

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. Javier Tamayo Jaramillo

Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996)

Ref.: Expediente No. 4380

Decídese el recurso de casación interpuesto por los demandantes MARIA DEL CARMEN, CECILIA, TRINIDAD, CONSUELO, JORGE ISAAC, JOSE GREGORIO y GUILLERMO CORTAZAR FORERO contra la sentencia del 18 de diciembre de 1992 pronunciada por una Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en este proceso ordinario promovido por los demandantes-recurrentes frente a la señora NOHEMI JOYA GONZALEZ.

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca) los señores MARIA DEL CARMEN, CECILIA, TRINIDAD, JORGE, JOSE GREGORIO y GUILLERMO CORTAZAR FORERO, invocando su condición de herederos del causante GREGORIO CORTAZAR ROMERO, formularon demanda contra NOHEMI JOYA GONZALEZ, para que con su citación y audiencia, previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Es simulada absolutamente la enajenación hecha por GREGORIO CORTAZAR a NOHEMI JOYA GONZALEZ

mediante escritura pública No. 1034 del 6 de junio de 1978 extendida en la Notaría 15 de Bogotá, inscrita bajo la matrícula inmobiliaria No. 176-0002946 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá.

1.2. Que en consecuencia, está vigente la escritura pública No. 952, de fecha 18 de Julio de 1977, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, y registrada el 22 del mismo mes y año, en el folio de matrícula inmobiliaria antes anotado.

1.3. Que el señor GREGORIO CORTAZAR ROMERO es el propietario pleno y absoluto del inmueble conocido como "SAN GREGORIO" ubicado en la circunscripción del municipio de Zipaquirá, vereda de "BARANDILLAS", con cabida, linderos y demás anexidades mencionados en el libelo incoatorio (fl. 13, c. 1).

1.4. Que se condene a la demandada, para que en el término de seis (6) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, restituya el inmueble a los demandantes y les cancele el valor de los frutos naturales y civiles, tanto los percibidos como los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta el momento de la entrega.

1.5. *“En la restitución de la finca se comprenderán las cosas que forman parte del fundo, o que se reputen como inmueble por la conexión con él, según lo prescrito en el Título I del Libro 2o. del C.C.”*

1.6. Que se ordene la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, respectiva.

2. Las referidas pretensiones se apoyan en los hechos que se resumen así:

2.1. El señor GREGORIO CORTAZAR ROMERO en su condición de propietario del inmueble litigioso, atendiendo un consejo de su abogado tributarista Dr. JAIME MUÑETON, y a fin de evadir el pago de la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$240.000.00) a que fue condenado por la Administración Nacional de Impuestos, simuló que lo transfería en venta a su compañera permanente NOHEMI JOYA GONZALEZ, mediante la escritura pública No. 1034 preanotada, con la condición de que ésta se lo devolviera cuando *“desapareciera el peligro de ejecución fiscal”*.

2.2. Sin embargo de la venta simulada, *“el señor CORTAZAR ROMERO continuó usufructuando su finca hasta el día en que se produjo su deceso, esto es, el 30 de abril de 1986, a la edad de 77 años y luego de convivir con doña NOHEMI por varios años”*.

2.3. Fallecido el señor CORTAZAR ROMERO, sus *“herederos legítimos”* requirieron amigablemente a la señora NOHEMI JOYA GONZALEZ con el fin de que cumpliera con el compromiso de efectuar la retroventa, pero ella se negó (fl. 14, c.1).

3. Admitido el libelo incoatorio, se notificó a la demandada quien, oportunamente, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó como cierta la compraventa que del predio le hizo el señor GREGORIO CORTAZAR ROMERO y negó los demás.

3.1. Diligenciada la primera instancia el a-quo le puso fin con sentencia del 7 de diciembre de 1990 mediante la cual negó las súplicas de la demanda, lo cual dio lugar al recurso de apelación por los agravios, culminando el segundo grado con el fallo del 18 de diciembre de 1992 confirmatorio del atacado. Inconformes los demandantes interpusieron el recurso de casación.

FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Después de resumir el litigio, precisa brevemente la razón por la cual el a-quo, no dio por demostrada la simulación, la que se concreta en lo siguiente: *“la prueba indiciaria no tuvo respaldo probatorio alguno pues el único testimonio recibido fué tachado de falso”* (fl. 143, c.7).

Después de hacer un recuento de la segunda instancia, de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales, de precisar los requisitos materiales que deben concurrir para la prosperidad de la pretensión simulatoria, aborda el ad quem el análisis de las pruebas, dando por demostrada la venta que el causante GREGORIO CORTAZAR ROMERO hizo a NOHEMI JOYA GONZALEZ del inmueble en cuestión, con la copia de la escritura pública No. 1034 del 6 de junio de 1978.

Seguidamente pasó a analizar la legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, concluyendo que los demandantes y la demandada la tenían, puesto que estaba acreditada la calidad de hijos legítimos de aquéllos respecto del presunto vendedor (fl. 145, c.7), que estima actúan en su condición de herederos a pesar de pedir para ellos y no para la sucesión, y la de la demandada por cuanto es ella quien *“funge la escritura 1034 de 1978 como compradora de la finca 'San Gregorio'”*.

Remitiéndose a las pautas trazadas por la Jurisprudencia en torno a la institución jurídica de la simulación en la categoría de absoluta, deprecada en las súplicas de la demanda (fl. 150, c.I), afirma que requiere en consecuencia la prueba de que *“entre las partes contratantes, en realidad, no se quiso celebrar acto jurídico de ninguna especie; que se pusieron de acuerdo para engañar a todas las personas haciendo aparecer un contrato de compraventa que jamás se celebró, como tampoco se celebró negociación diferente.”* (fls. 150 y 151, c.7).

De lo precedente deduce el fallador, que si el contrato atacado es de compraventa, debe haberse demostrado por lo menos, la ausencia de los elementos sustanciales, como por ejemplo, que no hubo entrega del bien, o que no hubo pago del precio.

Precisado lo anterior, pasa enseguida el Tribunal a la evaluación de las pruebas, tarea que desarrolla así:

Inicialmente examina las declaraciones de renta de la demandada correspondientes a los años gravables de 1973 a 1978 (fl. 152, c.7), sobre las que razona pormenorizadamente para inferir su capacidad económica al tiempo en que adquirió la finca reclamada.

A continuación examina las declaraciones de renta del causante GREGORIO CORTAZAR ROMERO, y afirma que éstas corroboran las cifras de las de la demandada, luego de lo cual concluye: *“Es visible que las declaraciones de renta se elaboraban de acuerdo entre los compañeros permanentes que hacían vida marital”*.

A renglón seguido comienza a analizar la prueba testimonial recibida a instancias de la parte actora, desechando por sospechosos los testimonios de JUAN CAPERA TIQUE, JAZMIN RODRIGUEZ CORTAZAR, EVA DEL CARMEN CONTRERAS y LUIS ALFONSO RODRIGUEZ JIMENEZ, habida cuenta que estimó el ad quem que estas personas tenían interés en el resultado del proceso.

En cuanto a los testimonios de LUCILA PINEDA DE AVILA y MARIA STELLA SALINAS DE ORTIZ concluye que nada aportan, porque nada les consta. De otra parte, desestima las declaraciones de GUILLERMO PEÑA PAEZ de quien dice *“fungió como notario cuando se extendió la escritura 1034 del 6 de junio de 1978”* (fl. 157) y JAIME MUÑETON persona que durante un período de tiempo fue asesor tributario del causante CORTAZAR ROMERO, pues según el fallador, no aportan

ninguna claridad al debate, sino que por el contrario generan una gran cantidad de interrogantes. Por lo anterior concluyó: *“en el proceso la parte actora no demostró que entre el vendedor GREGORIO CORTAZAR ROMERO y la compradora NOHEMY JOYA GONZALEZ, su compañera durante los últimos 25 años de vida de aquél, madre de sus 4 hijos extramatrimoniales, hubo acuerdo para no celebrar contratación de alguna especie, cuando celebraron la compraventa que recoge la escritura 1034 del 6 de junio de 1978”*.

