

## SIMULACION RELATIVA

Error de derecho en el nuevo Código de Procedimiento Civil. — Prueba de la simulación inter partes. — Restricción de la prueba testifical. — Indicio proveniente de la falta de documento o principio de prueba por escrito. — Testimonio único, no excluible hoy. — Nulidad de donación entre vivos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 29 de septiembre de 1972, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Gregorio Ladino Guáqueta frente a María Inés Ladino de Prieto.

### II

#### Antecedentes

1. Gregorio Ladino, nacido en la población cundinamarquesa de Soacha en septiembre de 1901, contrajo matrimonio católico en la Parroquia de Santa Bárbara de Bogotá el 2 de enero de 1928 con Lucía Cubillos.

Dentro de la unión connubial Ladino-Cubillos se procrearon los siguientes tres hijos: Neftalí, María Dolores y María Inés, cuyos nacimientos ocurrieron, respectivamente, el 19 de julio de 1929, el 29 de enero de 1931 y el 30 de julio de 1935.

2. María Inés Ladino Cubillos se unió en matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica con Roberto Prieto, en esta ciudad de Bogotá el 3 de mayo de 1956.

3. El 18 de abril de 1969, mediante escritura pública número 1629 que en esa fe-

cha se otorgó en la Notaría 10<sup>a</sup> de Bogotá, se ajustó entre Gregorio Ladino Guáqueta y María Inés Ladino de Prieto, vinculados entre sí por la relación paterno-filial, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El primero expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquél, el derecho de dominio de la casa de habitación demarcada con el número 39-42 Sur de la carrera 25 de Bogotá, junto con el terreno sobre el cual se halla edificada, comprendido todo el inmueble dentro de los siguientes alindamientos: "Por el Oriente, en extensión de veintidós metros (22.00 Mts.), con lote de terreno que es o fue de la Beneficencia de Cundinamarca; por el Sur, en extensión de catorce metros (14.00 Mts.), con parte del mismo globo mayor que se reserva el exponente vendedor; por el Occidente, en extensión de cinco metros (5.00 Mts.), con la calle cuarenta A (40-A) de la nomenclatura de Bogotá, de aquí voltea hacia el Oriente en extensión de seis metros con veinte centímetros (6.20 Mts.), con parte del mismo globo mayor vendido ya por el exponente, y de aquí hacia el Norte, en extensión de diez y siete metros (17.00 Mts.), con parte del mismo lote vendido por el compareciente; y por el Norte, en extensión de siete metros con ochenta centímetros (7.80 Mts.), con la carrera veinticinco (25) de la nomenclatura de Bogotá";

b) Acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de treinta y cinco mil pesos (\$ 35.000.00), que en ese acto el vendedor declaró haber "recibi-

do en dinero efectivo y a su satisfacción de manos de la compradora";

c) Expresó el tradiente que el inmueble por él transferido lo había adquirido, así: el terreno, por compra que en mayor extensión hizo a Jorge Medina según escritura número 1396 de 9 de marzo de 1946, otorgada en la Notaría 2<sup>a</sup> de Bogotá; y la edificación, por haberla "levantado a sus propias expensas y con dineros de su exclusiva propiedad", y

d) Mediante la cláusula cuarta de dicho pacto, manifestó el vendedor haber hecho, desde esa fecha, "entrega real y material" del inmueble vendido; y la compradora, "que ya se encuentra en posesión del inmueble que adquiere".

4. La precitada escritura número 1629 fue inscrita el 7 de mayo de 1969, bajo el número 8069-B de la página 684 del Libro Primero de la Oficina de Registro del Círculo de Bogotá.

### III

#### El litigio

1. Mediante libelo del 10 de abril de 1970 el citado Gregorio Ladino Guáqueta demandó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá a María Inés Ladino de Prieto, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969, de la Notaría 10<sup>a</sup> de Bogotá, celebrado entre el demandante como vendedor y la demandada como compradora, es simulado;

b) Que, consecuencialmente, se declare que el verdadero contrato contenido en la referida escritura es una donación;

c) Que dicha donación es nula, de nulidad absoluta, por falta de insinuación;

d) Que se decrete la cancelación del registro del título escriturario citado, y

e) Que la demandada sea condenada a pagar las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los siguientes:

a) Que al inicio del año de 1969, cuando

Gregorio Ladino se encontraba padeciendo trastornos psíquicos y en edad provecta, su hija María Inés, junto con su esposo Roberto Prieto, se fue a vivir con él en la casa número 39-42 Sur de la carrera 25 que aquél habitaba en esta ciudad de Bogotá;

b) Que para entonces el matrimonio Ladino-Prieto se encontraba "en penosa situación económica", puesto que carecía de patrimonio; el cónyuge obtenía rentas que arrojaban un promedio mensual un poco mayor a los cien pesos, y la esposa no tenía bienes o rentas;

