

R

RELATORIA CIVIL Y AGRIARIA						
Nº INTERNO	FECHA			CÓDIGO ART. 4º	PUBLICADA	
	DI	ME	AÑO		SI	NO
SC 24	07	03	2006	4	SI	NO
Rubrica						

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

**MAGISTRADO PONENTE:  
CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**

Bogotá, D. C., siete (7) de marzo de dos mil seis (2006).

**Referencia: Expediente número 7538.**

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por Fernando Arturo de Vivo Nucci y Cementos del Caribe S. A. contra la sentencia de 12 de diciembre de 1997, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario instaurado por la Nación frente a la sociedad Parrish & Cía. S. A., al cual fueron citados como litisconsortes Cementos del Caribe S. A., Luis de Vivo Fonti, Quinto Nucci y los herederos indeterminados de Vicente Arturo de Vivo Fonti y de Eliécer Ramón Velasco Oquendo.

**I. ANTECEDENTES**

1. La demandante, representada por la Procuraduría General de la Nación, solicitó declarar nulas, de nulidad absoluta, por ilicitud en su objeto, las enajenaciones y

modificaciones del dominio contenidas en las escrituras números 1100, 1187 y 2996, de 29 de mayo, 9 de junio y 29 de diciembre de 1967, respectivamente, otorgadas por la demandada ante la notaría tercera de Barranquilla, "referentes al predio conocido con el nombre de ISLA DE SAN NICOLAS", cuyos linderos y demás características que lo identifican constan en la demanda, ubicado en el corregimiento de La Playa del municipio de Barranquilla, "que hace parte del accidente geográfico de la costa del mar caribe que se conoce como CIENAGA DE MALLORQUIN y que constituye por consiguiente un bien baldío cuyo dominio jamás ha salido del patrimonio del Estado"; asimismo, pidió la cancelación de los registros de los mencionados instrumentos públicos, con la consiguiente condena a la demandada a restituirle la tenencia de dicho inmueble, sin que "pueda aducir posesión material dada la naturaleza imprescriptible" del mismo, y a pagarle los perjuicios materiales que pericialmente se tasaren.

2. Fundamentó las pretensiones en los hechos que seguidamente se compendian:

a) La Dirección General Marítima y Portuaria, "Dimar", adelantó investigación administrativa contra la demandada, por los presuntos trabajos de relleno que ella realizaba en los terrenos aledaños a la Ciénaga de Mallorquín, la cual concluyó con la resolución 012 de mayo de 1987, en la que se dispuso remitirle copias de esa actuación al Ministerio Público para que éste adelantara las probables acciones reivindicatorias, de acuerdo con los artículos 166 y 178 del decreto 2324 de 1984.

b) La Dimar adoptó allí dicha determinación al encontrar que la prueba pericial demostraba que el predio, supuestamente de propiedad de la demandada, "por ser un terreno de bajamar y estar prácticamente cubierto por las aguas de un sistema fluvio marino llamado Ciénaga Mallorquín" era "un bien de uso público", razón por la cual resultaba procedente la iniciación de aquellas acciones, como que se trataba de "baldíos propiedad de la Nación cuyo uso y dominio exclusivos le pertenecen, siendo por consiguiente un bien imprescriptible".

c) El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "Incora", mediante las resoluciones 035 de 7 de mayo de 1980 y 059 de 29 de julio de 1981, declaró que los terrenos denominados Isla San Nicolás tenían "la condición de baldíos nacionales".

d) Mediante sentencia de 1º de diciembre de 1988, dictada dentro del proceso que al efecto promovió la demandada, la Sección Tercera del Consejo de Estado negó la solicitud de nulidad de tales actos del Incora, esto es "confirmó la declaratoria de baldíos nacionales", con excepción del numeral 3º de la primera ellas, "que en síntesis se refirió al procedimiento que la Nación habría que escoger para obtener la cancelación de los registros escriturarios".

e) En la aludida actuación administrativa adelantada por la Dimar, donde la demandada controvertió las pruebas allí recaudadas, se estableció el carácter de baldíos nacionales que cobijaba a todos los terrenos que conformaban la

mentada isla, predio al cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos le asignó la matrícula inmobiliaria número 040-0056112.

f) Según la matrícula antes aludida y los actos cuya nulidad se demandan, el señalado "baldío nacional presenta su alinderamiento general definido en los croquis y levantamiento topográfico" allegados con el libelo, "y en lo que respecta a la parte de la Ciénaga de Mallorquín, "ilícitamente escogida y recogida en el contexto" de esas escrituras, "la parte ilegalmente ocupada por la demandada se contrae" a la determinada en la demanda.

g) Como el predio en cuestión "tiene la calidad jurídica de baldío nacional", su dominio le pertenece exclusivamente a La Nación, sin que "pueda oponerse ningún medio o modo extintivo por parte de particulares ni de la demandada", pues al no haber "salido jamás del patrimonio del Estado", no existen derechos de disposición como los protocolizados por la demandada en los citados títulos.

3. Notificada la demandada, dentro del término del traslado guardó silencio; posteriormente solicitó que se declarara la nulidad del proceso, aduciendo que no competía a la justicia ordinaria resolver sobre la restitución del predio materia de la litis, solicitud que le fue negada (fls. 296 y 297, cd.1).

A petición de la opositora, por auto de 27 de enero de 1992 se ordenó la citación, como litisconsortes, de Cementos del Caribe S. A., Luis A. de Vivo Fonti, Vicente de Vivo Fonti, Eliécer Ramón Velasco Oquendo y Quinto Nucci (fls. 298 y 299).