Precisado lo anterior, asevera, respecto de la prueba indiciaria, que no se puede hablar de indicios cuando no hay hechos indicadores probados de los que pueda inferirse la existencia de otros hechos, luego de lo cual afirma que *“Desde el propio escrito de demanda, se expuso inseguridad”*, pues pese a que se deprecó la declaratoria de nulidad absoluta, en la causa petendi se habló de una especie de pacto de retroventa, lo cual supone una compraventa nítida, verdadera, y, en consecuencia, *“lo único que surgen son dubitaciones, pero nunca verdades inconcusas... Lo que acontece en este proceso, es que la parte actora jamás demostró, ni se vislumbra por parte alguna, cuál fue el contrato que verdaderamente quisieron las partes, si fue que no quisieron celebrar la compraventa. Cual de todos los actos jurídicos (a algunos de los cuales ya se refirió la Sala) fue el que realmente se celebró.”*

Dicho lo anterior, concluye terminantemente que no se demostró fehacientemente que la compraventa atacada fuese simulada, ya que las afirmaciones de la demanda *“quedaron huérfanas de pruebas convincentes, que no dejarán en la Sala, hesitación de ninguna índole...”*.

Y agrega: *“..En estas circunstancias, la prueba de la simulación, le quedaba bien difícil a los demandantes, quienes pidieron para sí, a pesar de admitir la existencia de 4 hermanos ‘paternos’. Entendiendo como entiende la Sala esa dificultad, no puede sin embargo, ser laxa en la apreciación probatoria, porque no solo se proferiría un fallo ilegal, sino*

injusto con el explotador de la tierra, en beneficio de quien ningún esfuerzo ha realizado”.

DEMANDA DE CASACION

Un solo cargo enfilan los recurrentes contra la sentencia antes resumida, con apoyo en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se resuelve de la manera que sigue.

CARGO UNICO

Se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 740, 1849, 1864, 1880, 1884, 1928 y 1934 del Código Civil y por falta de aplicación de los artículos 1501, 1618, 1766 *Ibídem* y 8o. de la ley 153 de 1887 a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En el desarrollo del cargo la censura comienza por afirmar: *“El Tribunal hizo una mala apreciación de los testimonios, referida a su contenido, en una forma protuberante, ‘ostensiblemente fuera del sentido común’... que constituye un error gravísimo y por lo tanto evidente”*. Aseverado lo anterior procede a individualizar cada uno de los errores, actividad que efectúa de la siguiente manera: luego de describir las características del testigo y de analizar su versión, pasa a copiar los pasajes de la sentencia impugnada en los que el fallador efectuó la crítica de los testimonios, y el contenido de las declaraciones, para concluir señalando el error.

Los yerros los concreta así:

1. Declaración de JUAN CAPERA TIQUE: según el impugnante *“...percibió los hechos narrados porque fue muy cercano a la*

familia y asiduo visitante de don GREGORIO por razón de su vinculación como yerno de éste. Hombre con estudios superiores sin riesgo de pérdida de la memoria. Su versión no abunda en detalles exagerados para presumir que se trata de un testigo preparado;...” (fl. 29, c. Corte).

Sobre la crítica que el Tribunal efectuó de este testimonio, expresó: *"el Tribunal exageró en sus afirmaciones. Así se observa de la transcripción que atrás se hizo en la declaración que se analiza. El testigo por el contrario, afirmó con sinceridad lo que personalmente percibió. El énfasis es al contrario. Es un error de hecho no ameritar este testimonio por considerarlo sospechoso, por el solo hecho de ser el esposo de una de las demandantes"* (fl. 30 del c. Corte).

