

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996)

Referencia: Expediente No. 4280

Decídese el recurso de casación interpuesto por la demandante ROSALBA CANO DE KOEHLER, quien obra en nombre propio y en representación del menor MARCEL ANDRES KOEHLER, contra la sentencia del 28 de octubre de 1992 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en este proceso ORDINARIO que promovieron los recurrentes frente a Daniel Hernán Murcia Pulido, Andreas Koehler, y la Sociedad “Andreas Koehler & Cía Ltda” y Ankoehler & Cía Ltda.

ANTECEDENTES

I. Mediante libelo que por repartimiento correspondió al Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá, ROSALBA CANO DE KOEHLER, en su propio nombre y en representación de su menor hijo MARCEL ANDRES KOEHLER CANO, demandó a

HERNAN MURCIA PULIDO y a ANDREAS KOEHLER en nombre propio y en calidad de gerente y por tanto representante de la sociedad ANDREAS KOEHLER Y COMPAÑIA LIMITADA-ANKOEHLER y COMPAÑIA LIMITADA, para que previos los trámites de un proceso ORDINARIO de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. El contrato de compraventa celebrado entre ROSALBA CANO DE KOEHLER, como vendedora y el demandado DANIEL HERNAN MURCIA PULIDO como comprador, contenido en la escritura pública No. 919 del 13 de febrero de 1989 de la Notaría 5a. de Bogotá, es relativamente simulado, y que el contrato verdaderamente querido por las partes fue un mandato oculto en virtud del cual el aparente comprador debía traspasar posteriormente la propiedad de tal inmueble a una sociedad de familia que debía constituirse entre la demandante, su menor hijo Marcel Andrés Koehler Cano y el demandado Andreas Koehler.

Segunda. Como consecuencia, se declare que la propiedad sobre el inmueble "Piedras Blancas", no ha salido nunca de la propiedad de su dueña Rosalba Cano de Koehler.

Tercera. El demandado Hernán Murcia Pulido incumplió de mala fé y en connivencia con el demandado Andreas Koehler la obligación de gestionar la constitución de una sociedad entre Andreas Koehler, Rosalba Cano de Koehler y Andrés Koehler Cano y la obligación de trasladar a dicha sociedad la aparente propiedad sobre la finca Piedras Blancas.

Tercera. (sic). El contrato de compraventa contenido en la escritura número 3784 del 17 de mayo de 1989 de la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, es absolutamente simulado, por cuanto no hubo ánimo de compravender, ni precio, sino apenas la apariencia de un contrato con el cual culminó la maniobra dolosa en virtud de la cual se sustrajo al patrimonio de la demandante y su menor hijo la finca Piedras Blancas.

Cuarta. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad ANDREAS KOEHLER Y COMPAÑIA LTDA., a restituir a la demandante la finca Piedras Blancas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Quinta. Declarar que los demandados obraron con dolo y por tanto son poseedores de mala fé.

Sexta. Se condene a los demandados en forma solidaria a restituir a los demandantes los frutos que haya producido o podido producir el inmueble Piedras Blancas, desde cuando tomaron posesión del mismo hasta cuando lo restituyan a su legítima dueña.

Séptima. Se condene a los demandados a pagar los perjuicios morales y materiales que hayan causado a los demandantes con los actos dolosamente simulados.

Octava. Declarar que la demandante tiene derecho a compensar la suma que se liquide a su favor en este proceso, por concepto de costas, frutos y perjuicios con la suma de \$15'000.000.00

que recibió de Andreas Koehler como contraprestación para que el inmueble Piedras Blancas quedara de propiedad de la sociedad de familia que se ha debido constituir y no se constituyó.

Novena. Se condene a los demandados en las costas del proceso.

II. Las súplicas referidas se hicieron descansar en los hechos que a continuación se indican:

1. Rosalba Cano de Koehler era dueña y poseedora del predio rural "Piedras Blancas", comprendido dentro de la indicación especial que la demanda consigna.

2. El inmueble, además de una extensa área rural, cuenta con construcciones y edificaciones apropiadas para la explotación de la industria turística.

3. La demandante y Andreas Koehler habían contraído matrimonio civil el 17 de diciembre de 1982 en la ciudad de Nürtingen, República Federal de Alemania.

4. Dentro del matrimonio hubo un hijo de nombre Marcel Andrés, nacido el 14 de enero de 1984 en Nürtingen, República de Alemania Federal.

5. La demandante y su esposo Andreas Koehler convinieron constituir una sociedad comercial en comandita simple en

la cual ellos, como aportantes del capital, tendrían la calidad de socios gestores o colectivos, junto con su menor hijo Marcel Andrés, quien tendría la calidad de socio comanditario.

6. El objeto de la sociedad sería el de la explotación en general de la industria turística y hotelera, para lo cual el inmueble adquirido por la demandante resultaba adecuado, por cuyo motivo se convino en aportarlo a la futura sociedad, a cuyo fin se hizo la operación o maniobra de que dan cuenta los hechos posteriores.

7. Daniel Hernán Murcia Pulido, con bastante anterioridad a los hechos que se vienen relatando, era y todavía es, el asesor legal de Andreas Koehler, relación profesional a la cual también vinculan una estrecha amistad y un alto grado de confianza mutua. Por esta circunstancia Koehler encargó al abogado Murcia la gestión de lo relacionado con la constitución de la proyectada sociedad y el aporte a la misma del inmueble relacionado en el hecho primero de la demanda.

8. Las características de las relaciones entre su esposo y el asesor legal, indujeron a la demandante a depositar en el citado abogado una franca confianza, en grado tal que no dudó en utilizar también sus servicios para el adelantamiento de sus negocios particulares.

9. Como se explicó, la señora de Koehler y su esposo habían decidido constituir una sociedad comercial. De consiguiente, para esa gestión legal nadie resultaba más adecuado que

el abogado Murcia. Enterado éste de la voluntad de los cónyuges y de las estipulaciones que deberían regir la sociedad, redactó la respectiva minuta, en la cual figuraban como socios el demandado Koehler en un cincuenta por ciento (50%), la demandante con un veinticinco por ciento (25%) y el hijo común en un veinticinco por ciento (25%).

10. Mediante carta del 1o. de febrero de 1989 el Dr. Murcia remitió a la demandante el proyecto de minuta de constitución de la sociedad, la cual giraría bajo la razón social de Andreas Koehler, Rosalba Cano de Koehler, Marcel Koehler y Cía. Anroma y Cía S. En C.

11. Conforme a la minuta, los socios serían la demandante, su esposo y el hijo común. Su objeto social iba a ser la explotación de los negocios hoteleros y turísticos en general, y el capital social ascendería a la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000.00), de los cuales diez millones (\$10'000.000.00) serían el aporte a capital de la demandante y otro tanto del hijo común.

12. Demandante y esposo desde un principio habían convenido que el inmueble de su propiedad, relacionado en el hecho primero de la demanda, sería su aporte a la sociedad, el cual se efectuaría una vez hechas las liquidaciones y compensaciones pertinentes, lo cual implicaba un desembolso del marido a su mujer.

13. Recibida la minuta por la demandante, y cuando ella se encontraba estudiándola, el abogado Murcia le planteó que por razones legales y con la finalidad de acelerar los términos de constitución de la sociedad, habían decidido con Andreas Koehler que

para agilizar el procedimiento a seguir ella debía "vender" la finca de su propiedad al abogado Murcia, luego se constituiría la sociedad en los términos que ya ella conocía y aceptaba y, finalmente, estando vigente la sociedad, MURCIA procedería a hacerle transferencia a ésta del inmueble.

14. Con este procedimiento, ello fue lo que se le dijo a la demandante, sus intereses y los de su hijo quedaban plenamente asegurados, habida consideración de que el cuantioso patrimonio que representaba el inmueble haría parte del haber de la sociedad, de la cual a su vez, ellos serían socios en proporción significativa.

15. La demandante, que no es abogada y por lo tanto no tenía la capacidad de sopesar la certeza de los argumentos que le presentaban el abogado Murcia y su esposo Andreas, y además, como guardaba ilimitada confianza en éste, aceptó realizar las transacciones con el procedimiento que le presentaban su esposo y el abogado demandado.

16. En efecto, mediante la escritura pública No. 919 del 13 de febrero de 1989, corrida en la Notaría 5a. de Bogotá, la demandante vendió al abogado Daniel Hernán Murcia Pulido, por la supuesta cantidad de cuarenta millones de pesos (\$40'000.000.00) el inmueble identificado en el hecho primero de la demanda.

17. Empero, esta venta fue simulada, ya que no hubo por parte de la supuesta vendedora ánimo de vender, ni por la

compradora intención de comprar, ni el precio pactado en la escritura era cierto, ni se pagó.