Cementos del Caribe S. A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones; y en cuanto a los hechos dijo, en lo atinente a las actuaciones administrativas de la Dimar y el Incora y a la legitimación del Ministerio Público, atenerse a lo que se probara, indicando que no eran ciertos los restantes. Propuso las excepciones de "prescripción, caducidad, y las demás que resulten probadas en el curso del proceso". Manifestó alegar, igualmente, "la inexistencia de la nulidad invocada, y del carácter de baldío de los inmuebles" sobre los cuales versaban las pretensiones(fl.328).

Como no fue posible la notificación personal de Luis A. de Vivo Fonti y Quinto Nucci, y establecido el fallecimiento de Vicente de Vivo Fonti y Eliécer Ramón Velasco Oquendo, por auto de 16 de octubre de 1992 se dispuso el emplazamiento de los dos primeros y el de los herederos indeterminados de los dos últimos(fl.342).

El curador *ad-litem*, designado para representar a los así emplazados, al responder el libelo, señaló no constarle ninguno de sus hechos; igualmente aseveró que como la situación de sus representados era igual a la de Fernando de Vivo, coadyuvaba "las excepciones que propuso"(fl.370).

Fernando Arturo de Vivo Nucci, heredero de Vicente Arturo de Vivo Fonti, al comparecer al proceso, se opuso a las súplicas; acerca de los hechos expresó no ser cierto el relativo al carácter de baldío nacional atribuido al predio y que, en relación con la legitimación del Ministerio Público, se atenía a lo que se

probara, al paso que negó los restantes. Formuló las excepciones de inoponibilidad “de los procedimientos y resoluciones administrativas de que tratan los hechos de la demanda, y también de la sentencia dictada dentro del proceso contencioso administrativo que cursó en el Consejo de Estado y culminó con fallo de diciembre 1º/88”, y las de “falta de legitimación en la causa del demandante, prescripción, caducidad, y las demás que resulten probadas en el curso del proceso”(fl.354 y 355).

4. Por sentencia de 5 de septiembre de 1996 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, culminó la primera instancia, en la que, tras declarar infundada la objeción formulada por la actora al dictamen pericial y desestimar las excepciones propuestas, declaró la nulidad suplicada en relación con las escrituras 1187 de junio 9 de 1967 y 1100 de mayo 29 de 1987 y “la nulidad parcial” respecto del instrumento público número 2996 de diciembre 29 de 1967 únicamente en lo inherente “al predio denominado Isla de San Nicolás”; así mismo ordenó la cancelación de los registros correspondientes, negando la “restitución de la tenencia material” del bien; también dispuso consultar del fallo.

5. Al desatar la apelación interpuesta por las partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante fallo de 12 de diciembre de 1997, confirmó el del *a-quo*.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Empezó el sentenciador por sostener que la Isla San Nicolás era un inmueble baldío nacional, como lo declaró el Incora a través de las resoluciones números 035 y 059 de 7 de mayo y 29 de julio de 1980, respectivamente, dictadas dentro de las diligencias administrativas de clarificación de la propiedad, que adelantó con base en el literal d) del artículo 3º de la ley 135 de 1961.

Como el Consejo de Estado, en la sentencia de 1º de diciembre de 1987, dictada dentro de la acción contenciosa de simple nulidad, negó declarar la nulidad de esos actos administrativos, juzgó entonces el *ad-quem* que, en relación con la calidad de baldío nacional de dicho predio, se estaba frente a una situación jurídica “en firme”, que hacía “tránsito a cosa juzgada” y que, por tanto, no admitía resolución en contrario, como que sus efectos eran *erga omnes* en lo tocante “con la *causa petendi*, juzgada al tenor de lo dispuesto” en el inciso segundo del artículo 175 de Código Contencioso Administrativo.

Es decir, que contra esta declaración no se podía “pedir la nulidad por las mismas razones esgrimidas por Parrish y Cía. S. A. y Cementos del Caribe S. A., en cuanto ser ellos los propietarios, ni tampoco, por aquellos” de quienes ellos derivaban “su supuesto derecho, por existir identidad procesal”; agregó el fallador que del mismo modo esos sujetos procesales no podían basarse en las escrituras que señalaron “como causa de su petición de nulidad, ni en la posesión alegada”, como quiera que se estaba en presencia de decisiones judiciales que hicieron tránsito a cosa juzgada “en relación con la declaración de baldío

inadjudicable”, de acuerdo con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, pues se trataba de los mismos objeto y causa y había identidad jurídica entre las partes”, de donde estimó que no era “admisibile discutir que el bien objeto de este pleito” no era un baldío(fl.54 y 55).

2. A vuelta de precisar que conforme a los artículos 675, 1502, 1519, 1521, 1740 y 1741 del Código Civil había nulidad absoluta cuando el objeto del contrato era ilícito, como en los contratos de este asunto, que contrarían los artículos 4º, 44 y 108 de la ley 110 de 1912, 29 del decreto 1265 de 1977 y la ley 70 de 1976, que expresamente “prohíben la compraventa de baldíos”, los cuales, por lo demás, “son inenajenables e imprescriptibles”, de afirmar la legitimación del Ministerio Público para promover esta causa, en la que pretendía la declaración de nulidad absoluta de aquellos actos por estar “en abierta contraposición de postulados legales” que impedían “la enajenación de bienes de propiedad de la Nación”, y no sin antes predicar la legitimación en los sujetos que por pasiva concurren al proceso, aseguró el juez de segundo grado, a propósito de la inoponibilidad aducida por la parte demandada, que como el fallo dictado por el Consejo de Estado se distinguía por ser *erga omnes*, entonces los efectos generados por el mismo eran contra toda persona, pues, insistió, esa determinación de baldío era “cosa juzgada y, por tanto, lleva la certeza definitiva de la voluntad de la ley para el caso controvertido”, produciendo su inmutabilidad, circunstancia por la cual no se podía “ni se podrá, en futuros posibles procesos acceder a declarar cosa diferente” (fl.60), toda vez que en materia contenciosa administrativa tienen

aquella característica los fallos dictados “en procesos de simple nulidad de actos administrativos, como consecuencia del ejercicio de acciones” promovidas “en nombre de la sociedad”.