c) Que a los pocos días de estar viviendo unidos, María Inés Ladino de Prieto aparece comprando a su padre la casa de habitación de propiedad de éste, mediante el otorgamiento de la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969;

d) Que muy a pesar de que dicho inmueble tenía entonces un avalúo catastral de \$ 48.300.00 y comercialmente valía más de \$ 100.000.00, se hizo figurar como precio de la compraventa la suma de \$ 35.000.00, precio éste que, sin embargo de haberse expresado en la escritura lo contrario, el vendedor no recibió;

e) "El demandante —dice la demanda en el hecho 17— fue inducido a firmar la escritura por su estado psicológico de abandono moral y angustia en que se hallaba. Firmada la escritura era de esperarse que su hija, en un gesto de gratitud asistiera a su anciano padre en sus últimos años. Pero ocurrió todo lo contrario: una vez asegurada la aparente compra, la hija abandonó al padre, yéndose a vivir a otra casa y dejando a su anciano progenitor en el más absoluto abandono y miseria", y

f) Como el aparente vendedor no tuvo intención de enajenar su propiedad; ni hubo precio, y el que simuladamente se pactó no fue pagado por la compradora, ni en todo ni en la más mínima parte, aquél "permaneció y sigue permaneciendo como único y legítimo poseedor del inmueble, cuya propiedad aparentemente perdió como consecuencia de la escritura de que se ha hecho mérito".

3. En su contestación al libelo incoativo del proceso la demandada, luego de negar los hechos invocados por el demandante, salvo los referentes a la celebración del

contrato y otorgamiento de la escritura, los cuales aceptó, se opuso a todas las súplicas impetradas.

Afirmando además que la compraventa que se impugna como simulada es real, que en ella sí concurren todos los requisitos esenciales para su existencia jurídica; y que nunca existió en el vendedor ánimo de gratuitad, propuso las excepciones que denominó "inexistencia de la pretendida simulación" e "inexistencia de la pretendida donación".

4. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso el juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 13 de julio de 1971, mediante la cual denegó todas las peticiones de la demanda, absolvió a la demandada de los cargos contra ella formulados e impuso las costas al demandante.

5. Por apelación interpuesta por esta parte el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en sentencia de 29 de septiembre de 1972, confirmó el fallo apelado y condenó al recurrente en las costas causadas en la segunda instancia.

### III

#### Motivación del fallo impugnado

1. Despues de relacionar los antecedentes del litigio y de transcribir la parte dispositiva del fallo de primer grado, expresa el Tribunal que como no encuentra "causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, ni reparo qué formular a los presupuestos procesales, le corresponde proferir la sentencia que decida "el fondo de la cuestión" aquí controvertida.

Y luego de hacer una serie de consideraciones generales en torno a aspectos de la teoría de la simulación de los actos jurídicos, dice el ad quem, apoyando su aserto tanto en el petitum como en la causa petendi expresados en la demanda, que es indubitable que al través de ella se ejercita "una acción de simulación relativa, que consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar con otro solamente realizado en apariencia"; pretensión que, añade, es ins-

taurada por uno de los contratantes en frente del otro.

2. Acomete en seguida el sentenciador el examen del acervo probatorio practicado a instancia del demandante.

En esta tarea, refiérese primeramente a los documentos aducidos al proceso con la demanda, para aseverar, con base en ellos, que están suficientemente demostrados los siguientes hechos: la calidad de hija legítima que la demandada tiene en relación con el demandante; la edad de éste superior a los setenta años; y el matrimonio de aquella con Roberto Prieto, quien en el año de 1968 "sólo tuvo una entrada o renta bruta de \$ 1.400.00".

Relacionando luego las pruebas pedidas durante el trámite del proceso, el fallador extracta el contenido de las posiciones abusuetas por la demandada; el de los testimonios rendidos por Alicia Mora de Mayorga, Guillermo Nader y Luis Alberto González; y, finalmente, el del dictamen pericial que sobre el valor del bien objeto de la compraventa impugnada rindieron Juan Romero y Nemesio Barrera.

3. Afirma a continuación el Tribunal, analizando estos medios de prueba, que "tomados en su conjunto, no alcanzan a desvirtuar la presunción que aparece del instrumento público 1629 que contiene el contrato de compraventa celebrado entre Gregorio Ladino Guáqueta (vendedor) y María Inés Ladino de Prieto (compradora) del inmueble alindado y especificado en el instrumento y la demanda, presunción que se refiere al pago del precio pactado".

