1. Decretada la nulidad absoluta de una promesa de permuta, es cierto, el Tribunal se equivocó al ordenar la restitución de frutos de las cosas entregadas, desde la fecha de notificación de la demanda, porque lo así decidido impedía retrotraer las cosas al estado anterior del negocio anulado, como si nunca hubiera existido.

En tal caso, tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, la buena o mala fe, ningún papel juega para la restitución de frutos, en cuanto hace al aspecto temporal, sino únicamente en lo que respecta a su magnitud.

2. No obstante, al margen de la polémica alrededor de la prueba y cuantía de los frutos, si la Corte reconoce el error, anduvo equivocada, frente a supuestas deficiencias técnicas del cargo primero, al rectificar al Tribunal, porque confunde que tal instituto procede únicamente siendo correcta la decisión espetada, sin embargo, no son acertadas las motivaciones. En consecuencia, al resultar

equivocadas las consideraciones e incorrecta la decisión, no cabe la rectificación doctrinaria.

En ese evento, el examen, en la hipótesis de ninguna otra interpretación objetiva del ataque, no sería de control de legalidad, el cual efectivamente puede truncarse por aspectos formales, por ejemplo, las deficientes o las desenfocadas acusaciones, sino de constitucionalidad, por violación del derecho fundamental a un debido proceso, al aparecer el problema mínimamente planteado, pues al fin de cuentas, con algunos matices y al margen de calificaciones jurídicas, la restitución de frutos se invoca desde la fecha de la promesa declarada nula.

El cargo, primero, por lo tanto, debió prosperar, a la sumo, bajo la perspectiva constitucional (artículo 7 de la Ley 1285 de 2009, modificatorio del artículo 16 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia), precisamente, al no resistir ningún análisis limitar en el ámbito temporal la restituciones en cuestión.

3. En lo demás, lo cual involucra el cargo encauzado por violación directa de la ley sustancial (el segundo), la prueba de los frutos sería de recibo en los casos de la efectiva orden de restitución de las especies permutadas, cuando es posible, sin olvidar que al ser entregadas como precio, éste es el que debe devolverse.

Frente a esa distinción, entonces, al demandante debía devolverse la finca los Samanes con los frutos (recuérdese

que la finca la Bufalera, fue recuperada por él), así como el valor de los semovientes al momento de su entrega, 575 búfalas y 25 toros, con intereses corrientes. La ley natural, frente al decurso del tiempo, imposibilita devolver los mismos semovientes entregados con sus productos.

El demandado, por su parte, debía recibir el lote de Bogotá y los raíces de Medellín o el equivalente monetario al momento de su entrega en lo tocante con los enajenados a terceros; la suma de \$150.000.000, con intereses; y el precio, para el 1° de agosto 2000, de las 75 hembras búfalas destetadas, por lo mismo anotado anteriormente.

El cargo segundo, por lo tanto, en los términos dichos, y lo que cupiera, igualmente debió tener éxito, con mayor razón cuando al ser decisiones inquisitivas, no las condicionaba cumplimientos formales o técnicos, como una supuesta intrascendencia. Tampoco límites temporales, cual se anotó en punto del otro embate. Mayormente, según se reconoce en esta otra oportunidad, frente al “*eficaz embate jurídico stricto sensu que propone el cargo*”.

Fecha, *ut supra*

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
**Magistrado**