3. Adujo el juzgador que a más de que el recurrente no demostró “la posesión y menos la propiedad de la Isla San Nicolás”, debía tenerse en cuenta que los bienes baldíos eran inenajenables, imprescriptibles y no se encontraban en el comercio, por lo que los contratos que versaban sobre ellos eran nulos; añadió, que lo ilícito no podía, *per se*, transformarse en lícito, “pues lo que nace dañado no cambia de naturaleza por el simple transcurso el tiempo”.

4. Finalmente, alrededor de la prescripción, señaló que como según el artículo 2º de la ley 50 de 1936 la nulidad de los negocios jurídicos, generada por objeto ilícito, no era saneable, y que como los actos objeto de las súplicas versaban sobre un baldío que por naturaleza no era prescriptible, “aun cuando los inmuebles no hubiesen salido de manos del Estado”, no se encontraba “probada la prescripción adquisitiva de dominio”(fl.61).

Dijo, adicionalmente, que entendiéndose que existe “caducidad cuando la acción no se ejerce dentro del término que la ley prescribe para ello”, era claro que la nulidad absoluta que de tratan los artículos 1741, 1742 y siguientes del Código Civil se podía “interponer en cualquier tiempo” y, por tanto, no caducaba.

### **III. LAS DEMANDAS DE CASACIÓN**

Dos son las demandas propuestas contra de la sentencia combatida; una, presentada por Fernando Arturo De Vivo Nucci, quien actúa en este asunto como heredero de Vicente de Vivo Fonti, tercero citado al proceso; y la otra, formulada por Cementos del Caribe S. A., del mismo modo citada como litisconsorte.

Con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en cada una se plantean dos cargos; de ellos, la Corte analizará por adelantado el segundo de la demanda presentada por De Vivo Nucci, pues ataca el acogimiento que el tribunal hizo de la acción ejercida; después, estudiará conjuntamente las restantes acusaciones, por cuanto al versar únicamente sobre la excepción de prescripción, unas mismas razones servirán para despacharlas.

#### **DEMANDA DE FERNANDO DE VIVO NUCCI**

##### **CARGO SEGUNDO**

Acusa la sentencia de infringir, indirectamente, los artículos 6, 1519, 1521, 1523, 1740, 1741 y 1742 del Código Civil, por aplicación indebida, con violación medio de los artículos 174, 183, 185, 229 y 264 del Código de

Procedimiento Civil, por falta de aplicación, como consecuencia del error de derecho cometido en la valoración del fallo del Consejo de Estado.

1. Pregona el acusador que el tribunal cometió error de derecho en la apreciación de dicha sentencia, aportada por la demandante para invocar el carácter de baldío del bien litigado, pues con su estimación infringió los artículos 185 y 229 del Código de procedimiento Civil, según los cuales, para que una prueba puede ser trasladada de un proceso a otro, deben cumplirse ciertas reglas que garanticen la contradicción, si en el proceso en donde se practicó no intervino la parte contra quien se pretenda aducir.

Comenta que la mentada decisión del máximo tribunal de la justicia contencioso administrativa “alude a pruebas documentales, de inspección judicial y periciales”, con base en las cuales se declaró que el predio es una isla marítima. Esas probanzas, quiéralo o no, dice la recurrente, el tribunal las apreció sin la ritualidad de la contradicción. Anota que el sentenciador, al estimar ese fallo sobre la base errónea de que hacía tránsito a cosa juzgada, incurrió en error de derecho, en tanto no se percató que por tratarse de prueba trasladada, estaba desprovista de valor probatorio, por cuanto llegó de un proceso en el que él no fue parte ni pudo contradecirla.

2. Señala que él aportó las escrituras que obran en este proceso, las cuales datan del siglo pasado, tiempo suficiente para demostrar la propiedad privada al tenor de la ley 200 de 1936.

3. Dice el impugnador que como consecuencia de haber tenido como baldío el bien litigado, el juzgador aplicó indebidamente las normas referentes a la nulidad; y que de no haber tenido en cuenta aquella sentencia o de haber permitido que De Vivo controvirtiera sus fundamentos, él hubiese demostrado que allí no había isla alguna y que el predio era de propiedad particular.

## **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

1. Comparada la argumentación que incorpora la acusación con el fundamento y los medios de certeza a cuyo amparo el tribunal adoptó la decisión combatida, surge palpable que aquélla no solamente es incompleta sino que se muestra desenfocada, como pasa a verse.

2. Como se dejó visto en el compendio de la sentencia combatida, el *ad-quem* empezó por afirmar que la Isla San Nicolás era un predio baldío nacional, de acuerdo con la declaración que en ese sentido hizo el Incora a través de las resoluciones números 035 de 7 de mayo y 059 de 29 de julio de 1980, dictadas para definir la actuación administrativa de

clarificación de tierras que con fundamento en el literal d) del artículo 3º de la ley 135 de 1961 adelantó; adujo, igualmente, que tal determinación se consolidó en el fallo de 1º de diciembre de 1988, mediante el cual el Consejo de Estado finiquitó la acción contencioso administrativa de simple nulidad, en la que las sociedades aquí demandadas intentaron obtener la anulación de los señalados actos administrativos; a ello agregó que como dicha decisión judicial se produjo dentro de la mentada acción judicial, la misma, a términos del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, surtía efectos *erga omnes*, esto es que resulta oponible a toda persona, sin distingo alguno.

Es decir, que las pruebas que guiaron al sentenciador en punto a que el predio tenía la condición de baldío nacional, a más de lo que al respecto juzgó basado en la citada sentencia del Consejo de Estado, fundamentalmente fueron las señaladas resoluciones del Incora, de las cuales adicionalmente predicó que al no haber sido anuladas en el proceso contencioso adelantado con ese fin, constituía "una situación en firme" que no admitía "resolución en su contra".