Apunta el ad quem que según la escritura pública en la cual se plasmó el contrato de compraventa ajustado, el vendedor confesó haber recibido a su satisfacción, de manos de la compradora, los \$ 35.000.00 en que se acordó el precio del inmueble enajenado; y que, "pese a la amplitud de convicción que pueda tener el juez al hacer el examen racional de la prueba, conforme a los principios que animan el actual Código de Procedimiento Civil", para desvirtuar esa declaración es indispensable, "cuando se trata entre partes contratantes, aportar una prueba de igual categoría, de igual convicción y de tal naturaleza, semejante al instrumento público".

4. Estimando el Tribunal que el criterio por él expuesto guarda armonía con la doctrina de la Corte contenida en la sentencia de 23 de agosto de 1972, la cual transcribe, concluye que "cuando el litigio de simulación surge inter partes, el documento público hace plena fe en las declaraciones que contenga y no puede controvertirse si no con otra prueba de igual categoría. O lo que es lo mismo que entre las partes contratantes no hay libertad probatoria si no restringida".

Amparado en este razonamiento, asevera el fallador que como en el presente caso "no se encuentra esa prueba de jerarquía igual o equivalente con virtualidad suficiente para desconocer las declaraciones contenidas en la escritura pública", se impone denegar la pretensión simulatoria deducida en la demanda, porque "no se encuentra justificada con prueba idónea y eficaz".

#### IV

##### La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación el demandante. En la demanda respectiva le formula tres cargos, todos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

##### Primer cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, del artículo 1766 del Código Civil, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas. La censura señala, como violación medio, los artículos 187, 232 y 698 del Código de Procedimiento Civil.

2. Concretando el error de jure que denuncia, dice el censor que en él incurrió el sentenciador al sostener equivocadamente "la existencia de un doble sistema probatorio en punto a simulación", criterio

que lo condujo a desconocer eficacia y a no atribuir por tanto mérito demostrativo a las pruebas practicadas, las cuales relaciona.

Y luego de advertir que los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, los que establecían limitaciones para la prueba testifical, fueron expresamente derogados por el artículo 698 del actual Código de Procedimiento Civil, asevera el recurrente que "si hoy, derogadas las dos normas citadas, se pueden probar con testigos obligaciones cualquiera que sea su cuantía y se admite aun la prueba testimonial para probar obligaciones que han debido constar por escrito, nada impide que la simulación, es decir, la existencia del acto oculto que debe prevalecer sobre el apparente, se pruebe por ese medio de prueba o uno otro cualquiera, sean quienes fueren los litigantes".

Añade la censura que el artículo 232 del actual Código de Procedimiento Civil en nada se opone a dicha libertad probatoria, en primer lugar, porque no se puede colocar "al legislador resucitando lo que él mismo mató"; y en segundo término, "porque una cosa es que no se acepten pruebas distintas de un escrito o confesión del demandado, y otra muy distinta que la falta de escrito se tenga, como realmente lo ordena esa norma, como indicio grave de la inexistencia del respectivo acto".

Continuando con el desenvolvimiento del cargo, dice el impugnador que por no dar aplicación a lo estatuido por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil el Tribunal dio vida "extralegal a un sistema que sigue dejando intacta esa dicotomía entre verdad procesal y verdad real o 'verdad verdadera', que fue precisamente una de las circunstancias que justificaron el cambio en el sistema procesal" ..

3. Concluyendo la formulación del cargo, afirma el impugnante que por no haber acatado las voces de los artículos 232 y 698 del Código de Procedimiento Civil el Tribunal sentenciador, al desconocer eficacia a las pruebas practicadas, negó la simulación y absolió a la demandada; y que al actuar en dicha forma quebrantó con su fallo, por inaplicación, el artículo 1766 del Código Civil.

## V

## Consideraciones de la Corte

1. Según se infiere del extracto que de su sentencia se ha hecho, estimó el Tribunal de Bogotá, y sobre este cardinal juicio edificó su fallo desestimatorio de las súplicas de la demanda, que tratándose aquí de un litigio sobre simulación surgido entre las mismas partes contratantes, todas las pruebas practicadas en el proceso, en ausencia de una que sea "de igual categoría, de igual convicción y de tal naturaleza, semejante al instrumento público", son inidóneas o ineficaces para desvirtuar las estipulaciones consignadas en la escritura en la cual se plasmó la compraventa impugnada.

El error de derecho en que habría incurrido el juzgador ad quem en la apreciación probatoria, lo hace consistir la censura, sustancialmente, en que orientado el Tribunal por el falso criterio de la supervivencia "de un doble sistema probatorio en punto a simulación", llegó a considerar en su sentencia como ineficaces, y por ende a negarles todo valor demostrativo, medios que al amparo de la nueva legislación procesal son admisibles en este tipo de controversias, así ellas se presenten entre partes.