18. Tampoco hubo entrega real y material del inmueble, lo que apareja la consecuencia de que el supuesto comprador jamás fue poseedor del inmueble, pues la posesión por el carácter ilusivo de la transacción, siempre continuó en cabeza de la demandante, hasta mediados de mayo de 1989, cuando se rompieron las relaciones entre marido y mujer, a consecuencia de lo cual la demandante entonces vino a perder la posesión del inmueble.

19. Tampoco existió precio. La suma que aparece en la escritura jamás fue pagada por el comprador ni recibida por la vendedora, circunstancia que señala inequívocamente la intención que siempre acompañó a las partes en la celebración de la compraventa.

20. En relación con la transacción se hace la siguiente aclaración: toda vez que el convenio alcanzado entre la demandante y su esposo Andreas, acerca de la constitución de la sociedad en comandita, consistía en que aquélla aportaría la finca y éste dinero, los dos cónyuges liquidaron internamente sus aportaciones, resultando a favor de Rosalba Cano de Koehler un saldo de quince millones de pesos (\$15'000.000.00) que su esposo debía pagarle y evidentemente le pagó.

21. No cabe duda sobre el carácter simulado que tuvo la negociación. Y menos la habrá cuando se observe el desarrollo que tuvieron los hechos con posterioridad a la venta que la demandante le hizo al abogado Murcia Pulido.

22. La venta simulada se perfeccionó por cuanto a la demandante se la convenció de que ese era el procedimiento adecuado para la futura constitución de la sociedad. Por tanto, la demandante esperaba que Murcia su abogado, honrara su palabra y, consecuentemente, una vez se constituyera la sociedad de la cual él mismo había elaborado la minuta contentiva de sus estipulaciones, transfiriera a la nueva sociedad el inmueble que ella en una escritura de confianza le "había vendido", tal y como estaba previamente convenido.

23. Empero, las cosas no se desarrollaron como estaba previsto. El abogado Daniel Hernán Murcia Pulido, siendo inferior a sus deberes profesionales y traicionando los intereses que en un gesto de confianza la demandante le había entregado, no cumplió sus prestaciones de mandatario. En efecto, en evidente componenda con su otro cliente, señor Andreas Koehler, decidió no tramitar la constitución de la sociedad de familia a que estaba comprometido y cuya gestión había iniciado con la elaboración de la minuta que le envió a la demandante, y, por el contrario, optó por constituir una distinta, en la cual él, el abogado Murcia y Andreas Koehler, el esposo de la demandante, adquirieron la calidad de socios.

24. Fue así como por escritura 2885 del 14 de abril de 1989 entre Andreas Koehler y Daniel Hernán Murcia Pulido se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada, la cual giraba bajo la razón social Andreas Koehler y Compañía Limitada, cuya sigla será ANKOEHLER Y COMPAÑIA LIMITADA, cuyos únicos socios fueron los citados, con un capital de cuarenta millones de pesos

(\$40'000.000.00) que según la escritura fue suscrito y pagado en la siguiente proporción: Koehler \$38'000.000.00 y Murcia \$2'000.000.00. Esta sociedad tiene el mismo capital de la inicialmente proyectada y de que da cuenta la minuta elaborada por el abogado Murcia, a la cual se refieren los hechos quinto o duodécimo de la presente demanda y el mismo objeto social.

25. La sociedad que formaron Murcia y Koehler no tuvo fin distinto de sustraer del patrimonio de la demandante y de su hijo el bien inmueble referenciado en el hecho 1o. de la demanda. En efecto, el 17 de mayo de 1989, inmediatamente después de que se legalizó la inscripción de la sociedad en la Cámara de Comercio, Murcia procedió a vender a la sociedad que él constituyó con Koehler el inmueble que ilusivamente le había vendido la demandante con el preciso encargo de traspasarlo a una sociedad muy distinta de la que en últimas se creó. La venta en cuestión se efectuó por la escritura pública número 3784 del 17 de mayo de 1989 de la Notaría 5a. de Bogotá.

26. La venta relacionada en el hecho inmediatamente anterior es absolutamente simulada, pues ni Murcia el vendedor, era el dueño como lo afirma, sino un simple testaferro para transferir esa propiedad a una sociedad muy distinta, ni hubo precio, ni hubo ánimo de vender, ni de comprar. Simplemente hubo la voluntad de hurtarle sus bienes a la demandante y a su menor hijo, en una conducta de tremenda gravedad que compromete al abogado gestor de las maniobras y al extranjero beneficiario de las mismas. Porque la finca de su esposa, que iba a ser propiedad de una sociedad en la cual el esposo tendría el cincuenta por ciento (50%) y la

demandante y su hijo el otro cincuenta por ciento (50%), pasó a serlo de otra sociedad, en la cual los socios ya no eran su esposa y su hijo, sino su abogado.

27. Consumada la hábil maniobra que se inicia con el engaño de querer constituir una sociedad de familia, a la cual se prestó el abogado confeccionando la correspondiente minuta, que siguió con el traspaso de la finca al abogado, que continuó con la constitución de una sociedad muy otra de la inicialmente pactada y finalizó con el traspaso de la finca a esa sociedad, el demandado a mediados de mayo de 1989 rompió abruptamente el lazo matrimonial que lo unía a Rosalba Cano, la demandante.

28. Consumada la maniobra conducente a despojar de su propiedad a la demandante y a su hijo y roto de facto el vínculo matrimonial, el demandado Koehler como gerente de la sociedad que devino dueña del inmueble, tomó por la fuerza y el engaño la posesión de la finca que hasta entonces había tenido la demandante.

29. La sociedad demandada es la actual poseedora, de mala fé, desde el 20 de mayo de 1989, del inmueble relacionado en el hecho primero de la demanda.

III. Admitida la demanda por providencia del 26 de marzo de 1990 se ordenó correrla en traslado a los demandados

Daniel Hernán Murcia Pulido, Andreas Koehler y la sociedad Andreas Koehler y Cía Ltda., quienes asumieron esta posición procesal:

El primero de los citados replicó la demanda, negándole el derecho que le asiste a la parte demandante para el ejercicio de la pretensión que reclama. Respecto de los hechos manifestó que eran ciertos el noveno, décimo sexto y vigésimo cuarto (con su aclaración) y el décimo y décimo primero. En relación con los restantes manifestó que unos eran ciertos y otros no le constaban. Propuso las que llamó excepciones de mérito realidad de los contratos celebrados entre Rosalba Cano Orozco y Daniel Hernán Murcia Pulido y entre éste y la sociedad Andreas Koehler y Cía Ltda - Ankoehler y Cia Ltda, carencia de fundamento legal de la demanda, carencia absoluta del derecho por parte de la demandante, temeridad o mala fe, falta de capacidad para ser parte de los demandados y la genérica.

El segundo expresó su total oposición a las pretensiones. En cuanto a los hechos admite el séptimo, noveno y vigésimo cuarto (con la precisión que en ellos se indica), el tercero, cuarto y once y negó los demás. Como excepciones de mérito invocó las que llamó realidad de los contratos celebrados entre Rosalba Cano Orozco y Daniel Hernán Murcia Pulido y entre éste y la Sociedad Andreas Koehler y Cía Ltda., Ankoehler y Cía Ltda, carencia de fundamento legal de la demanda, carencia absoluta del derecho por parte de la demandante, temeridad o mala fe, falta de legitimación en la causa de los demandados, falta de legitimación en la causa de los demandantes, falta de capacidad para ser parte dentro del presente proceso de los demandantes, y la genérica.

La Sociedad Andreas Koehler & Cía Ltda. "Ankoehler y Cía Ltda", por medio de su representante legal dijo oponerse a las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el séptimo, noveno, décimo sexto y vigésimo cuarto, con la aclaración que en ellos se señala, el tercero, cuarto y décimo primero. En relación con los restantes expresó que parte de ellos no eran ciertos y otros no le constaban. Como defensas exceptivas formuló las que denominó realidad de los contratos celebrados entre Rosalba Cano Orozco y Daniel Hernán Murcia Pulido y entre éste y la sociedad Andreas Koehler y Cia. Ltda - Ankoehler y Cia. Ltda, carencia de fundamento legal de la demanda, carencia absoluta del derecho por parte de la demandante, temeridad o mala fe, falta de legitimación en la causa de los demandados, falta de legitimación en la causa de los demandantes, falta de capacidad para ser parte dentro del presente proceso de los demandantes y la genérica.

IV. Replicada la demanda en los términos que se dejan consignados, se dió cumplimiento al artículo 101 del C. de P.C., sin que en la audiencia respectiva se hubiese llegado a un acuerdo conciliatorio en torno a las pretensiones que hoy son objeto de controversia.