Sostiene el casacionista que el fallador incurrió en yerro de hecho, porque no aplicó las reglas de la sana crítica en la estimación de este medio de prueba, y es así como no apreció que *"el declarante sí conoció detalles de la causa de la transferencia a favor de NOHEMI, al punto de señalar al entonces Notario 15, GUILLERMO PEÑA PAEZ como gran amigo y consejero de CORTAZAR Y JAIME MUÑETON, abogado tributarista, como su consejeros en asuntos fiscales"* (fl. 33, c. Corte).

2. Del testimonio de LUCILA PINEDA DE AVILA, afirma que su versión se aprecia sincera y observa que fue solicitada *"para acreditar que el señor CORTAZAR, sí estuvo ejerciendo la posesión material de la finca hasta el final de sus días y no propiamente para acreditar aspectos relacionados con el negocio, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, con una mala apreciación en forma protuberante, lo que constituye un error gravísimo y por tanto evidente"*. (fl. 33, c. Corte).

3. De la versión rendida por el señor HERNANDO ENRIQUE AVILA, expresa la censura que *"a pesar de lo expresado por el Tribunal, en cuanto a la imparcialidad del testimonio sin embargo hace mala apreciación del contenido de la declaración en forma protuberante lo que*

constituye un error gravísimo y por lo tanto evidente”, pues dicho medio probatorio “no deja la menor duda acerca de que el declarante sí conoció por boca del propio CORTAZAR las infidencias del negocio impugnado y fundamentalmente su carácter de simulado así como que el causante sí tenía el uso y el goce de la finca, razón principal de la citación al deponente”, en tanto que “la interpretación del Tribunal se reduce a que el declarante no sabe si la demandada tenía fortuna cuando se fué a vivir con su compadre, lo que es intrascendente y no es tema de prueba dada la naturaleza de la pretensión incoada, lo que conduce a buscar contradicciones. Es un error protuberante clarísimo y por tanto evidente” (fl. 35, c. Corte).

4. De las aseveraciones de la testigo MARIA STELLA SALINAS DE ORTIZ sostiene el casacionista: *“El interrogatorio formulado permitió respuestas relativas a la unión de hecho del causante y la demandada y a las condiciones previas de la unión en que vivía **NOHEMI**, lo que tendrá importancia para relacionarlo con las consideraciones que sobre las declaraciones de renta hizo el Tribunal, como más adelante se examinará”*. Por lo anterior concluye que el Tribunal apreció erradamente dicha declaración, error que lo llevó a deducir que *“Nada sabe en relación al contrato atacado en este proceso”,* pues la misma si contiene cosas importantes *“pues había sido citada, a petición del actor para acreditar la posesión material que ejercía sobre la finca, objeto del litigio, el causante **CORTAZAR**, lo cual se halla corroborado con la misma diligencia de inspección judicial, practicada el 15 de noviembre de 1988...”*.

5. En cuanto el testimonio de JAZMIN RODRIGUEZ CORTAZAR, afirma el censor que erró gravemente el Tribunal al admitir la tacha de sospecha, por el solo hecho de ser nieta del señor Cortázar, sin tener en cuenta las circunstancias de percepción para el caso particular. Sostiene además que el Tribunal exageró en sus afirmaciones, ya que la testigo *“suministra una gran información por haber sido visitante asidua de la finca, no solamente acreditando el dominio que*

*ejercía el señor **CORTAZAR** sobre el inmueble sino sobre la propia voluntad de **NOHEMI**, e igualmente con su testimonio se demuestra que el señor **CORTAZAR** nunca hizo entrega material del inmueble a la señora **NOHEMI JOYA**" (fl. 38, c. Corte).*

6. Enrostra el censor error protuberante al ad quem cuando al apreciar el testimonio de la señora EVA DEL CARMEN CONTRERAS quien *"declaró de buena fe, no fué tachado de falso, percibió los hechos objeto de posesión para la que fué llamada por las visitas frecuentes que hacía a su suegro y la familiaridad que tuvo con **NOHEMI**"* (fl. 39, c. Corte), incurriendo, dice, en el mismo yerro de las declaraciones que precedentemente valoró, sin analizar la trascendencia de la declaración que suministra importante información relativa a las causas de la celebración del negocio, narradas a ella directamente por su suegro **CORTAZAR**, el dominio de él sobre el predio, como acreditando que nunca le hizo entrega material a la señora **JOYA**; que alguna vez ésta le exigió dinero a **CORTAZAR** o casa, *"para devolverle la escritura"* (fl. 40, c. Corte).