2. Lo ha dicho ya la Corte, y hoy lo reitera, que a pesar de que el Código de Procedimiento Civil que rige en el país desde el 1º de julio de 1971, en punto a valoración de pruebas consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como conservó sin embargo la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los diferentes medios, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente de su panorama.

Y así, en esta clase de yerro puede hoy incurrir el fallador cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fue-

ron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probativo por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.

Por cuanto en ninguna de estas hipótesis se trata de que el sentenciador deje de ver las pruebas que obran en el proceso o suponga las que no existen en él; sino de que en la tarea valorativa de ellas infringe las normas legales que regulan su producción, su conducencia o su eficacia, los errores en que incurre no son de hecho sino de derecho.

3. Ha sostenido la doctrina, y sobre tal aserto edifica la teoría de la simulación de los actos jurídicos, que si el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, nada impide dentro del régimen de la libertad de las convenciones, que los pactos secretos sean eficaces, sin perjuicio de los intereses de terceros pues que la voluntad declarada se subordina a la voluntad real.

Y como la escritura pública es medio por excelencia para pregonar declaraciones jurídicas frente a toda persona, muy frecuentemente acontece que el documento de esta especie se utilice para la simulación, no porque esta forma de declarar la voluntad se haga invulnerable, sino porque en principio exhibe los atributos de plena prueba, y conserva todo su rigor mientras no se presente la demostración contraria. El artículo 1766 del Código Civil, norma que fue reproducida en el 267 del Código de Procedimiento Civil, hoy vigente, establece que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", pero si inter partes, desde luego que no está desconocido el valor de estas contraescrituras privadas.

La técnica probatoria de la acción de simulación, también llamada de prevalencia, consiste en sacar a flote la voluntad privada para que prevalezca sobre la externa que ostenta el acto público, sin per-

juicio, desde luego, de terceras personas. Para la prosperidad de la pretensión es necesario demostrar, entonces, aquella voluntad privada que es la que contiene la verdadera de las partes.

4. Reiteradamente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación que cuando a sabiendas de su falta de sinceridad, los otorgantes hacen declaraciones ostensibles en forma solemne, la fe debida a la escritura pública sólo puede ser desvirtuada entre las mismas partes, con la escritura privada auténtica; la confesión; y, por último, el principio de prueba por escrito, complementado con testigos o indicios.

Esta doctrina encontró fundamento jurídico suficiente en la preceptiva contenida en los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, los que en desarrollo de lo estatuido por la norma 1767 del Código Civil, según la cual bajo su vigencia era inadmisible la prueba de testigos "respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito", a más de limitar la credibilidad del testimonio para probar obligaciones contractuales de menos de quinientos pesos, lo prohibían como medio de prueba, salvo contadas excepciones, para adicionar o alterar "de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos".

Consagraba pues este sistema legal el principio del predominio del documento escrito contra el testimonio oral, así aquél se hubiera otorgado como elemento *ad probationem* y no como requisito *ad substantiam actus*. Consiguientemente, al simulante no se le admitía la prueba testifical, ni la de indicios fundados en ella, para demostrar la voluntad que alteraba, modificaba, adicionaba o destruía la que revelaba el acto externo.

5. Sucedé, empero, que como el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, a cambio del principio de la tarifa legal de pruebas, que en lo referente a la valoración de éstas era el dominante en el estatuto procesal anterior, consagró como regla general el sistema de la persuasión racional,

conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonadamente el mérito de los distintos medios, sin estar sometido a reglas abstractas pre establecidas por el legislador, la teoría de la restricción de la prueba de la simulación inter partes reclama una revisión, puesto que a la sustancial modificación normativa así operada debe sobrevenir el correspondiente cambio de la doctrina jurisprudencial en el punto.

6. En el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, tratándose de contratos solemnes, la prohibición de probarlos con testigos sigue siendo absoluta: en ellos la prueba *ad solemnitatem* no puede suplirse por el testimonio, ni por la confesión, ni por otro medio de prueba.

En efecto, concretamente, en relación con la prohibición de la prueba testifical, establece el artículo 232 de dicho estatuto, que "la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato"; y agrega el artículo 265 de esa codificación, que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público".

Lo cual quiere decir que en el estatuto procedural que hoy rige en el país se conservó la prohibición de la prueba testimonial por razón de la naturaleza solemne del acto jurídico, puesto que en él es la ley la que exige un medio de prueba solemne, sin cuya observancia el acto no nace a la vida del derecho.

Sin embargo, y por tratarse en tales supuestos de circunstancias que ordinariamente no constan por escrito, el testimonio es hoy idóneo, como también lo fue antes, para probar ciertos hechos relacionados con el contrato solemne, como ocurre con los vicios del consentimiento que pueden haber existido en el contrato, o con la ilicitud de su causa o de su objeto, o con la falsedad del contrato solemne.