Sin embargo, de su contenido consta que la parte demandada aceptó expresamente la existencia de varios hechos de la demanda. Conforme a su texto se tiene: *"En relación con el Dr. Hernán Murcia Pulido (dice el apoderado de la parte demandada) admitió como ciertos el hecho noveno, el hecho décimo, el hecho*

undécimo y el hecho veinticuatro, en cuanto Hernán Murcia y Andreas Koehler constituyeron una sociedad comercial, en cuanto que esa sociedad sea la misma a que se refiere la demandante en la demanda, este hecho deberá probarse. En relación con la sociedad Andreas Koehler y Cía., admito como ciertos los hechos tercero, cuarto, séptimo, noveno con la aclaración que se efectúa al contestar la demanda, undécimo, dieciséis, con la aclaración de que el precio pagado fue real y no aparente como se afirma en la demanda y veinticuatro con la aclaración de que la sociedad a que se refiere este hecho no es la misma a que se refiere la demandante en la demanda. En relación con el demandado Andreas Koehler, persona natural, admite como ciertos los hechos tercero, cuarto, séptimo con su aclaración, acerca de que Andreas Koehler fue quien encargó a Hernán Murcia la constitución de una sociedad, noveno con la aclaración de que la demandante jamás expresó la voluntad de constituir la sociedad, once, dieciséis con la aclaración de que el precio que se pagó fue real y no aparente como se afirma en la demanda, y veinticuatro con la aclaración de que la sociedad que constituyeron Andreas Koehler y Hernán Murcia no es la misma a que se refiere la demandante en su demanda...".

V. Tramitado el proceso se puso fin a la primera instancia por sentencia del 14 de noviembre de 1991 mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. DECLARAR probada la excepción denominada 'REALIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE ROSALBA CANO OROZCO Y DANIEL HERNAN MURCIA

PULIDO Y ENTRE ESTE Y LA SOCIEDAD ANDREAS KOEHLER Y CIA. LTDA. ANKOEHLER Y CIA LTDA'.

"SEGUNDO. DECLARAR que hay 'CARENCIA ABSOLUTA DE LA LEGITIMACION EN LA CAUSA', respecto de los demandantes señores ROSALBA CANO OROZCO y del menor MARCEL ANDRES KOEHLER CANO, frente a la demanda formulada por éstos en contra de ANDREAS KOEHLER como persona natural y contra la sociedad 'ANDREAS KOEHLER Y CIA LTDA', 'ANKOEHLER Y CIA. LTDA.', igualmente FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA respecto del menor demandante y el demandado DANIEL HERNAN MURCIA PULIDO.

"TERCERO. NEGAR todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y por ende, absolver a los demandados de los cargos allí formulados.

"CUARTO. CONDENAR en las costas del presente proceso a la parte demandante. Tásense".

VI. Como resultado del recurso de apelación que interpuso la parte demandante, el Tribunal por sentencia del 28 de octubre de 1992 resolvió: *"1o. CONFIRMAR la sentencia pronunciada en este asunto el 14 de noviembre de 1991 por el Juzgado 15 Civil del Circuito de esta ciudad..."*.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Luego de presentar una relación sobre los antecedentes de la controversia y de afirmar que los presupuestos procesales no admiten reparo, hace el Tribunal un extenso análisis de la simulación, el cual se circunscribe a los siguientes aspectos:

Definición de acto simulado, breve recuento de las diferentes maneras como la jurisprudencia ha interpretado la pretensión de simulación, el por qué de la teoría monista, especies que admiten la simulación y explicación de cada una de ellas.

El ad quem se ocupa luego de la prueba de la simulación, explicando que con ocasión de las reformas que el Código de Procedimiento introdujo en materia probatoria *"el sistema probatorio aplicable es el de la persuasión racional o crítica razonada y no el de la tarifa legal, salvo en lo concerniente a las ritualidades substantiam actus o ad solemnitatem, significando este cambio que el juzgador ya no está enmarcado dentro de un límite rígido que le imponía darle un valor preestablecido a cada elemento de convicción, pudiendo ahora, para deducir razonablemente si un hecho está o no demostrado dentro del proceso, basarse en los principios de la lógica, la experiencia y el razonamiento intelectual para sopesar cada uno de los medios de prueba, y luego con fundamento en la apreciación en conjunto de que trata el art. 187 del Código de Procedimiento Civil, llegar a una conclusión determinada"*.

Destaca el Tribunal, que atendido el sigilo que generalmente utilizan los contratantes al celebrar el acto jurídico simulado, el medio probatorio a que más se recurre es al indicio; y con tal fin la doctrina jurisprudencial ha pregonado que constituyen indicios de simulación, el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica del comprador, la ausencia del precio o lo exiguo del mismo, la permanencia del vendedor en la heredad que dice haber entregado, etc.

Precisa que en torno a la valoración de los indicios resulta menester para la apreciación de un hecho, la presencia de varios de ellos, con las características de graves, concurrentes y convergentes. Que, dicho de otra manera, para que éstos puedan ser tenidos como tales, requieren según los artículos 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, que el hecho indicador esté plenamente demostrado y además, que del conjunto de ellos aparezca *"su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso"*.

Sentado lo anterior, y después de señalar en quiénes radica la legitimación en la causa para demandar la simulación y, a su turno, contra quiénes debe dirigirse la pretensión, expone: *"Dicho como está que para deprecar con éxito esta acción, debe haber un verdadero interés jurídico, para la Sala es evidente que el menor MARCEL ANDRES KOEHLER carece de legitimación en este proceso, pues no fue contratante en el primero de los contratos que se atacan, ni podía serlo por no ser dueño del inmueble"*.

Agrega que por el solo hecho de ser hijo de las dos partes aquí involucradas, ello tampoco lo legitima en la causa, ya que como es palmar, respecto de los negocios que en vida efectúan sus padres, así eventualmente puedan lesionar sus derechos hereditarios, respecto de los mismos tendría una expectativa o posibilidad. Y al efecto transcribe lo dicho por la jurisprudencia en el punto.

Concluye: *"Respecto del citado demandante, es claro entonces que carece de legitimación en la causa, lo que no ocurre en cuanto a la actora ROSALBA CANO, desde luego que intervino en uno de los contratos como contratante, al igual que HERNAN MURCIA PULIDO"*.

Estima que como la suerte del segundo de los contratos impugnados depende de lo que se considere del primero, en la oportunidad correspondiente se analizará si respecto de aquél hay o no legitimación en la demandante.

Dicho lo anterior, analiza el contenido de la primera pretensión y deduce que con ella busca la demandante no sólo la declaración de haber existido un mandato para la constitución de una Sociedad en Comandita Simple, sino también el encargo contenido en el mismo de transmitir a ella, como aporte de la demandante y su hijo, el bien raíz referido en el acto introductorio.

Explica que no otra conclusión puede surgir, al observar el Tribunal tal petición, pues por medio de la misma se persigue establecer que no hubo la compraventa de que da cuenta la escritura pública 919 del 13 de febrero de 1989, sino un mandato

oculto, el que adicionalmente contenía para el mandatario comprador la específica obligación de transferir la propiedad del inmueble a una sociedad de familia que luego debía formarse entre los demandantes y el demandado Andreas Koehler, pues como también emerge de los hechos planteados en la demanda, tal heredad sería el aporte de aquéllos a ésta.

"Vista de esta manera la súplica en mención -dice el ad quem-, no encuentra la Corporación que haya siquiera prueba fehaciente de que exactamente como consecuencia de lo plasmado en los documentos visibles a folios 3 a 9 del c. 1, HERNAN MURCIA, contra lo convenido en ellos, hubiera celebrado otro contrato distinto, pues atendiendo el tenor literal de los mismos, apenas sí indican un proyecto o minuta de la sociedad en comandita remitida por MURCIA PULIDO a ROSALBA CANO, la que, entre otras cosas, de atender las fechas, no aparece que hubiera sido aceptada o rehusada por ésta en el tiempo allí fijado; por lo demás, de los documentos referidos, ni de los interrogatorios recepcionados a los demandados, surge en parte alguna involucrado el inmueble con el fin que refiere la parte demandante. Bajo estos razonamientos, de admitir como lo plantea el recurrente que lo expuesto por los demandados en torno al precio fuera una invención, no encuentra tampoco la Sala la absoluta o necesaria correspondencia entre este hecho, pues no converge de manera segura a acreditar que la intención fuera la de dar cumplimiento al precitado mandato, con inclusión del bien.

"Con otras palabras -continúa el Tribunal- el único hecho que se encuentra suficientemente demostrado es la existencia de un vínculo anterior, entre la demandante y el

demandado Murcia Pulido, consistente en la asesoría legal que éste le prestó a aquélla, como fue la relacionada con la constitución de una sociedad en la cual la demandante pretendía ser socia con su menor hijo y su esposo, también demandado Andreas Koehler; ello encuentra prueba suficiente en el plenario, con la minuta para la formación de la sociedad elaborada por MURCIA PULIDO a petición de la demandante y una carta en la cual se solicitaba la firma de algunos documentos importantes para la gestión legal que se proponían.