Declaración que, nota la censura, interpretada conjuntamente con los anteriores, permite deducir que entre todos los parientes existió una buena relación hasta la muerte de **CORTAZAR**, y *"que todos eran conocedores del carácter simulatorio del acto aquí impugnado. Para el único que no fue simulado fue para el Tribunal es decir para la Justicia, como haciendo honor a la ceguera de la misma"* (fl. 40 cit).

7. Respecto a la declaración de LUIS ALFONSO RODRIGUEZ JIMENEZ, afirma que es aplicable la crítica de la declaración anterior ya que el fallador cometió el mismo error de hecho, al no tener en cuenta ese testimonio *"sin acatar que este ex-empleado del DAS está haciendo una narración espontánea de los actos posesorios ejercidos por el señor **CORTAZAR** porque él mismo los percibió"*.

8. Yerra igualmente el Tribunal, dice el casacionista, cuando al estimar la declaración rendida por el notario que extendió la escritura, el doctor GUILLERMO PEÑA PAEZ, sostiene: *"ninguna claridad aporta al debate la afirmación según la cual, **GREGORIO CORTAZAR ROMERO**... decidió pasarle la finca a su compañera...; tampoco emerge con diafanidad conclusión alguna cuando se afirma que no hubo conteo de dinero en la Notaría. Simplemente resulta contrario a lo afirmado por la demandada cuando habló incluso de unos presuntos testigos"* (fl. 45, c. Corte). Asevera que se trata de otra mala apreciación del contenido de la declaración que constituye error evidente porque de la misma se deduce, *"que no hubo ningún pago en efectivo, como lo afirmó **NOHEMI**, y que la terminología por él empleada al referirse en los términos de pasarle la finca a su compañera, era el lenguaje utilizado por el señor **CORTAZAR**, que, según las reglas de la experiencia, es el término utilizado por el vulgo para negocios como el que aquí nos ocupa. Se acredita igualmente una vez más que la señora **NOHEMI**, no era sino un intermediario del señor **CORTAZAR**, por la actitud dominante de éste y la postura sumisa de ella"*. (fl. 46, c. Corte).

9. Otro error protuberante, clarísimo y por lo tanto evidente en que incurrió el Tribunal, a juicio del censor, se sucede cuando no evidenció en la declaración rendida por quién fue asesor tributario del causante CORTAZAR ROMERO, el abogado JAIME MUÑETON, que Nohemí *"negó, maliciosamente, conocer a MUÑETON. Este quizá por celo de su sigilo profesional y mucho más por ser asesor tributario, lo cual es muy conocido, según las reglas de la experiencia, se cuidó mucho de responsabilizarse del consejo dado al señor **CORTAZAR**, al punto de casi señalar autores difusos. Incurre en varios errores, pues seguramente la fragilidad de su memoria (sic) le impidió acordarse que en el año gravable de 1980 con la declaración de renta presentada en abril 28 de 1981 (fls. 84 a 86 del c.3) aparece como deudor del señor CORTAZAR por la suma de \$145.000.00 y pagándole intereses por la suma de \$60.000.00 y que la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1977 fue*

*presentada el 27 de Junio de 1978 es decir 21 días después de la venta, indicando como dirección de la contribuyente **NOHEMI JOYA GONZALEZ** la misma de su oficina de abogado asesor, es decir la carrera 15 No. 44-40 de Bogotá (fl. 86, c. 1) igual sucedió con el año gravable del 78 (fl. 91, c. 1)". (fl. 48, c. Corte).*