7. Mas, como el artículo 187 del actual Código de Procedimiento Civil establece que "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades".

dades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos", es forzoso aceptar que con la adopción del sistema de la persuasión racional, desaparecieron las restricciones que a la conductencia de la prueba testimonial establecía la legislación anterior, en lo referente al valor de la obligación por probar y a las posteriores reforma o adición de documentos; conservándose únicamente para los eventos en que la ley exija prueba ad solemnitatem, pues en éstos el escrito se requiere como elemento de la esencia del acto y no como elemento ad probationem.

Además, como mediante el artículo 698 del Código citado quedaron expresamente derogados los textos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, que consagraban limitaciones a la prueba testimonial por razón del valor de la obligación o para acreditar condiciones o cláusulas que en el documento no aparecían, es errado continuar hoy predicando la ineficacia de los testimonios para probar contra lo dicho en documentos públicos y privados.

8. Fluye de lo anterior la consecuencia de que, cuando a pesar de expresarse en el documento la causa del acto o contrato, una de las partes alega que ésta no existe o que es otra, en lo cual se concreta la acción de simulación, puede acudir a la prueba de testigos, o a la de indicios fundada en aquéllos, y en forma general a todos los medios que le permitan llevar al convencimiento del juzgador la verdadera y real voluntad de los contratantes, para que éste le haga prevalecer sobre la externa que ostenta el acto público. Al simulante se le deben admitir las pruebas de testigos y de indicios, pues de no ser así, de tener él que exhibir únicamente la contraescritura, o la confesión, o el principio de prueba emanado de la otra parte, se le colocaría dentro de la regla consistente en lo que el escrito prevalece sobre el testimonio oral, la que, como ha quedado visto, a la luz de la nueva ley probatoria ha perdido en principio su vigencia.

9. Por las razones que adelante se expresan, considera la Sala que en nada se opone a la anterior conclusión la preceptiva contenida en la segunda parte del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, según la cual "cuando se trate de probar

obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión".

Sea lo primero hacer notar que esta norma no excluye, explícita ni implícitamente, la prueba testimonial o de indicios basados en testimonios, para enervar o desvirtuar la voluntad expresada en el documento público o privado que sí se otorgó; y siendo esto así no es posible, sin atribuir al texto un alcance que no tiene, pretender encontrar en él una restricción a la prueba testimonial que el legislador de 1970, lejos de haber establecido, hizo desaparecer, como se deduce de la derogatoria expresa de los artículos 1767 del Código Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887; y, además, de la consagración del principio de la persuasión racional en punto a la valoración de pruebas.

El referido precepto se limita a establecer un indicio grave de la inexistencia del contrato cuando falta el documento o un principio de prueba por escrito, salvo que las circunstancias hayan impedido obtenerlo, o que el valor del acto o la calidad de las partes justifiquen su omisión: pero este indicio de inexistencia, como indicio que es, es susceptible de prueba en contrario, la que puede surgir de los testimonios puesto que el texto legal no los rechaza. Por consiguiente, si al analizar la prueba testimonial a la luz de la sana crítica el juez la encuentra con mayor fuerza probatoria que aquel indicio grave, nada le impide llegar a la conclusión de que muy a pesar de la falta de documento el contrato sí existe realmente.

10. Y si, como lo ha sostenido últimamente la doctrina de la Corte (sentencias de 16 de mayo y 30 de agosto de 1968, aún no publicadas, y 21 de mayo de 1969, G. J. T. CXXX, 142), en el fenómeno simulatorio no existe sino un solo y único acto, resultante de una misma voluntad expresada en parte con fines de mera apariencia, y en parte con fines efectivos (concepción

unitaria o monista); y no dos actos jurídicos distintos, uno ostensible y otro oculto, destinado el segundo a alterar el primero (concepción dualista), resultaría inaplicable el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil a los casos de simulación en que, como aquí ocurre, existe un documento escrito, puesto que en tal evento no busca el demandante demostrar la existencia de una convención jurídica no plasmada por escrito, sino acreditar que la causa real del pacto es distinta de la que reza el instrumento; y, por consiguiente, que su voluntad real debe prevalecer sobre el simple tenor de la declaración aparente.

11. Dedúcese de todo lo dicho que el Tribunal, al desconocerles en su sentencia eficacia a todas las pruebas practicadas para demostrar la simulación alegada por una de las partes para el contrato contenido en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969; y al omitir por consiguiente la valoración de ellas, afirmando que pese a la amplitud que para obtener el convencimiento se da al juez en el actual Código de Procedimiento Civil, ya vigente cuando en este proceso se profirieron las sentencias de primera y de segunda instancia, violó las disposiciones que en dicho estatuto regulan la conductancia de la prueba, quebrantando indirectamente por esta causa, por falta de aplicación, el artículo 1766 del Código Civil.