"Entonces, como aparte de esta situación, a la que apenas podría dársele el calificativo de indicio contingente y, por lo mismo, no suficiente para entender en forma unívoca el negocio contenido en la escritura como simulado, toda vez que puede admitir razonablemente varias interpretaciones, no hay por otra parte otros indicios corroborativos que fehacientemente establezcan la pretensa simulación, ya que el haz probatorio no permite, ni individualmente ni en su conjunto, concluir que por esa sola circunstancia los contratantes buscaran realizar contrato diferente al realmente querido, ha de concluirse que la primera pretensión del libelo no puede prosperar.

"Es claro -prosigue el Tribunal- que al no encontrarse simulación alguna en el negocio de venta que la demandante ROSALBA CANO OROZCO realizó al demandado HERNAN MURCIA PULIDO, debe entenderse que la propiedad del referido inmueble se radicó válidamente en cabeza de este último, lo que trae importantes consecuencias al momento de la decisión en este asunto.

"Ciertamente, al ser el derecho real de dominio por definición, aquél que se tiene sobre una cosa en forma exclusiva y excluyente, o sea, sin reconocimiento de derechos ajenos y con tal independencia de intereses en el mismo sentido, luego la venta realizada por parte de la demandante CANO OROZCO al demandado MURCIA PULIDO, bien podía éste disponer posteriormente de la misma; y fue precisamente, en uso de esta última facultad, que con posterioridad MURCIA PULIDO enajenó el bien a la sociedad ANKOEHLER LTDA.

"Siendo esto así, resulta evidente que ante la pretensión de la demandante de declarar simulado el último de los negocios citados hay una clara falta de legitimación, puesto que ella carece de interés jurídico alguno sobre el inmueble objeto de dicha venta, interés del cual se desprendió al momento que realizó la venta a HERNAN MURCIA PULIDO.

"Por ende, como la carencia de este elemento de la acción determina la improsperidad de las pretensiones, resulta inocuo el análisis de las pruebas tendientes a establecer la simulación absoluta del contrato contenido en la escritura pública 3784 del 17 de mayo de 1989 de la notaría 5a. de esta ciudad".

LA DEMANDA DE CASACION

CARGO UNICO

Con fundamento en la causal 1a. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, por falta de aplicación de los artículos 1766, 1501, 1849, 1857, 1864, 1871, 1928, 2142, 2149, 2150 y 2155 del Código Civil, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en que incurrió el ad quem en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) Interrogatorio de parte rendido por el demandado abogado DANIEL HERNAN MURCIA PULIDO. Argumenta la censura, que el error lo es por no haber apreciado de dicha actuación, la prueba por confesión de los hechos que más adelante puntualiza, constitutivos ellos de graves y convergentes indicios de haber sido simulados los contratos.

Indica luego que los indicios que se infieren de esa confesión y que el Tribunal ni siquiera imaginó, son los siguientes:

1. Que el pago de la suma de \$25'000.000.00 supuestamente hecho por el demandado Murcia Pulido a la demandante Cano de Koehler, fue en efectivo.

2. Que el pago de la suma de \$15'000.000.00 supuestamente hecho por el demandado Murcia Pulido a la demandante Cano de Koehler, no fue realizado por el supuesto comprador sino por un tercero, el señor Andreas Koehler.

3. Que el demandado Murcia Pulido aceptó ser el autor de la carta y de la minuta de la sociedad que proyectaban celebrar los esposos Koehler Cano con su hijo menor.

4. Que el demandado Murcia Pulido confesó haber pagado su aporte a la sociedad ANKOEHLER Y CIA LTDA. en dinero efectivo.

5. Que el demandado Murcia Pulido confesó haber recibido a título de precio por la venta de la finca "Piedras Blancas", a la sociedad ANKOEHLER Y CIA LTDA., en dinero efectivo, la suma de \$40'000.000.oo.

6. Que el demandado MURCIA PULIDO se negó a contestar la pregunta formulada por el apoderado de la parte actora en el sentido de que indicara los números de las cuentas corrientes en las cuales supuestamente consignó la suma de \$40'000.000.oo que según él le pagó por la venta del inmueble la sociedad ANKOEHLER Y CIA LTDA.

b) El interrogatorio de parte rendido por el demandado ANDREAS KOEHLER. Explica la censura que el error manifiesto lo es por no haberse apreciado en el interrogatorio de parte señalado, la confesión de los hechos que más adelante puntualiza, constitutivos ellos de graves y convergentes indicios de haber sido simulados los contratos.

Anota la impugnación, que los hechos probados que el Tribunal pretirió son:

1. Que el interrogado confesó que su aporte de \$38'000.000.00 hecho a la sociedad ANKOEHLER Y CIA LTDA, lo efectuó en dinero efectivo (dólares).

2. Que el interrogado confesó, como gerente de la sociedad antes mencionada, que el socio MURCIA PULIDO efectuó su aporte social de \$2'000.000.00 en dinero efectivo.

3. Que el demandado, por instrucciones de su apoderado, se negó a contestar si el dinero supuestamente recibido como aporte de los socios de ANKOEHLER Y CIA LTDA, había sido consignado en una cuenta corriente.

4. Que el demandado Andreas Koehler confesó que la sociedad por él representada pagó al vendedor Murcia Pulido la totalidad del precio, o sea la cantidad de \$40'000.000.00 en dinero efectivo.

5. Que el demandado MURCIA PULIDO era el asesor legal, para las fechas de las compraventas, de los esposos KOEHLER CANO.

c) Las copias auténticas de las escrituras públicas que contienen las ventas de ROSALBA CANO DE KOEHLER a MURCIA PULIDO y de ésta a la sociedad ANKOEHLER Y CIA. Indica que el error lo es por no haberse tenido probado, estándolo con las copias de las escrituras que se citan, que entre la venta de Rosalba Cano de Koehler a Murcia Pulido y de éste a la sociedad Ankoehler y

Cía Ltda., transcurrieron escasamente dos meses, y que de las mismas MURCIA PULIDO no reportó ninguna ganancia especial.

d) La escritura pública No. 3784 del 17 de mayo de 1989. El error se concreta por no haber tenido por probado, estándolo con el texto de la escritura que se cita, que en la venta de Murcia Pulido a Ankoehler y Cía. Ltda. no hubo entrega real y material del inmueble.

e) La escritura pública No. 2288 del 14 de abril de 1989. El yerro lo es por no haber tenido por probado, estándolo con la escritura que se cita y con el certificado de la Cámara de Comercio, que durante el período comprendido entre las dos ventas se constituyó la sociedad comercial ANKOEHLER Y CIA LTDA. entre los demandados ANDREAS KOEHLER Y MURCIA PULIDO en la cual aquél tiene el 95% de las cuotas sociales y éste el 5%.

f) Los hechos de la demanda y la contestación a ésta. Se dice que el error resulta, por no haber tenido por probado, estándolo con los hechos de la demanda y lo confesado en su contestación, que para la época de las negociaciones existían problemas conyugales en el matrimonio CANO KOEHLER.

g) La conducta procesal de los demandados *"No haber deducido de la conducta procesal de los demandados -señala el casacionista- consistente en no solicitar pruebas dirigidas a demostrar la realidad de los contratos impugnados, un indicio en contra"*.

h) La minuta redactada por el abogado Murcia, las escrituras públicas contentivas de las dos compraventas y la de la sociedad demandada. El error está en no haber tenido por probado, estándolo, que con la minuta que se relaciona y las escrituras públicas que se citan, que todos estos actos se celebraron por la suma de \$40'000.000.00.

i) La minuta y la escritura contentiva de los estatutos de la sociedad demandada. No se tuvo, dice el censor, por probado, estándolo con la minuta referida y la escritura pública anotada, que esta sociedad y la que proyectaron los cónyuges tienen el mismo objeto social.

Continuando en el desenvolvimiento del cargo, el recurrente, en subtítulo que denomina ausencia de análisis de la prueba indiciaria por el Tribunal, repite que el ad quem no analizó la prueba indiciaria pretermitiéndola en su totalidad.

Líneas adelante justifica la incidencia individual que en la prueba de la simulación deprecada, tienen cada uno de los indicios enunciados.

Al efecto se expresa así:

Primer indicio: El abogado Murcia Pulido, asesor legal de los esposos CANO KOEHLER y quien elaboró la minuta y la carta, era una persona de la entera y total confianza del matrimonio, lo que justificó que se le traspasara la finca y se le otorgara el mandato oculto.