El recurrente, por su parte, le endilga al fallador haber cometido error de derecho en la valoración de esa providencia, pues la tuvo como prueba trasladada siendo que él no intervino en el asunto judicial donde ella se dictó, con lo cual infringió los artículos 185 y 229 del Código de

procedimiento Civil; añade que en ese fallo el máximo tribunal contencioso administrativo tuvo en cuenta pruebas documentales, de inspección judicial y periciales, con base en las cuales se declaró que el predio era una isla marítima, las cuales, por contragolpe, apreció el juez de segundo grado sin la ritualidad de la contradicción; en suma, que al haber calificado dicho predio como baldío, aquél aplicó indebidamente las normas referentes a la nulidad de los actos o contratos, ya que si hubiera tenido en cuenta tal decisión o permitido que de Vivo Nucci controvirtiera sus fundamentos, habría demostrado que allí no existía isla y que el predio era de propiedad particular.

3. Como se advierte, aquella primera consideración, consistente en que fue el Incora quien definió que el terreno era baldío nacional, y el fundamento probatorio en que esa estimación se apoyó, el acusador no los combate, pues es palmario que para nada se refirió a las mentadas resoluciones, expedidas por aquella entidad de derecho público y menos al contenido que las mismas incorporan, puesto que, como se acaba de ver, todas sus fuerzas las dirigió a pretender hacer ver que el juzgador cometió yerro *de jure* por haber apreciado, según dice, como prueba trasladada el susodicho fallo.

Por consiguiente, en la medida en que la censura no involucra crítica alguna frente a aquel

razonamiento ni contra las pruebas en que el sentenciador fundó ese aserto, deviene el ataque incompleto del cargo, toda vez que, de admitirse la comisión del yerro de derecho, ello resultaría intrascendente si se toma en cuenta que, en tal supuesto, la decisión recurrida, en lo tocante con la condición de baldío del inmueble, se mantendría incólume con los medios probativos no cuestionados.

Para romper la presunción de acierto con la que llega a la Corte el fallo, el impugnador estaba en el deber de atacar también esos otros medios de convicción a cuyo amparo el juzgador del mismo modo optó por la decisión objeto de inconformidad, lo que no hizo, situación que da al traste con la acusación, toda vez que, como con insistencia la Corporación lo viene expresando, el “quiebre de un fallo en casación exige, merced a lo excepcional del recurso y al principio dispositivo que lo inspira, el rompimiento de la presunción de verdad y acierto que arroja a la sentencia enjuiciada, así como, en tratándose de acusación consistente en violación de ley sustancial por el sendero indirecto, la demostración palmar de una equivocación evidente y trascendente cometida por el fallador en la apreciación de las pruebas obrantes en el expediente, cual lo ha reiterado la Corte en múltiples ocasiones, pues `...por vía de la causal primera de casación no cualquier cargo puede recibirse, ni puede tener eficacia legal, sino tan sólo aquellos que impugnan directa y completamente los fundamentos de la

sentencia o las resoluciones adoptadas en ésta; de allí que haya predicado repetidamente que los cargos operantes en un recurso de casación únicamente son aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas..., puesto que si alguna de ellas no es atacada y por sí misma le presta apoyo suficiente al fallo imputado éste debe quedar en pie, haciéndose de paso inocuo el examen de aquellos otros desaciertos cuyo reconocimiento reclama la censura” (sentencia número 035 de 12 de abril de 2004, exp.7077).

4. Desde otra perspectiva, tal cual se adelantó, la verdad es que, respecto del predio comprometido en los contratos cuya nulidad se deprecó, la atribución de la condición de baldío nacional el tribunal la predicó no con fundamento en el mentado fallo de la justicia contencioso administrativa sino con base en aquellas resoluciones del Incora, pues, como quedó dicho, sus consideraciones las empezó sosteniendo que la “Isla de San Nicolás es un baldío nacional, tal como lo declaró el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria” en las señaladas decisiones (fl.54). Esta precisión de inmediato conduce a sostener lo desenfocado de la arremetida en cuanto pretende hacer creer que la cuestionada aserción el fallador la dedujo de la providencia judicial, cuando no fue así.

Además, la consideración acerca de la naturaleza del inmueble el tribunal no la derivó de la susodicha sentencia, porque ella dijera que el bien era una isla marítima, aspecto sobre el que no se pronunció, sino del carácter definitivo y oponible a todas las personas que tal autoridad le atribuyó a la calificación de baldío que el Incora le dio al mismo. Y es que, al margen de que no declaró baldíos tales predios sino que apenas negó la ilegalidad de las mentadas resoluciones, lo cierto es que el Consejo de Estado tampoco lo podía hacer sencillamente porque ese no era un tema de su competencia, como que la misma estaba radicada en cabeza de aquella entidad, por ministerio de los preceptos legales con base en los cuales dijo actuar.

Lo que en puridad de verdad dedujo el juez de segundo grado de la mentada providencia fue el hecho de que esa decisión resultaba vinculante incluso respecto de quienes no fueron parte en el proceso donde se profirió, por tener, a términos del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, efectos *erga omnes*, motivo por el cual aseguró que nadie podía pretender la anulación de dichas resoluciones pretextando similares razones a las que Parrish & Cía. S. A. y Cementos del Caribe S. A. plantearon en el proceso contencioso administrativo que adelantaron para obtener la invalidación de las mismas.