De lo cual se sigue que por ser fundado el cargo que aquí se formula contra el falso impugnado, éste debe ser casado, y que, consiguientemente, la Corte debe proferir el que deba reemplazarlo.

## VII

### Sentencia sustitutiva

1. Para acreditar la simulación de la compraventa contenida en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969, alegada en la demanda incoativa del proceso, la parte demandante dedujo los siguientes dos medios de prueba: indicios y testimonios, cuya valoración pasa a hacer la Corte.

a) Obran en el proceso, debidamente probados en sus hechos indicadores, los siguientes indicios que por ser graves, concordantes y convergentes conducen a de-

mostrar, apreciados en conjunto y en relación con la prueba testifical que adelante se analizará, la certeza de que la voluntad declarada por las partes al través de la escritura número 1629 es apenas aparente y que sólo la expresaron para encubrir una donación, que fue el acto que ellas realmente quisieron celebrar.

### 1º El parentesco entre los contratantes

Aducidas al proceso por el demandante, obran en él legalmente producidas las copias de las siguientes actas de estado civil: a) La del matrimonio que por los ritos de la Religión Católica contrajo el 2 de enero de 1928 Gregorio Ladino con Lucía Cubillos, expedida por el Cura Párroco de Santa Bárbara de Bogotá; y b) La del nacimiento de María Inés Ladino Cubillos, de Prieto después de su matrimonio, ocurrido aquél el 30 de julio de 1935, copia expedida por el Cura Párroco de Las Cruces de esta misma ciudad, en donde consta que ésta es hija del matrimonio Ladino-Cubillos.

Acreditan suficientemente estos documentos que entre el vendedor Ladino Guáqueta y la compradora señora Ladino de Prieto existe primer grado de consanguinidad, puesto que aquél es el padre legítimo de ésta, vinculación materno-filial de la cual se infiere el indicio, que si bien contingente no fue sin embargo infirmado, de que el negocio jurídico contenido en la precitada escritura número 1629 de 18 de abril de 1969 no corresponde a la voluntad verdadera de los contratantes.

### 2º La falta de medios económicos de la adquirente

Al absolver el interrogatorio que durante la primera instancia del proceso a ella sometió su demandante, confesó la demandada que "jamás ha declarado renta y patrimonio"; que "jamás ha tenido cuenta corriente en ningún banco"; que "jamás ha tenido cuenta de ahorros en ninguna institución"; que "jamás se ha ganado la lotería, cinco y seis o concurso semejante"; y que antes del 19 de abril de 1969 no era "propietaria de bienes inmuebles".

Por su parte Roberto Prieto, quien por la época en que se celebró el contrato aquí

impugnado en sus efectos era el esposo de la compradora, con quien contrajo matrimonio el 3 de mayo de 1956 como lo acredita la respectiva acta expedida por el Notario Sexto del Círculo de Bogotá, según lo dice su correspondiente declaración de renta, carecía de activo patrimonial en 31 de diciembre de 1968; durante dicho año apenas sí obtuvo una renta bruta que ascendió a la suma de \$ 1.400.00; su cónyuge no tenía bienes o rentas y por tanto económicamente dependía de él para los efectos fiscales.

Demostrados pues fehacientemente estos hechos, cabe aceptar que ni la compradora separadamente, ni el matrimonio Prieto-Ladino, tenían en los primeros meses del año 1969 capacidad económica para adquirir por compra un inmueble al que se le dio el precio de \$ 35.000.00, que se dijo haberse pagado de contado. Esta incapacidad económica de la adquirente constituye otro indicio más que tiende a demostrar la simulación de la compraventa.

**3º El bajo precio de la enajenación, comparado con el valor catastral y comercial del bien**

Conforme al certificado de la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá, expedido en abril de 1969 y transcrita en la escritura contentiva del pacto aquí impugnado, el bien que se dijo enajenar a título de venta tenía entonces un avalúo catastral de \$ 48.300.00. Y según el dictamen concorde, razonado y explicado de los peritos Juan Romero y Nemesio Barrera, ese predio tenía en esa fecha un valor comercial de \$ 79.200.00.

Si, pues, el precio de \$ 35.000.00 que en la escritura se estipuló para el inmueble, es algo menos de la mitad del que comercialmente a él correspondía, e inferior también al mismo avalúo catastral, esta circunstancia, no refutada por la demandada a través de todo el proceso, también conduce a demostrar la simulación invocada, pues no es normal que las personas vendan sus cosas a menosprecio.

**4º Permanencia del enajenante en posesión del bien**

Al contestar el hecho 18 afirmado en la demanda, la demandada, por conducto de

su apoderado, paladinamente aceptó ser cierto que la compraventa, en cuanto dice a la obligación de entrega de la cosa por el vendedor al comprador, no se ejecutó entonces ni lo ha sido después.