Confesó el demandado Murcia Pulido -dice el censor- que la carta y el proyecto de minuta de una sociedad en comandita, fueron elaborados personalmente por él. De su lado Koehler confiesa que fue a petición suya que la minuta se elaboró. Estos hechos los reconoce el ad quem. Empero su error a ese respecto consiste en que no dió a esa íntima relación profesional y de amistad, el carácter de indicio del motivo fundamental que impulsó a la demandante a transferirle simuladamente el inmueble y a encargarlo de su traspaso a la sociedad que el mismo abogado estaba asesorando para su constitución.

Ahora bien -prosigue el recurrente- independientemente de que los demandados traten de tiznar su confesión con el argumento de que la demandante dentro del término previsto en la carta de Murcia no constituyó la sociedad -realidad aparente- trátase de indagar el significado de esta misiva y minuta, no por lo que ellas aisladamente interpretadas pueden arrojar, sino dentro del conjunto global de lo ocurrido.

Según la parte recurrente, el reconocimiento de la petición por KOEHLER y de la autoría por Murcia, aunado a la versión de la señora Cano de Koehler significa llanamente una cosa: el primer hecho real e incontrovertible en este proceso es que hubo un acuerdo de voluntades, un verdadero compromiso, para constituir la sociedad comercial bajo las condiciones que la minuta contiene. El propósito pues, de los cónyuges, fue asociarse comercialmente en un negocio de actividades turísticas y hoteleras; aquélla y su hijo menor con un 50% y Koehler con el otro 50%. El valor del capital iba a ser

\$40'000.000.00, suma igual al precio de las dos ventas tachadas de ilusivas y al del capital social de la compañía finalmente compradora del inmueble.

En conclusión, remata la censura, hubo mandato oculto, porque sólo alguien que compra bajo el designio de estar cumpliendo encargos ajenos se comporta como se comportó el abogado Murcia Pulido: comprarle a la mujer, asociarse con el marido y venderle a la sociedad, todo en el lapso de tres meses y por una misma suma de dinero.

Segundo indicio: Que la suma de \$25'000.000.00 parte del precio de la venta de Rosalba Cano de Koehler a Murcia fue pagada en efectivo.

Así lo confiesa el demandado Murcia Pulido, dice el impugnante. Su confesión a este respecto omitió considerarla el Tribunal, configurándose así un error de hecho. En la escritura de compraventa se declaró que el precio de la venta, cuarenta millones de pesos, se pagó con un cheque de \$15'000.000.00 que la demandante declaró supuestamente recibidos.

Hoy veinticinco millones de pesos son mucho dinero, nota la acusación. Qué no sería tal cantidad hace más de cuatro años? Cabe en el comportamiento normal de la gente pagar ese precio, como dice Murcia, en efectivo? Pero hay más: a una persona como el abogado Murcia, cuyo oficio es el de litigante y no precisamente el de negociante en bienes raíces, que de serlo en algo modificaría esta opinión, se le puede creer que pague tan alto precio en dinero contante

y sonante? y que no guarde para sí un recibo, siendo como es un abogado de vasta experiencia?

Tercer indicio: Que la suma de \$15'000.000.00 parte del supuesto precio de la venta de Rosalba Cano a Murcia Pulido, no fue pagado por el sedicente comprador, sino por un tercero, Andreas Koehler.

Este hecho lo prueba copia del cheque correspondiente, que obra en el proceso, la certificación del Banco, y la confesión de Murcia Pulido, al dar respuesta a la pregunta sexta de su interrogatorio. El ad quem pasó enteramente por alto los documentos y la confesión errando de hecho en su apreciación.

Qué se desprende de este hecho?, se pregunta el recurrente y responde: En primer lugar, que siendo el precio supuesto de la finca cuarenta millones, probado como quedó que veinticinco de ellos no se pagaron, sólo quedaría un saldo de quince, cuyo recibo acepta la demandante, lo cual por lo menos acredita que el precio nominal de la escritura es falso. Empero lo que debe quedar en claro, es que esa suma de dinero no se pagó por Koehler a título de precio, sino que como existía el acuerdo de formar la sociedad a la cual Rosalba debía transferir el inmueble, por transacciones internas entre los cónyuges, el marido resultaba deudor de la mujer por la aludida suma. Esta es la explicación que justifica la misma. Una segunda conclusión es que si fue Koehler el que pagó los quince millones, tal intervención de este demandado en un negocio al cual aparentemente era ajeno, significa sin lugar a duda que con su participación en el

mismo, prestó conscientemente su voluntad para llevar confianza a su cónyuge y obtener de ella que firmara la venta simulada a Murcia.

Cuarto indicio: Que los aportes a la sociedad Ankoehler y Cía. Ltda., tanto de Koehler como de Murcia Pulido, fueron hechos en dinero efectivo.

Con estos hechos, que el ad quem tampoco vió en las confesiones de los demandados, en especial en la de Koehler que para estos efectos obró en su doble calidad de socio y de representante legal de Ankoehler y Cía. Ltda., incurrió en manifiestos errores de hecho por preterición de la prueba; los demandados a fin de dar piso a su coartada, por cuanto en documento alguno podían fundarla, continúan con el juego, irrespetuoso de cualquier inteligencia media, según el cual, todo, desde la venta del inmueble por la demandante hasta su compra por dicha sociedad, pasando por su constitución, se canceló en efectivo.

Quinto indicio: Que los demandados Andreas Koehler y Daniel Hernán Murcia Pulido confesaron que el pago del precio de venta de Piedras Blancas, efectuada por éste a Ankoehler y Cía. Ltda., se hizo en efectivo.

Este hecho resulta probado con la confesión vertida al expediente por los demandados que aquí se nombran, resaltando que en este punto Koehler actuó como representante legal de la sociedad Ankoehler y Cía. Ltda. El Tribunal para nada se refirió a esta circunstancia, preteritiendo, de consiguiente su examen, con lo cual incurrió en garrafal error de hecho.

Sexto indicio: Que el demandado Murcia Pulido se negó a contestar la pregunta formulada por el apoderado de la parte actora en el sentido de que indicara los números de las cuentas corrientes en las cuales supuestamente consignó la suma de \$40'000.000.00 que según él, le pagó por la venta del inmueble la sociedad Ankoehler y Cía. Ltda.

De este hecho hace prueba fidedigna el interrogatorio de parte respectivo y no mereció por el Tribunal ningún comentario, de donde se desprende que el ad quem no vió esta prueba, errando de hecho en su apreciación.

"...Cuando el apoderado de la parte actora le preguntó a Murcia Pulido por el número de las cuentas bancarias en las cuales había depositado el dinero producto de la venta de la finca a Ankoehler y Cía Ltda, se desató en la diligencia una verdadera batalla entre los apoderados y el juez. La pregunta, era y todavía más en un proceso de simulación, absolutamente pertinente, desde luego que nadie que tenga cordura toma 40 millones y los deposita debajo de su colchón, normalmente la gente los consigna en los bancos o constituye con ellos depósitos a término, o en fin, efectúa alguna transacción de la que queda un registro contable.

"Partiendo de esta base, el apoderado de la parte actora le pidió a Murcia Pulido que indicara las cuentas bancarias del depósito. El interrogado luego de obtener hábilmente la suspensión de la diligencia por el juez instructor y después de 15 días que utilizó para meditar sobre el camino a seguir, se negó a contestar

aduciendo las normas constitucionales que supuestamente lo habilitaban para ello... Lo cierto es que el negarse a contestar supone necesariamente, que el demandado está ocultando algo al juzgado, que sabía adverso, pues de lo contrario habría contestado. Si realmente hubiera recibido el dinero, efectuando con él alguna transacción, ninguna razón surgía para evadir la respuesta”.

Séptimo indicio: Que el demandado Koehler, por instrucciones de su apoderado se negó a contestar si el dinero supuestamente recibido como aporte de los socios de Ankoehler y Cía. Ltda., había sido consignado en una cuenta corriente.

La verificación de este hecho indiciario halla cabal demostración en el interrogatorio de parte rendido por Andreas Koehler. Sobre su existencia como sobre la de los demás, no reparó la sentencia que censura, incurriendo aquí también en manifiesto error de hecho en su apreciación.

“...Si como es cierto, la pregunta era totalmente pertinente, pues la ausencia de movimientos bancarios es grave indicio acerca de la realización de un pago, como en reciente sentencia lo ha dicho la Corte, el juez de primera instancia, en esta ocasión, como en casi todo este proceso, se equivocó... Por ello independientemente de esta equivocación, lo cierto es que, patrocinado por su apoderado, que sagazmente avisó (sic) las nefastas consecuencias de cualquier respuesta que se diera a la pregunta, el demandado Koehler evadió dar una respuesta”.

Octavo indicio: No haber tenido por probado, estándolo con las copias auténticas de las respectivas escrituras públicas, que entre las ventas de Rosalba Cano de Koehler a Murcia Pulido y de éste a la sociedad Ankoehler y Cía. Ltda., transcurrieron escasamente dos meses, y que de las mismas Murcia Pulido no reportó ninguna ganancia especial.