Lo expuesto permite ver, como ya se anunció, que el cargo apunta en dirección equivocada, pues el tribunal no asumió la situación fáctica en que se respaldó el fallo del Consejo de Estado sino que se apoyó, que es bien diferente, en lo decidido por el Incora en los memorados actos administrativos, en lo concerniente a que el terreno tenía la condición de baldío nacional, determinación que, ha de reiterarse, juzgó vinculante para todas las personas, debido a que al haber sido controvertida ante lo contencioso administrativo con los resultados conocidos, la sentencia allí proferida, constituía cosa juzgada y tenía los indicados efectos conforme al artículo 175 *ibidem*, según el cual el fallo “que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada ‘*erga omnes*’ pero sólo en relación con la ‘*causa petendi*’ juzgada”.

Así, surge palmario que el cargo se muestra descaminado, pues no ataca las verdaderas razones en que se fundó el sentenciador. La crítica que le formule el impugnador a la sentencia, ha dicho con insistencia la Corporación, debe guardar una adecuada “consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no los que objetivamente constituyen fundamento nuclear de la providencia, se

configura un notorio defecto técnico por desenfoque que conduce al fracaso del cargo correspondiente.”(G. J., t. CCLVIII, pag.294); criterio que ha venido reiterando, entre otras, en sentencia de 7 de noviembre de 2002 (exp.#7587).

5. Entonces, si el propósito del censor era combatir la conclusión del *ad-quem* sobre la naturaleza del bien involucrado en los contratos cuya nulidad se demandó, queriendo con ello desvirtuar la ilicitud del objeto de éstos, era necesario que atacara con éxito las verdaderas razones en que se respaldó el sentenciador para tal deducción, que no otras diferentes, y, adicionalmente, que la acusación comprendiera la totalidad de los fundamentos que a ese respecto adujo el sentenciador, lo que, como viene de verse, no hizo.

6. El cargo, por tanto, no prospera.

## **DEMANDA DE FERNANDO DE VIVO NUCCI**

### **CARGO PRIMERO**

Acusa la sentencia de ser directamente violatoria de los artículos 407, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil, 2518, 2521, 2526, 2527, 2528, 2531 y 2532 del Código Civil, por aplicación indebida; y 1742 y 2535 de la misma obra, por falta de aplicación.

1. No sin antes transcribir lo que dijo el *ad-quem* sobre la excepción de prescripción, sostiene el acusador que aquél mezcló ese medio de defensa con la caducidad, para entender que la primera era la que se conocía como “prescripción adquisitiva” y la segunda, la propiamente denominada “prescripción extintiva”, que podía ser de una acción con su derecho correlativo o sólo de una acción. El tribunal entendió que la caducidad era la prescripción extintiva, de la que afirmó que no era aplicable cuando se perseguía la nulidad de un acto con objeto ilícito, pues esa acción se podía interponer en cualquier tiempo.

Tras sostener que en materia de prescripción el legislador entendió que para la consolidación de las situaciones jurídicas era necesario establecer un sistema de prescripciones que condenara al fracaso cualquier intento de revivir acciones o derechos, comenta el casacionista que el juzgador estableció que las acciones y derechos prescribían como lo indica el artículo 2535 del Código Civil, con lo cual confundió tanto la prescripción de una acción como la de un derecho. Predica la censura que la acción de nulidad no corresponde a un derecho, como ocurre con la reivindicatoria, porque, por ejemplo, la pretensión de anular un contrato, propuesta por el Ministerio Público, o la declaración oficiosa de la nulidad por parte del juez, no implican la utilización de un derecho privado correlativo que dicha acción esté

amparando; por ello cuando se demanda la nulidad absoluta, se persigue que ella se declare sin más, y si esa acción está prescrita, no corresponde esa prescripción extintiva a una prescripción adquisitiva de algún derecho.

De allí que cuando el tribunal se refirió a la prescripción y a la caducidad, aludió a la extintiva de las acciones, pero a renglón seguido se olvidó de la regulación de esa figura, pues no le dio aplicación a la parte final del artículo 1742 del Código Civil, que establece que se sana la nulidad, aun por objeto y causa ilícitos, por la prescripción extraordinaria que establece el artículo 2536; esta prescripción no es la adquisitiva de dominio, que indebidamente trajo a colación para desestimarla, es la extintiva de las acciones, consagrada en el artículo 2535 del Código Civil.

2. Para el acusador la prescripción adquisitiva y la extintiva son diferentes, pues de la definición dada por el artículo 2518 se observa que el fundamento de aquélla es la posesión sobre el bien, a diferencia de la de ésta, en la que dicho fenómeno le es extraño, ya que su base está dada por el no ejercicio de la acción en el tiempo fijado por el legislador y sólo se puede alegar por vía de excepción, que no de acción.

Entonces, absorto como estuvo el fallador en pensar que la nulidad no era saneable y que podía ser declarada en cualquier momento, “no dedicó ninguna línea” a definir “si en este caso se daba o no el transcurso del tiempo necesario para alegar con éxito la prescripción extintiva”; como consecuencia de ello aplicó indebidamente los artículos 1740, 1741 y 1742.

## **DEMANDA DE CEMENTOS DEL CARIBE S. A.**

### **CARGO PRIMERO**

Acusa la sentencia de violar, en forma directa, los artículos 1740, 1741 y 1742, primera parte, del Código Civil, por aplicación indebida, 1742, parte final, 2512 y 2517 del mismo ordenamiento jurídico y 1º de la ley 50 de 1936, por falta de aplicación.

1. Dice la recurrente que sobre la base de que declaró la nulidad de dos negocios jurídicos realizados en 1967, relacionados con un bien que fue declarado baldío en 1980, le correspondía al tribunal analizar las excepciones que los demandados propusieron, dentro de las que se encontraba la de prescripción; mas acontece que en ese camino no sólo confundió dicho fenómeno con la caducidad

sino que la dejó de lado por considerar que ella no tenía aplicación en tratándose de nulidad absoluta por objeto ilícito.