Expresa que el Tribunal exageró en sus afirmaciones y que poco cuidado tuvo con las demás pruebas en que se cita a dicho testigo, pues le da amplia validez a la declaración del doctor MUÑETON, *"según la cual él presentó recurso de reconsideración y fué fallado en 1981 sin detenerse a observar que en los folios 8 y 9 del cuaderno No. 3 aparecen documentos públicos, que no fueron tachados de falsos, según los cuales 'no se encontró actuación administrativa alguna en que se impongan sanciones por impuestos al señor **CORTAZAR ROMERO GREGORIO** C.C. No. 17.020.253'..."* y, continúa la censura: *"No hay duda que la declaración del doctor MUÑETON, en este punto, solo origina incertidumbre en cuanto a la fecha de terminación, que fue precisamente lo que mantuvo preocupado, según sus propias palabras al señor **CORTAZAR**, la pregunta tiene una respuesta (sic) entre los dos asesores del señor **CORTAZAR** se encontró la fórmula para su problema tributario y entre los dos presentaron su concurso pero ninguno se atreve a expresar en forma clara los términos del consejo por razones entendibles, pues ellos deben cuidarse de su secreto profesional. Esta declaración unida a las demás permite deducir que el acto jurídico se realizó rodeado dentro del ambiente creado por la obligación tributaria, con la persona de mayor confianza que tenía en ese momento el señor **CORTAZAR**".* (fl. 48, c. Corte).

Enseguida la censura afirma que el sentenciador de segunda instancia pasó por alto la prueba testimonial recaudada a solicitud de la parte demandada, y al efecto le imputa los siguientes errores que tilda de manifiestos y trascendentes por preterición.

1. El Tribunal no tuvo en cuenta la declaración del señor GREGORIO MILCIADES CORTAZAR JOYA, hijo de la demandada y el causante, quien al preguntársele sobre las personas que frecuentaron la finca por la época en que CORTAZAR ROMERO estuvo enfermo, en forma clara admitió que éste fue visitado por su familia, versión que *"guarda relación con las declaraciones atrás analizadas, lo que reitera una vez más que el señor CORTAZAR no se despojó de su finca, como jefe de hogar tal como se desprende de la misma inspección judicial, cuyas constancias dejadas por el Juzgado tampoco fueron tenidas (sic) por el Tribunal"* (fl. 43, c. Corte).

2. Declaración del señor ALCIDES CARDENAS JIMENEZ. Sostiene el casacionista que el Tribunal incurrió en error de hecho al no tener en cuenta dicho testimonio *"conforme al cual el hipotético préstamo que quiso demostrar la señora JOYA es dudoso, si no inverosímil. En efecto, las manifestaciones del testigo tienden a complementar la actitud indiciaria, temeraria asumida por la demandada para acreditar el pago de la finca al señor CORTAZAR. Con esta declaración se demuestra el engaño en la posición de defensa asumida por la demandada y al no ver el Tribunal semejante maniobra, incurrió en error manifiesto clarísimo de simple hecho en la apreciación del libelo y de dicha prueba"*.

3. Declaración de AVELINO GONZALEZ PIRACHICAN. Según la censura el Tribunal incurrió en yerro de facto al no tener en cuenta este testimonio, no obstante que de él se puede deducir que la declaración de renta que el Tribunal tuvo como prueba de la capacidad económica de la demandada es **"IDEOLOGICAMENTE FALSA"** (mayúsculas del texto).

4. Desatendió de la misma manera el fallador, la declaración del señor JORGE ARMANDO JOYA GONZALEZ, hermano de Nohemí, *"de la cual surgen claros propósitos de ayudarle a la demandada pero con resultado opuesto a lo pretendido"* ya que hace afirmaciones como las de ser ella persona de gran capacidad económica desde muy joven por

haber explotado siempre la actividad ganadera y agrícola, afirmaciones que son contrarias a lo que fluye de las declaraciones de renta que tanto tuvo en cuenta el Tribunal, pues mientras éstas muestran que para el año de 1974 la demandada tenía una capacidad económica deficiente, el declarante la presenta para los años 68, 69 y 70 como propietaria de una finca muy grande para la explotación de la ganadería. Concluye el censor que uno de los dos medios de prueba es mendaz, o el testimonio o la declaración de renta, de lo cual se pueden colegir indicios de mentira y engaño que el Tribunal no vio, incurriendo por ello en error de hecho evidente.