"La venta efectuada por la demandante al abogado Murcia Pulido ocurrió el 13 de febrero de 1989. La celebrada entre éste y la sociedad Ankoehler y Cía Ltda., tuvo verificación el 17 de mayo de 1989. Es decir, entre las dos operaciones transcurrieron dos meses y 4 días. Además los precios pactados para cada una de las operaciones fueron 40 millones de pesos. La prueba de estos hechos indiciarios se halla en las respectivas escrituras públicas. Ellas no fueron apreciadas por el Tribunal erigiéndose tal omisión en error inexcusable de hecho".

Noveno indicio: No haber tenido por probado, estándolo con el texto de la escritura pública No. 3784 que en la venta de Murcia Pulido a Ankoehler y Cía. Ltda., no hubo entrega real y material del inmueble.

"Para estos efectos, la simple lectura en mención comprueba que el vendedor y comprador en esta venta simulada no pactaron nada sobre la entrega del inmueble. Esto tiene una explicación lógica: habiendo sido simulada la venta de la demandante a Murcia Pulido y por tal razón no habiendo existido por parte de ésta entrega real del inmueble, Murcia sabedor de las consecuencias legales, no se comprometió en este mismo sentido con

la sociedad compradora, simplemente porque no podía entregar lo que no había recibido. Es que el fingido vendedor podía comprometerse a todo -inclusive a dar por recibida una suma que jamás se le pagó- menos a entregar lo que no tenía en posesión".

Décimo indicio: No haber tenido por probado, estándolo, con la escritura pública No. 288 y con el certificado de constitución y gerencia expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que durante el período comprendido entre las dos ventas se constituyó la sociedad comercial ANKOEHLER Y CIA. LTDA., entre los demandados Andreas Koehler y Murcia Pulido, en la cual aquél tiene el 95% de las cuotas sociales y éste el 5%.

No cuestiona el ad quem -expresa el casacionista-, que no haya reparado en la existencia material de tales documentos. Lo que omitió apreciar fue la circunstancia indiciaria que surgía de la realización en el tiempo de los actos en ellos contenidos. Si el Tribunal hubiera reparado en estas circunstancias o hechos indiciarios, habría comprendido cabalmente el esquema montado entre el abogado y el esposo para defraudar, a través de los negocios simulados, a la demandante. La constitución de esta sociedad fue el paso intermedio e ineludible para rematar el propósito de los demandados. Acto seguido a su constitución, exactamente 33 días después Murcia le vende el inmueble. Este hecho ratifica el carácter provisional que siempre tuvo la titularidad de Murcia Pulido en el inmueble y que ella obedeció al cumplimiento de un mandato que, ciertamente, cumplió, pero respecto de un tercero y no de su real mandante.

Undécimo indicio: No haber tenido por probado, estándolo con los hechos de la demanda y lo confesado en su contestación, que para la época de las negociaciones existían problemas conyugales en el matrimonio Cano Koehler.

Este hecho que lo demuestran fehacientemente los hechos de la demanda y su correspondiente contestación, también fue pretermitido por el Tribunal, incurriendo en error en su apreciación. De no haber ello ocurrido, el ad quem hubiera advertido en el mismo las razones por las cuales nació en Koehler el propósito de defraudar a su esposa y modificar lo convenido con ella.

Décimo segundo indicio: No haber deducido de la conducta procesal de los demandados, consistente en no solicitar pruebas dirigidas a demostrar la realidad de los contratos impugnados, un indicio en su contra.

La prueba de este indicio está en la contestación de la demanda y el hecho que demuestra es que ante la naturaleza de simulados que tienen los contratos, los demandados se vieron imposibilitados de probar, siquiera sumariamente, cualquier acto, hecho o conducta que demostrara su realidad.

Décimo tercer indicio: No haber tenido por probado, estándolo con la minuta redactada por el abogado Murcia, las escrituras públicas contentivas de las dos compraventas y la de la sociedad demandada, que en todos estos actos se repitió la suma de \$40'000.000.00.

La prueba de estos hechos indiciarios, está en los documentos que se mencionan aquí, cuyo examen a este respecto, omitió errando de hecho el ad quem. Qué se deduce de ellos? Que la suma de dinero consignada en la frustrada minuta de sociedad coincide, de manera ostensiblemente identificadora de un solo propósito en cuanto al valor de la operación con la que, consumada la felonía del abogado y el marido y padre, se le dio a las ventas y al capital social.

Décimo cuarto indicio: No haber tenido por probado, estándolo con la minuta redactada por el abogado Murcia y la escritura pública contentiva de los estatutos de la sociedad demandada que ésta y la que proyectaron los cónyuges tienen el mismo objeto social.

Este indicio demuestra claramente cómo entre el propósito de Koehler presente en la sociedad familiar que quiso constituir, y el que tuvo en la que finalmente constituyó con su abogado, lo único que cambió fue el socio, pero se conservó la idea inicial, cual era la de aportar a la sociedad la finca "Piedras Blancas", aprovechando su infraestructura turística. He allí, pues, demostrado que cuando se proyectó la sociedad familiar el propósito del matrimonio era explotar dicho inmueble, previa su aportación a la misma. De contera se demuestra que en esencia la sociedad entre el abogado y el marido era la que inicialmente habían querido constituir éste y su mujer.

Expuesto lo anterior, explica la gravedad, concordancia y convergencia de los indicios ya señalados para

concluir que el cargo está demostrado y por ende el recurso debe prosperar.

CONSIDERACIONES

1. La simulación, tiene dicho la Corte, puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el concierto simulatorio entre los partícipes está destinado a crear una apariencia probatoria de un negocio sin contenido real, esto es, a producir la idea de un negocio no querido. Las partes como dice Messineo, además de no tener la voluntad que declaran, no tienen ninguna otra. La segunda, o sea la relativa, se presenta cuando el negocio simulado o aparentado, esconde total o parcialmente otro negocio, que es el verdaderamente querido.

La simulación relativa ofrece como una de sus hipótesis la simulación en cuanto a la identidad de las partes, la cual ocurre cuando se finge un contrato con un sujeto determinado, cuando en realidad la intención se endereza a celebrarlo con otro que no aparece, pero tenido en cuenta y con su pleno conocimiento.

El sujeto con el cual se estipula en apariencia la doctrina lo denomina “persona interpuesta”, “presta-nombre”, “hombre de paja”, “testaferro” o “cabeza de turco”. Quien no aparece, pero que es con quien realmente se contrata, suele llamarse “persona real”.

Como lo ha sostenido la Corte, para que en este último evento haya simulación, se precisa del concierto simulatorio entre las partes verdaderas y el interpuesto. *“Cuando uno solo de los agentes, ha dicho la Corte, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental (propositum in mente retento) no convierte en irreal el contrato celebrado, en forma tal que pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos a los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atendido a la declaración que se le ha hecho; carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención de su autor, y esa buena fe merece protección”* (Cas. Civ. de 29 de abril de 1971).

Si falta el acuerdo de los tres, no puede existir la simulación relativa en la modalidad de la interposición de persona. En esos casos se está ante una interposición real por la presencia de un mandato oculto, donde el mandatario se hace titular de los derechos que más tarde debe transferir a quien se haya señalado, el mandante o un tercero. Desde luego, que para la doctrina tampoco ha sido ajena como caso de simulación relativa o parcial, disfrazar de compraventa un mandato sin representación, como cuando aquella se finge *“tan solo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación”* (Cas. 27 de julio de 1936, XLIV; 336; 24 de octubre de 1936, XLIV, 168; 13 de noviembre de 1939, XLVIII, 15 de diciembre de 1944, LVIII, 196).

2. A partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que expresamente derogó el art. 1767 del C.C. (art. 698), el fenómeno de la simulación puede demostrarse judicialmente, aún inter partes, con cualquier medio probatorio.

Habida consideración del sigilo que se observa en la celebración de los actos simulados, pues precisamente se trata de un ocultamiento, la prueba más utilizada es la de indicios, la cual en sentir de la Corte debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado;

b) Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente;

c) Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la falsificación del hecho indicador por obra de terceros o de las partes;

d) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado;

e) Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes;

f) Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes;

g) Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente;

h) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, pues es frecuente que un hecho indiciario se preste a diferentes inferencias que conduzcan a distintos resultados;

i) Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos; y

j) Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez (sentencia de casación civil de 5 de diciembre de 1975).

Ha dicho esta Corporación, además, que la sentencia impugnada llega a la Corte amparada por una presunción de acierto del juez de instancia, tanto en lo que se refiere con la apreciación de los hechos, como en lo que toca con la aplicación del derecho.