2. A vuelta de aseverar que la ley predica el carácter imprescriptible de los bienes baldíos, vale decir, que no pueden adquirirse por prescripción sino por ocupación, mediante título expedido por el Incora, y de citar el aparte donde el *ad-quem* argumentó que había nulidad absoluta cuando el objeto de la negociación era ilícito, esto es, como en el presente caso, que contraría los artículos 4º, 44 y siguientes de la ley 110 de 1912, 29 del decreto 1265 de 1977 y la ley 70 de 1976, donde expresamente se prohíbe la compraventa de baldíos, manifiesta la casacionista que a tales razonamientos le eran aplicables los 1741 y 1742 el Código Civil, en cuanto enseñaban que la nulidad absoluta podía y debía ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando apareciera manifiesto en el acto o contrato, que fue lo que aquél hizo cuando dijo que no solamente podía declarar la nulidad sino que debía hacerlo.

3. Recalca la censura que la parte del artículo 1742, relativa a que la nulidad se puede sanear por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria cuando es generada por motivos diferentes al objeto o causa ilícitos, el fallador no la aplicó, pues se limitó a pregonar que como la nulidad demandada era por objeto ilícito, ella no era saneable, a más que se trataba de un baldío

que por su propia naturaleza no era prescriptible, y aun cuando la cosa “no hubiesen salido de manos del Estado”, no se había probado la prescripción adquisitiva, y que como entendía que existía caducidad cuando la acción no se ejercía dentro del término que la ley prescribe para ello, era claro que la nulidad absoluta de que tratan los artículos 1741 y 1742 se podía interponer en cualquier tiempo, ya que no caducaba.

4. Dada esa mezcla entre caducidad y prescripción propiciada por el juez de segundo grado, para la impugnadora ha de entenderse que cuando aquél se refirió a la segunda, aludió efectivamente a ese fenómeno, pero no lo aplicó por la rebeldía que mostró contra la parte final del artículo 1742, al suponer que la nulidad por objeto ilícito era insaneable, y luego, al confundir la prescripción extintiva con la adquisitiva, dijo que los bienes baldíos eran imprescriptibles. Y cuando se refirió a la caducidad nuevamente apuntó a la prescripción extintiva para volver a decir que la nulidad por objeto ilícito no caducaba, en razón a que, según los artículos 1741 y 1742, se podía interponer en cualquier tiempo. Agrega que como fue claro cuando propuso la excepción, el tribunal entendió “que se trataba era de la prescripción extintiva, sólo que evitó declararla”(fl.83).

5. Tras aludir a las dos prescripciones y hacer referencia a lo que dice la doctrina acerca de una y otra, señala la impugnadora que la analizada por el juzgador fue la

extintiva, pues no de otro modo se explica su alusión al artículo 1742 del Código Civil, y a la palabra “sanear”.

Puntualiza que si el sentenciador aplicó la prescripción únicamente a la que se conoce como adquisitiva y reservó el término caducidad a la que propiamente se denomina extintiva, debía entonces concluir que respecto de ésta, que es la que aquí interesa, podía “ser de una acción con su derecho correlativo o sólo de una acción, que es precisamente el caso de la acción de nulidad, pues por ella se persigue que se declare sin más, y si esa acción está prescrita, no corresponde necesariamente esa prescripción extintiva a una prescripción adquisitiva de algún derecho”(fl.84).

Al considerar, pues, el tribunal que la nulidad por objeto ilícito no se podía convalidar, violó directamente los artículos 1742, parte final, del Código Civil, el cual enseña que la nulidad por ese aspecto sí es saneable, y 1º de la ley 50 de 1936, que incorpora dentro de esas prescripciones “la adquisitiva de dominio, la extintiva,...la de saneamiento de nulidades absolutas”.

## **CARGO SEGUNDO**

Ataca la sentencia de quebrantar, indirectamente, los artículos 1740, 1741, 1742, 2512, 2517 y

2518 del Código Civil, y 1º de la ley 50 de 1936, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

1. Afirma la acusadora que el *ad-quem* no solamente dejó de apreciar la fecha de las escrituras 1187 de 9 de junio de 1967, 1100 de 29 de mayo de 1967 y 2996 de 29 de diciembre de 1967, los certificados de tradición del inmueble, en que consta la época de inscripción de los anteriores instrumentos, y la fecha de presentación de la demanda, sino que con el pretexto de que no era saneable la nulidad y confundiendo la prescripción con la caducidad, omitió considerar la existencia de aquélla, al juzgar que la misma no tenía aplicación en tratándose de nulidad absoluta por objeto ilícito.

2. La comentada omisión es trascendente, ya que de haber valorado tales probanzas, habría concluido que la prescripción extintiva estaba dada. Al no ver que entre las fechas de los negocios y la de presentación de la demanda transcurrieron más de 20 años, por considerar que la nulidad por objeto ilícito no era saneable, violó indirectamente la parte final del artículo 1742 del Código Civil.

3. En lo restante, la censura se sustenta en idénticos argumentos a los esgrimidos en el cargo primero.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia, a solicitud de la demandada, por auto de 27 de enero de 1992 se dispuso la citación de la sociedad Cementos del Caribe S. A., Luis A. de Vivo Fonti, Vicente de Vivo Fonti, Eliécer Ramón Velasco Oquendo y Quinto Nucci, en calidad de litisconsortes.

En esa específica condición Cementos del Caribe S. A. al comparecer al proceso, a más de referirse a los hechos del libelo y de oponerse a las pretensiones de la actora, dijo proponer "las excepciones de mérito de prescripción, caducidad, y las demás que resulten probadas en el curso del proceso", al tiempo que manifestó alegar "la inexistencia de la nulidad invocada, y el carácter de baldío de los inmuebles sobre los cuales versan las pretensiones de la demanda"(fl.328).