5. Otro error manifiesto que le enrostra la censura al ad quem es el no haber tenido en cuenta la conducta que asumió la demandada cuando desistió de los testimonios de los señores JULIO V. ZAMBRANO RUGE, DESIDERIA SICHE VDA DE GONZALEZ y GILBERTO ZAMBRANO RUGE, con los que la señora JOYA pretendió demostrar *"el préstamo que, según su declaración de renta, le hicieron tales personas para la compra del inmueble"* (fl. 52, c. Corte). Conducta que unida a los resultados de las declaraciones de los otros presuntos prestamistas, refuerza el indicio de la mentira sobre el préstamo para la adquisición de la finca.

6. Erró clara y evidentemente el Tribunal, sigue la acusación, en la apreciación del libelo de la demanda y del interrogatorio de parte de la demandada NOHEMI JOYA, pues no tuvo en cuenta la forma evasiva y mentirosa como respondió, diligencia que al confrontarla por ejemplo con las declaraciones de **PEÑA PAEZ**, y **JAIME MUÑETON**", personas de solvencia moral y de superior estructura cultural que, si bien tuvieron celo por el sigilo profesional, hicieron precisión sobre el no pago en la oficina notarial el primero, y el conocimiento que de él tenía la declarante, el segundo. A lo anterior se suma el contenido de la declaración de renta del año de 1978 en cuanto se refiere a la indicación que **MUÑETON** da de la dirección de su residencia, para recibir notificaciones de impuestos correspondientes a la señora **JOYA**. (fl. 53, c. Corte).

Seguidamente transcribe la censura un párrafo del interrogatorio de parte en mención, en el que se dice que el pago de la finca lo hizo en efectivo y que el dinero lo entregó en la Notaría, delante de los testigos que firmaron la escritura, afirmación respecto de la cual el Tribunal, según el impugnante, *"afirma lacónicamente... 'tampoco emerge con diafanidad conclusión alguna cuando se afirma que no hubo conteo de dinero en la Notaría. Simplemente resulta contrario lo afirmado por la demandada cuando habló incluso de unos presuntos testigos'"*. (fl. 53, c. Corte).

7. También incurrió en error de hecho manifiesto el Tribunal al pasar por alto la diligencia de inspección judicial, ya que dicha prueba no deja la menor duda acerca de la identidad del inmueble materia de la demanda y el que presuntamente se transfirió en venta, mediante la escritura atacada y que es el mismo a que se refieren los declarantes como el lugar donde venían a visitar a don **GREGORIO** como dueño y señor; donde se hacían las reuniones en las cuales se comentó la razón de la venta a favor de **NOHEMI**; y que no era cierto que el señor **CORTAZAR** vivía a expensas de la señora **NOHEMI**, en una pieza que era de los obreros.

8. Otro error fáctico del sentenciador, anota la censura, lo constituye su afirmación según la cual al expediente *"nunca llegó medios de prueba que acreditara que **GREGORIO CORTAZAR**, fué sancionado por elusión de impuestos"*, ya que no se tomó el trabajo de confrontar con todas las declaraciones que permiten inferir que este hecho fue real. Pero, en cambio, si tuvo en cuenta la declaración del abogado JAIME MUÑETON cuando expresó que el recurso de reconsideración que había interpuesto contra tal imposición había sido resuelto favorablemente en 1981. Si el juzgador hubiere confrontado estos dos medios de prueba, obviamente los hallaría contradictorios, pues mientras los testimonios

afirman la existencia de tal hecho, los certificados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público indican lo contrario.