Ello se traduce en que las apreciaciones del juez sobre los aspectos fácticos del proceso no pueden ser objeto, en principio, de nuevo análisis en casación, porque la casación no es una instancia adicional. Sólo una apreciación manifiestamente errónea, opuesta por completo a la evidencia que surge del acervo probatorio, autoriza al juez de casación para infirmar el fallo,

siempre que el error hubiese influido en la parte resolutive de la sentencia, y el censor hubiere recorrido el camino que impone la técnica en la materia, consistente en demostrar el error, y la forma en que dicho error condujo al fallador a la violación de normas de contenido sustancial.

Lo dicho resulta aplicable a la prueba por indicios. Vale decir, solo las conclusiones del juez que sean manifiestamente contrarias a lo que aparece en el proceso, pueden ser atacadas con éxito con apoyo en la causal primera de casación. Una mejor apreciación de los indicios por parte del censor, uno a uno y en conjunto, constituye un procedimiento carente de la fuerza exigida por la ley para quebrar la sentencia. Se requiere, entonces, la demostración de un error del **ad-quem** respecto de una conclusión huérfana por completo de sustento.

3. Procede la Corte ahora, a analizar el caso concreto. Sea lo primero advertir que el conjunto de hechos y circunstancias que aparecen acreditados en el proceso, si bien no dan cuenta de una simulación relativa en el primer negocio, y de una simulación absoluta en el segundo, arrojan sí un manto de dudas sobre el alcance y contenido real de lo sucedido.

En absoluto es claro para la Corte que los negocios efectuados por Rosalba Cano y Hernán Murcia Pulido de una parte, y por éste y una persona jurídica de la que el mismo Murcia es socio, de otra, hayan sido estrictamente lo que de tales negocios se dice en las escrituras públicas respectivas. Y no es claro, porque las circunstancias probadas no encajan dentro de lo

que cabe esperarse del comportamiento comercial de personas como las involucradas en este litigio.

No es razonable que en la venta de Rosalba Cano a Hernan Murcia, se hubiesen pagado \$25.000.000 en efectivo por parte de una persona familiarizada con los servicios que ofrecen los establecimientos bancarios, como que dicha persona tenía cuentas en los Bancos Colpatria y Cafetero, dos en la Caja Agraria y una más en la Corporación Concasa.

No es razonable que esa misma persona, y el señor Andreas Koehler, hubieran pagado sus aportes a la sociedad Ankoehler y Compañía Limitada, en cuantía de \$2.000.000 y \$38.000.000 respectivamente, en dinero efectivo. Y aún menos razonable es que una persona jurídica dedicada a la explotación de negocios hoteleros y turísticos, con cuentas corrientes en establecimientos bancarios según lo señaló su representante legal, adquiriera un inmueble en cuantía de \$40.000.000 mediante una transacción en dinero efectivo.

De otra parte, la negativa de Murcia y Koehler a suministrar información sobre las consignaciones hechas en Bancos a propósito de las operaciones comerciales, sin duda multiplican los interrogantes.

La constitución de la sociedad Ankoehler y Compañía Limitada dos meses después de la venta del inmueble, por parte de la demandante, en favor del abogado; la venta del mismo inmueble, de Murcia a la sociedad de la cual él hacía parte,

tres meses después de haber adquirido la propiedad del bien, y la remisión de Murcia a Cano de la minuta de constitución de una sociedad con capital justamente de \$40.000.000, son ingredientes que de ninguna manera le dan claridad a los contratos impugnados.

Existen razones suficientes para afirmar que la realidad de los hechos no coincide con la versión de los demandados. Empero, oscuridad y confusión no equivalen a acuerdo de voluntades para celebrar un negocio con ropaje de otro negocio. La presencia de indicios que dan cuenta de la poca verosimilitud de un contrato, según se verá más adelante, no necesariamente indica que se está en presencia de una simulación relativa.

4. A juicio de la Corte, no existe en este caso un error de las características anotadas. Ni cada uno de los indicios individualmente considerado, ni la suma de ellos apreciada como un todo, indica que el Tribunal se hubiese equivocado en forma manifiesta. Por el contrario, los numerosos indicios que a juicio del censor fueron preteridos por el fallador, no destruyen los soportes que le permitieron al ad-quem arribar a la decisión que se ataca.

En efecto, los hechos indicadores señalados por la censura no conducen en forma clara y precisa a afirmar que hubo simulación relativa de la compraventa del inmueble “Piedras Blancas” efectuada entre Rosalba Cano de Koehler y Hernán Murcia Pulido, y simulación absoluta en la compraventa llevada a cabo entre Hernán Murcia Pulido y la sociedad ANKOEHLER Y CIA. LTDA., mas cuando el contraindicio del pago parcial del precio (\$15.000.000.00 en cheque), no fue demeritado, desvirtuado o

contradicho, porque ninguna prueba obra acerca de una causa diferente.

De los hechos indicadores no surge como su consecuencia lógica el hecho indicado que sugiere la impugnación. No existe significación probatoria entre lo uno y lo otro. Una voluntad secreta que modifique una declaración pública y deje sin efectos la otra, no aparece como resultado lógico e indiscutible de los 14 indicios que cita la demanda de casación.

5. A juicio del Tribunal, no existe *“prueba fehaciente de que exactamente, como consecuencia de lo plasmado en los documentos visibles a folios 3 a 9 del cuad. 1, Hernán Murcia, contra lo convenido en ellos, hubiera celebrado otro contrato distinto...”*. Este, sin duda, es el argumento central que lleva al fallador a negar las súplicas de la demanda. Sin embargo, no obstante su peso en el fallo, esta apreciación no fue atacada por el censor.

El impugnante señala como hechos indicadores de simulación, la confianza existente entre el abogado y el matrimonio Koehler - Cano; el pago en dinero efectivo de obligaciones contraídas por Hernán Murcia, Andreas Koehler y ANKOEHLER Y CIA. LTDA.; la reticencia de Murcia y Koehler en suministrar los números de las cuentas corrientes en que se efectuaron los depósitos del dinero en efectivo recibido; el poco tiempo transcurrido entre las 2 ventas que se hicieron del inmueble “Piedras Blancas”, la constitución de la sociedad ANKOEHLER Y CIA. LTDA. en el interregno y la circunstancia de que Murcia

hubiese vendido el predio por el mismo precio en que lo había adquirido; la venta del inmueble, sin entrega material, por parte de Murcia en favor de ANKOEHLER Y CIA. LTDA.; los problemas conyugales entre Rosalba Cano y su esposo; la conducta pasiva de los demandados en la demostración de la autenticidad de las operaciones; la repetición en los distintos negocios llevados a cabo de la suma de \$40.000.000^{oo}; la similitud del objeto social entre la sociedad constituida por Murcia y Koehler y el objeto social de la sociedad que debía ser constituida a nombre del matrimonio Koehler - Cano y el hijo común; por último, el pago parcial de \$15.000.000^{oo} por la venta de Cano a Murcia, efectuado por Andreas Koehler, no por el comprador.

Como puede observarse, ninguna de estas circunstancias desvirtúa lo afirmado por el Tribunal en el sentido de que no se probó la existencia de un negocio jurídico oculto que alterara la naturaleza del negocio jurídico celebrado entre Cano y Murcia, y dejara luego sin efecto el negocio Murcia ANKOEHLER Y CIA. LTDA. Ningún hecho indica que existiera un mandato otorgado por la demandante a uno de los demandados, y menos aún, que éste, Hernán Murcia, se hubiese comprometido a transferirle la propiedad del inmueble a una sociedad de familia que debía constituirse.

La totalidad de los indicios busca poner en tela de juicio la razonabilidad de los 2 negocios jurídicos. Todos ellos están encaminados a atacar la existencia de la declaración pública, sin acreditar simultáneamente, empero, una relación sustitutiva oculta que represente la voluntad real de los contratantes. Esta

deficiencia, señalada por el ad-quem, no aparece desvirtuada en casación, lo que significa que el censor dejó de atacar el más importante de los fundamentos del fallo.

Sobre el particular, esta Corporación ha expresado:

“Bien sabido es que, cuando la simulación interviene en los negocios jurídicos, sus efectos tendrán consideración posible ante el Derecho en la medida en que la existencia de dicho fenómeno se pruebe a cabalidad. En caso contrario, el acto en cuestión se reputará existente como verdadero y producirá la plenitud de sus consecuencias por virtud de una presunción de legitimidad que lo acompaña...”

“...la carga de la prueba pesa por principio sobre una misma persona, o lo que es igual, la simulación cualquiera que sea su alcance, tanto la absoluta como la relativa, debe justificarla quien la alega, bastando en el primer caso con establecer la radical falsedad del negocio en apariencia existente, mientras que el segundo será preciso aducir la prueba que haga patente el contenido del negocio en realidad celebrado...”. (cas. civ. abril 19 de 1993 expediente 3599).