Por su parte, Fernando Arturo de Vivo Nucci, como heredero de Vicente Arturo de Vivo Fonti, al concurrir en la condición en que fue citado, aparte de oponerse a las súplicas y contestar los fundamentos fácticos del acto introductorio del proceso, mencionó formular "las excepciones de mérito de inoponibilidad..., de los procedimientos y resoluciones administrativas de que tratan los hechos de la demanda, y también la sentencia dictada dentro del proceso

contencioso administrativo que cursó en el Consejo de Estado y culminó con fallo de diciembre 1º/80, relacionado también en los hechos de la demanda, como fundamento de sus pretensiones". Dicha "inoponibilidad se extiende, por la misma causa, a todos los demás demandados, distintos de 'Cementos del Caribe S. A.' y 'Parrish & Cía S. A.'", y las de "falta de legitimación en la causa del demandante, prescripción, caducidad, y las demás que resulten probadas en el curso del proceso"(fls.354 y 355).

El curador *ad-litem* que representó a Luis de Vivo Fonti, Quinto Nucci y a los herederos indeterminados de Vicente Arturo de Vivo Fonti y Eliécer Ramón Velasco Oquendo, simplemente expresó que como "la situación procesal y sustancial" de sus representados era igual a la de Fernando de Vivo, manifestaba que coadyuvaba "las excepciones que propuso en su contestación de demanda de enero 13 de 1993"(fl.370).

2. Como se advierte de las transcripciones anteriores, y se constata al reparar en su integridad los pertinentes escritos, así como los alegatos de conclusión presentados en ambas instancias (fls.96 a 115 y 125, cd.2; 14 a 23, cd.4), la excepción de prescripción fue propuesta por los terceros convocados al proceso, particularmente por Cementos del Caribe S. A. y Fernando Arturo de Vivo Nucci, que compareció como heredero de Fernando Arturo de Vivo

Fonti, quienes al hacerlo, no indicaron el supuesto fáctico en que se apoyaban para proponer dicho medio exceptivo, pues, en lo tocante con la excepción en comento, que es al ámbito al que con exclusividad se circunscriben los cargos que se despachan, se redujeron escasamente a su mera enunciación por cuanto en su respaldo no esgrimieron la menor argumentación ni expusieron hecho alguno que le sirviera de soporte. Es más, ni siquiera la cualificaron, como que simplemente manifestaron que proponían, entre otras, la excepción de "...prescripción..." sin precisar a cuál concretamente se quisieron referir.

Dado ese evidente silencio no hay forma de establecer, *verbi gratia*, a partir de qué momento la Nación, como titular de los terrenos baldíos, se enteró de la existencia de los actos jurídicos de que tratan las pretensiones. Por esa especial circunstancia, porque provenían de los terceros intervinientes en el proceso y por razón de que el Estado no fue parte en ninguno de los contratos enjuiciados, resultaba de mayor trascendencia la exposición detallada de los supuestos sustentantes de la excepción cuya declaración se pretendía.

De suerte que si aquellas personas apenas denominaron el mentado medio exceptivo, sin que a su alrededor dieran fundamento, hecho o razón alguna que lo apoyara, no puede decirse que el tribunal infringió por lo

menos uno de los preceptos sustantivos identificados en los cargos al negarle mérito a dicho recurso defensivo de la manera en que lo hizo, pues resulta evidente que al no haber sido suministrados los hechos estructurales de la excepción ni explicado cómo fue que ella alcanzó realización, el sentenciador simplemente no podía reconocerle mérito, por cuanto, dada la señalada deficiencia, no estaba obligado a generar un pronunciamiento diferente al que dispuso, ya que, como se sabe, al constituir “la excepción los hechos que le sirven de fundamento..., mientras no se expongan tales hechos” ella “no puede considerarse legalmente propuesta”(G. J., t. XXXVI, pag.460).

Por supuesto que, ha de repetirse, en tratándose de excepciones donde no cabe la actuación oficiosa del juez, como la que quisieron plantear los terceros que aquí concurren, es absolutamente indispensable alegar y probar los fundamentos fácticos que le sirven de soporte, ya que si su proponente se limita, como acá, apenas a nominarla, no estaría “planteando una contrapretensión y, por lo mismo, el juez se vería relevado de hacer consideración alguna al respecto”; de allí que cuando dichos intervinientes dijeron proponer aquella excepción, sin duda que hicieron uso de un recurso defensivo, pero como esa inconformidad frente a las súplicas de la demanda “no aparece sustentada en hechos que tengan virtualidad para impedir el nacimiento del derecho por la actora pretendido, o, para, en su caso, modificarlo o

extinguirlo, tales defensas no constituyen, en realidad, verdaderas excepciones”(G. J., t. CCXLIX, pag.773), de donde se sigue que a la nombrada inexorablemente le esperaba la suerte que corrió.

3. Desde luego que no puede argüirse que el sentenciador desconoció los supuestos de hecho de los preceptos sustantivos determinados en las acusaciones, sencillamente porque, al no habersele ofrecido los fundamentos de facto que estructuraran la socorrida excepción, carecía de uno de los elementos indispensables para hacer la ecuación tendiente a establecer que frente a lo pretendido y argumentado por los mencionados terceros a través del particularizado medio exceptivo, aquél dejó de reconocer el efecto jurídico que las mentadas normas persiguen, como lo dice el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, ha de resaltarse que como la prescripción, aparte de ordinaria o extraordinaria, a términos del artículo 2512 del Código Civil puede ser adquisitiva de las cosas ajenas, extintiva de las acciones judiciales o de los derechos de otras personas, era carga de los terceros interesados al proponerla determinar, de manera indubitable, la especie de ella cuyo reconocimiento aspiraban que se efectuara, en orden a lo cual tenían que suministrar los hechos en que se apoyaban y probarlos, por razón de que era