Y si a términos del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, la confesión por apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, "que se presume para la demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones", se impone afirmar que, no obstante haberse expresado en la escritura la inmediata entrega por el vendedor a la compradora del bien que se dijo enajenar, aquél continúa hoy, en posesión de la finca, la que destina para su habitación personal y para la de algunos miembros de su familia.

La falta de ejecución del contrato y la carencia absoluta de actividad de la demandada para obtener la entrega de lo adquirido por ella, son circunstancias que, por no corresponder a la conducta ordinariamente observada por los contratantes en el caso de la compraventa, estructuran un indicio más de que la voluntad de las partes consignada en la precitada escritura no es real sino apenas aparente.

**5º La inactividad probatoria de la demandada**

De toda la actuación se desprende que la demandada guardó, en la etapa probatoria del proceso, absoluta pasividad, conducta que también conduce a demostrar la simulación del negocio, desde luego que no corresponde a la prudencia y diligencia que son normales en el demandado en acción de prevalencia no tomar actividad tendiente a justificar la realidad del acto jurídico impugnado, ni de dónde sacó el dinero para satisfacer el pago del precio del bien que expresó adquirir.

**b) Prueba testimonial**

El testigo Luis Alberto González, empleado de la Notaría Décima en la cual se otorgó el citado instrumento público, luego de expresar que conoce a los contratantes y que fue él quien, por orden del vendedor, elaboró la minuta de la referida escritura, dice en su exposición jurada que

Gregorio Ladino, encontrándose en la oficina del deponente, "me contó que quería otorgar testamento o hacer una donación sobre un inmueble de su propiedad o sea, del que se refiere la escritura, y después pedí algunas explicaciones de por qué quería hacer la donación, que era el de evitar impuestos, le aconsejé que hiciera una escritura de compraventa ya que el testamento no evitaba el juicio de sucesión, el cual costaba algún dinero y que no era conveniente para lo que él quería evitar y que para otorgar la escritura de donación, por tratarse de mayor cuantía, tendría que conseguir la licencia judicial y que para evitar uno y otro lo más conveniente era que le hiciera escritura de compraventa a uno de sus hijos, o a una persona de su entera confianza y escogió para el efecto a su hija la señora que figura como compradora del inmueble en disputa".

Agrega el declarante que inmediatamente Gregorio Ladino "me ordenó proceder a la elaboración de la escritura y la cual se firmó y legalizó. Recuerdo, —dice el testigo— que al firmar la escritura le advertí a la compradora que el instrumento que se estaba firmando, era lo que comúnmente se llama escritura de confianza, aun cuando para la ley no había la confianza, que por lo tanto ella debería tener en cuenta esa condición y respetar la propiedad que su padre le confiaba". Y expresó finalmente el declarante que "en ningún momento hubo entrega de dinero por parte de la compradora y por el contrario fue el vendedor quien hizo los gastos de escritura así como los de la minuta respectiva".

Todas estas afirmaciones, hechas en forma razonada, precisa y completa por persona hábil legalmente para testimoniar, tan vinculada por su profesión a la oficina pública en donde se otorgó la escritura y en quien no concurre ninguna circunstancia que afecte la credibilidad debida a sus asertos, contribuye a formar el convencimiento de la Corte de que el negocio jurídico objeto de esta controversia es ciertamente simulado.

Y como no existe en la legislación probatoria actual, como sí ocurría en la anterior, norma que consagre la ineficacia para el testimonio único, no es dable hoy excluirse total o parcialmente el mérito de-

mostrativo de la declaración que se considera, ya que, por otra parte, dicha prueba fue pedida en tiempo y decretada con conocimiento de la parte contra la cual se opone, quien por tanto tuvo oportunidad de fiscalizar su producción.

2. Con fundamento en los medios de prueba analizados, la Corte encuentra suficientemente acreditado que el negocio jurídico consignado en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969, otorgada en la Notaría Décima de Bogotá, es inexistente como compraventa, porque no hubo precio ni las partes tuvieron intención de vender y de comprar; y que esa declaración aparente estuvo destinada a ocultar un acto de donación, que fue el que realmente quisieron y consintieron los contratantes.

Se está, pues, en presencia de un caso de simulación relativa, en la que el negocio ajustado por las partes no corresponde a la declaración por ellas manifestada públicamente. Y como el objetivo inmediato de la acción de simulación es el reconocimiento de una realidad jurídica, las dos primeras súplicas de la demanda deben acogerse, pues con ellas se busca producir un estado de certidumbre respecto de una situación contractual equívoca al menos exteriormente.