Es cierto que los numerosos hechos citados por el casacionista suscitan serias dudas sobre el alcance real de las operaciones. Sin embargo, como lo afirma el Tribunal, ningún negocio jurídico oculto se acreditó, motivo por el cual no era procedente en instancia acoger las súplicas de la demanda, ni es

procedente ahora infirmar la sentencia en desarrollo del recurso extraordinario.

6. También afirma el Tribunal que el menor demandante carece de legitimación para ser demandante. Que lo único que aparece probado en el proceso es la relación entre Rosalba Cano y Hernán Murcia, relación que se deduce de la minuta remitida por éste a aquélla. Que de dicho documento, sin embargo, no puede deducirse nada distinto de la relación que cabe por la elaboración de una minuta. Que de la minuta nada se deduce, pues carece de fuerza que vincule a las partes por tratarse justamente de un simple proyecto de contrato. Afirma, además, que ni siquiera aparece probado que la minuta remitida por Murcia a la demandante hubiese sido aceptada dentro del termino señalado por el abogado en la comunicación de febrero primero de 1989. Señala, por último, que ni la minuta, ni la carta remisoria, ni los interrogatorios de parte, involucran el inmueble “Piedras Blancas” en la forma que indica el apelante.

Pues bien, ninguna de estas afirmaciones del adquem es blanco de ataque del censor. Este, se repite, dirige sus esfuerzos a cuestionar la autenticidad de las enajenaciones. Empero, sin señalar pruebas preteridas, o mal apreciadas, o cercenadas por el Tribunal, que den cuenta del contenido y alcance de un negocio oculto en el que se descubra la verdadera voluntad de las partes.

La afirmación del Tribunal en cuanto que la simulación absoluta de la segunda compraventa depende de la prosperidad de la simulación relativa de la primera, antes que

controvertida, es corroborada por el recurrente cuando afirma: “...*el Tribunal encontró su legitimación en la primera venta, pero como halló que ésta no era simulada, dedujo que la propiedad adquirida por Murcia a través de la misma no podía ser cuestionada, derivando de tal conclusión la falta de legitimación de mi poderdante para atacar la segunda de las ventas. Este razonamiento, si se omite considerar que el Tribunal se equivocó al no declarar la simulación de la primera venta, sería correcto.*”

7. A lo dicho debe agregarse que el ataque que formula el censor no es trascendente. Es decir, ni aún en el evento de que los indicios señalaran error evidente del Tribunal en el sentido de no haberse percatado del compromiso del abogado Murcia de tramitar la constitución de una sociedad de familia, y de transferirle luego a dicha sociedad el inmueble que a él le había transferido la demandante, podría la Corte modificar la decisión del ad-quem.

Los siguientes argumentos no señalados en la sentencia, impedirían quebrar el fallo:

En la demanda se hacen las siguientes afirmaciones:

“El objeto de la sociedad sería el de la explotación en general de la industria turística y hotelera, para lo cual el inmueble adquirido por mi poderdante resultaba adecuado, por cuyo motivo se convino en aportarlo a la futura sociedad...”.

“... el señor Koehler encargó al abogado Murcia la gestión de lo relacionado con la constitución de la proyectada sociedad y el aporte a la misma del inmueble relacionado en el hecho primero de la presente demanda.”.

“La demandante y su esposo desde un principio habían convenido que el inmueble de su propiedad, relacionado en el hecho primero de la presente demanda, sería su aporte a la sociedad...”.

“El abogado Daniel Hernán Murcia Pulido, siendo inferior a sus deberes profesionales y traicionando los intereses que en un gesto de confianza mi poderdante le había entregado, conductas todas que lo demuestran incurso en gravísimas faltas contra la ética profesional que oportunamente deberán ser investigadas, no cumplió sus deberes de mandatario. En efecto, en evidente componenda con su otro cliente, el señor Andreas Koehler, decidió no tramitar la constitución de la sociedad de familia a que estaba comprometido y cuya gestión había iniciado con la elaboración de la minuta que le envió a la demandante y, por el contrario, optó por constituir una distinta en la cual él, el abogado Murcia, y Andreas Koehler, el esposo de mi poderdante, adquirieron la calidad de socios.”.

La sociedad “que formaron Murcia y Koehler no tuvo fin distinto de sustraer del patrimonio de la demandante y de su hijo el bien inmueble...”.

“Simplemente hubo la voluntad de quitarle sus bienes a la demandante y a su menor hijo...”.

En opinión de la Corte, la causa petendi se opone por completo a la existencia y declaración de la figura de la simulación, ya relativa, ya absoluta, en cualquiera de los 2 negocios jurídicos llevados a cabo.

Los hechos de la demanda indican que en la compraventa de Rosalba Cano a Hernán Murcia, no existía un propósito oculto que modificara la naturaleza, o las condiciones o las partes del negocio jurídico. Lo que la demandante quería realmente, no era un negocio diferente del celebrado, sino un negocio adicional al llevado a cabo. El motivo de inconformidad no radica en que lo que se hizo tenga una apariencia falsa. La inconformidad estriba en lo que no se hizo a continuación, a saber, la transferencia del inmueble a la sociedad de familia que debía constituirse.

La afirmación hecha en el sentido de que Murcia debía transferirle a la sociedad de familia el inmueble, indica que, en los términos de la demanda, no se trataba de un mandato en lugar de una compraventa, sino de un contrato de compraventa con el compromiso de que se efectuara posteriormente una nueva transferencia. Se trataba de una especie de negocio fiduciario a la mejor manera del derecho romano por la concurrencia de la doble relación: la real y la obligacional; porque, se reitera, de acuerdo con ese estado de hecho fundante de las pretensiones la señora Cano verdaderamente transfirió al señor Murcia el bien de su propiedad

con la finalidad de que éste a su vez hiciera idéntica transferencia a la sociedad de familia por constituir. Desde luego que son cosas distintas la confianza y el exceso del medio sobre el fin, que obran como hilos conductores de este tipo de negocios, y el concierto simulatorio que se presenta en el negocio simulado, cualquiera sea su modalidad.

Que la demandante suscribió la escritura pública 919 de febrero 13 de 1989 con el propósito de enajenar el inmueble, es claro. La propia demandante lo afirma, al señalar que el predio debía salir de su patrimonio para convertirse en aporte de madre e hijo en la sociedad de familia que sería constituida.

De otra parte, tanto la simulación relativa, como la absoluta, implican un acuerdo secreto de las partes. Una identidad de propósito de todos los intervinientes en el negocio, igual si se trata de dos personas o extremos que contratan, que de éstos y un testafierro o interpuesta persona.

Ese propósito común y oculto no existe en este caso. La demanda lo dice con claridad: los propósitos de Murcia y Koehler diferían por completo de la intención de Rosalba Cano. En tanto que, en el primer negocio, la demandante contrataba en función de hacer un aporte de capital a una sociedad que debía constituirse, los demandados lo hacían con el ánimo de despojar a la demandante de aquello que le pertenecía. En el segundo negocio, en cambio, hay un solo propósito en lugar de los dos, oculto uno, público otro, que caracterizan la simulación. Ese propósito único, aunque fraudulento según reza la demanda, consistía en transferir la

propiedad de el inmueble “Piedras Blancas” por parte de Hernán Murcia en favor de ANKOEHLER Y CIA. LTDA.

Esta disimilitud de propósitos en la primera operación, y la ausencia de un propósito oculto entre los contratantes en la segunda, se opone a la simulación, según lo expresa en los siguientes términos Francisco Ferrara:

“Esta disconformidad entre lo querido y lo declarado es común a ambas partes y concertada entre ellas. Existe un acuerdo para emitir la declaración deliberadamente divergente. La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; éstas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado. Sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno solo, pues con ello se tendría una reserva mental, no una simulación. El acto será válido entre los contratantes y ninguno de ellos podrá creerse no obligado por su intención unilateral de obrar en apariencia.”(La Simulación de los Negocios Jurídicos. Editorial Revista de Derecho Privado, pag. 44).

Este aspecto de la simulación fue estudiado por la Corte en sentencia de abril 29 de 1971 y en la sentencia de agosto 26 de 1980, donde se transcribe parcialmente la primera, la cual ya fue traída a colación en esta sentencia.

Las consideraciones hechas son suficientes para rechazar el cargo.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de fecha octubre 28 de 1992, mediante la cual se desató la segunda instancia del proceso ordinario promovido por Rosalba Cano de Koehler y Marcel Andrés Koehler Cano contra Hernán Murcia Pulido, Andreas Koehler y Ankoehler y Cía. Ltda.

Costas a cargo de la parte recurrente. Liquídense.

Notifíquese.

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

Con permiso

PEDRO LAFONT PIANETTA

JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ

CESAR GOMEZ ESTRADA

Conjuez