en esa puntual dirección que la contraparte y el juez debían dirigir sus fuerzas. Como quedó dicho, en el caso específico de Cementos del Caribe S. A. y Fernando Arturo de Vivo Nucci, en su condición de litisconsortes, tal cual fueron citados, ciertamente no dijeron cuál, en concreto, era la prescripción que pretendían plantear, esto es, si se trataba de la extintiva de la acción de nulidad ejercida por la Procuraduría General de la Nación en representación de la Nación o de la adquisitiva de los derechos de dominio de los predios involucrados en los negocios jurídicos cuya nulidad se deprecaba y menos, en este último evento, si era ordinaria o extraordinaria, como que tan sólo atinaron a expresar que proponían la excepción de “prescripción”. Bajo este panorama, ha de preguntarse entonces, cuál norma estaba el juzgador obligado a hacer actuar y cuál fue la que en verdad infringió como consecuencia de la definición adoptada alrededor de la dicha excepción. La respuesta no se hace esperar, por supuesto que ninguna, pues dada la falta de certeza sobre el particular no podría decirse, por lo menos no fundadamente, que él estuviera precisado a aplicar unos determinados preceptos normativos, de modo que por no hacerlo cometiera error jurídico o de hecho.

En este orden de ideas, a ciencia cierta no puede afirmarse que el *ad-quem* quebrantó alguna de las normas relativas a la prescripción extintiva de acciones, que como tal aflora apenas ahora en este recurso extraordinario,

si es que declaración en ese sentido precisamente no se le pidió ni la podía inferir de aquellos escritos presentados por los terceros interesados sencillamente por ausencia total de elementos que lo condujeran a pensar en ello. De allí que cuando en relación con la comentada excepción el tribunal aseguró que, conforme al artículo 2º de la ley 50 de 1936, la nulidad generada por objeto ilícito no era saneable y que como los contratos demandados versaban sobre un terreno baldío, imprescriptibles por naturaleza, no se encontraba “probada la prescripción adquisitiva de dominio”, simplemente entendió que el recurso defensivo iba dirigido en esta dirección, y acontece que este entendimiento, en puridad de verdad, no fue cuestionado, pues todo el discurso incorporado en los cargos está orientado a pregonar el yerro por no reconocer la extintiva de la acción.

Es indudable que a Cementos del Caribe S. A. y a Fernando Arturo de Vivo Nucci, en su condición de terceros intervinientes en el proceso, les correspondía efectuar una circunstanciada descripción de los hechos que delimitaran el campo en que pretendieran hacer mover la dicha excepción, de suerte que, al no hacerlo, tales defensas no alcanzaron, en realidad, a constituir verdaderas excepciones sino meras denominaciones, en la medida en que se presentaron vacías de todo contenido. Dado ese manifiesto silencio, al juzgador no se le podía forzar a que

produjera un pronunciamiento en dirección diferente a la adoptada.

De este modo resulta palmario que los recurrentes buscan, en últimas, obtener decisión en un determinado sentido sobre fundamentos fácticos que en la calidad en que fueron llamados y vinculados no alegaron en el correspondiente momento procesal, como tampoco lo hicieron a lo largo de las instancias, ya que apenas ahora en este recurso extraordinario pretenden aclarar y completar el alcance de sus escritos alrededor del comentado medio exceptivo.

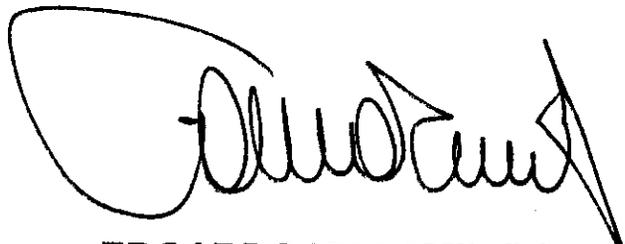
4. Por tanto, los cargos no prosperan.

#### IV. DECISIÓN

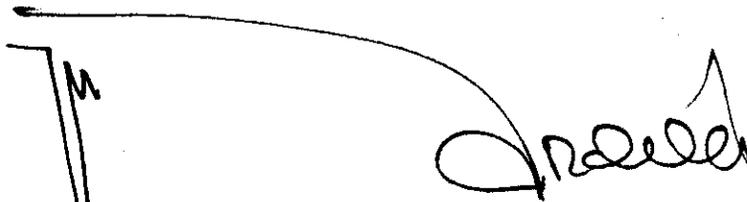
En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 12 de diciembre de 1997, pronunciada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario identificado en esta providencia.

Condénase a los recurrentes al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario. Tásense.

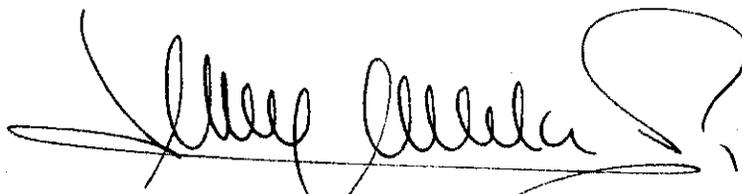
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE  
EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.**



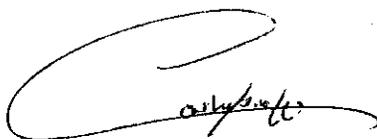
**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**



**MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ**



**JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**



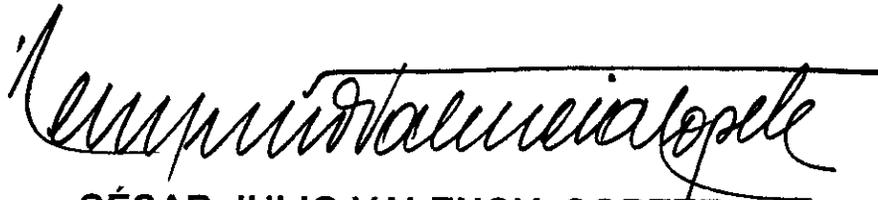
**CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO**



**PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**

**SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO**

En Comisión Especial



**CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**