3. Ha dicho la doctrina que la validez del acto jurídico oculto en la simulación, que es el que está llamado a regir efectivamente las relaciones que el negocio crea entre sus otorgantes, está subordinado a que en su celebración se observen todos los requisitos, tanto de fondo como de forma, legalmente necesarios para su eficacia jurídica.

Bien es verdad que en nuestro derecho positivo (Art. 1524 C. C.) la pura liberalidad o beneficencia es en principio causa suficiente de obligación; pero también lo es que cuando excede de dos mil pesos no tiene autonomía plena, puesto que en tal evento la donación requiere para su validez, en lo que excede de dicho valor, de la insinuación judicial, según lo prescribe el artículo 1458 del Código Civil. Como lo ha dicho la Corte interretando la razón de ser de esta disposición, intereses de orden superior reclamaván la intervención del juez, a fin de que en la donación no se contravenga ninguna disposición legal y, fundamentalmente, para que haya correspon-

dencia y proporción entre lo donado y las facultades económicas del donante, quien como es natural debe conservar los medios indispensables para su subsistencia posterior.

Y si, como lo establece el artículo 1740 del Código Civil, es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, debe seguirse que la donación, que fue el negocio realmente querido y ajustado por los litigantes en la precitada escritura número 1629, en cuanto excede el valor de dos mil pesos, es nula por haberse omitido el requisito de la insinuación, y así habrá de declararlo la Corte.

4. Por cuanto la ley expresamente dispone que la donación entre vivos que no se insinuare, "sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso" (Art. 1458 C. C.), debe seguirse que cuando, como ocurre en el caso sub judice, se ha donado sin insinuación un bien raíz que valga más de la referida cantidad, el donatario conservará un derecho proindiviso en la finca, equivalente a aquella suma.

De conformidad con lo enunciado anteriormente, la donación que encubrió la compraventa contenida en la escritura número 1629 de 18 de abril de 1969 de la Notaría 10<sup>a</sup> de Bogotá, es válida hasta la suma de dos mil pesos. De consiguiente, María Inés Ladino de Prieto conservará un derecho proindiviso equivalente a dicha suma en el inmueble determinado en esa escritura, en relación con el valor de \$ 79.200,00, que fue el dado al bien en dictamen pericial legalmente producido.

5. Como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, al contestar la demanda la demandada propuso las excepciones que denominó "inexistencia de la pretendida simulación" e "inexistencia de la pretendida donación".

Mas, la sola denominación que la demandada dio a los medios defensivos que alega, es de suyo suficiente para advertir que los hechos en que los funda no constituyen excepciones de fondo, las que tienen por finalidad propia desconocer la existencia de la obligación que se pretende hacer efectiva en el proceso. Si el demandante no es titular del derecho que

reclama o su pretensión es infundada, se impone como consecuencia obvia y natural la absolución del demandado, sin que ello entrañe el acogimiento de una excepción jurídicamente inexistente.

6. De lo expuesto en este capítulo se sigue que la sentencia de primera instancia debe ser revocada para, en su lugar, acoger las súplicas formuladas por el demandante en su demanda.

Se debe además condenar a la demandada a pagar las costas de las dos instancias del proceso, en obedecimiento a lo preceptuado por el numeral 4 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

## VII

### Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y actuando como Tribunal de instancia,

### Resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de trece (13) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este mismo proceso por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

Tercero. Declárase simulado el contrato contenido en la escritura pública número 1629 de 18 de abril de 1969, otorgada en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, por la cual Gregorio Ladino Guáqueta dice vender a su hija María Inés Ladino de Prieto, y ésta comprar a aquél, el inmueble número 39-42 Sur de la carrera 25 de esta ciudad de Bogotá, comprendido dentro de los alindamientos consignados en la primera parte de esta providencia.

Cuarto. Declárase que el vínculo jurídico que liga a dichos contratantes es el de una donación entre vivos, hecha por Gregorio Ladino Guáqueta a su hija legítima María Inés Ladino de Prieto.

Quinto. Declarase que esta donación es válida en cuanto a la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00), y nula en el exceso de dicho valor, por falta de insinuación.

Sexto. Comuníquese al Notario Décimo del Círculo de Bogotá la parte resolutiva de la presente sentencia, para que se sirva anotarla al margen de la matriz de la escritura número mil seiscientos veintinueve (1629), del diez y ocho (18) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

Séptimo. Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá.

Octavo. Deniégase el decreto de cancelación del registro de la precitada escritura

número 1629 de 18 de abril de 1969, solicitado en la demanda.

Noveno. Condénase a la demandada al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso, y

Décimo. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópíese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, Humberto Murcia Ballén, Alberto Ospina Botero, Alfonso Pérez Ocampo.*

*Alfonso Guarín Ariza, Secretario.*