9. Apreció erradamente el Tribunal el contenido de las declaraciones de renta de la demandada, pues las tuvo en cuenta en toda su extensión, esto es, en forma indivisible, sin darse a la tarea de confrontarlas, en especial la del año gravable de 1978, con los testimonios de JORGE JOYA GONZALEZ y AVELINO GONZALEZ, supuestos prestamistas de la señora JOYA (fl. 58, c. Corte).

No observó el Tribunal *"el desfase que existe en la declaración de 1978 (fls. 92, 93, 94) entre el activo, que incluyó el valor del inmueble presuntamente adquirido, y el valor de la deuda que para tal compra había hecho a tal punto que mientras el patrimonio resultó declarado en un total de \$724.223.00 da informe de un pasivo por valor de \$490.000.00, lo que le daba la gracia excepcional de tener un inmueble que en este momento asciende a más de \$80.000.00 sin ningún gravamen, adquirido con un préstamo que nunca pudo probar"* (fl. 59, c. Corte).

10. Finalmente ataca el impugnante el estudio que de la prueba indiciaria hizo el Tribunal, y le imputa la comisión de los siguientes yerros:

1. No tuvo en cuenta el sentenciador el afecto que ligaba *"al difunto **CORTAZAR** con la señora **NOHEMI**"* (fls. 60 y 62, c. Corte).

2. La afirmación de la señora JOYA de haber pagado en la notaría el precio de la compraventa, en efectivo y en presencia de dos testigos, quedó desvirtuada con la del señor notario *"sobre la negativa de tal hecho y con las declaraciones de los hipotéticos prestamistas y la desvinculación de otra parte de ellos que podían correr la misma suerte que los primeros"* (fls. 62 y 63, c. Corte).

3. *"Es un hecho indiscutido que el señor **CORTAZAR** permaneció luego en la finca y que la facultad dispositiva y administrativa la mantuvo y que sólo la asumió doña **NOHEMI**, después del deceso de aquél", lo que demuestra la inejecución del contrato, que se infiere de las declaraciones de **CORTAZAR FORERO**, de la inspección judicial practicada y de las fotografías legalmente reconocidas.*

4. No se descubre en el señor **GREGORIO CORTAZAR ROMERO** ningún motivo que justificara la enajenación a título oneroso del inmueble litigioso, pues tenía suficiente capacidad económica para subsistir con el negocio de la leche. (fl. 63, c. Corte).

5. El supuesto dinero objeto del precio no ingresó al patrimonio del presunto vendedor, o por lo menos no se probó, aunque en la declaración de éste aparece su equivalente por obvias razones de tipo fiscal. La supuesta suma recibida no se le ve sujeta a ningún rendimiento. (fls. 63 y 64, c. Corte).

Para justificar el pago del precio, afirma el Censor, *"se propusieron, a partir de 1978 hacer las declaraciones de renta con un incremento de la deuda de **NOHEMI** a favor de **GREGORIO** pues fue aumentando a favor de éste, desde \$90.000.00 en 1978, cuando adquirió la finca hasta \$600.000.00 en 1983, pero en el 84 ya desaparece esa deuda y figura a partir de entonces otra acreedora que es la señora **DESIDERIA SOCHA VDA DE GONZALEZ**, prestamista del dinero para la compra de la finca, pero quien no concurrió a declarar porque **NOHEMI** desistió por obvias razones"* (fl. 64, c. Corte).

6. Según el casacionista constituyen prueba también de la causa simulandi de la negociación, las manifestaciones de la señora JOYA y sus hijos, los que aprovechándose de la ancianidad y enfermedad del señor CORTAZAR, afirmaron que éste *"vivía solo y aislado,*

aunque dentro de la finca, como un acto de compasión de aquellos porque la prole de su matrimonio se desentendió de él" (fl. 64, c. Corte).

7. Remata la acusación con los indicios que se infieren del trato compartido entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales del señor CORTAZAR (fl. 64) y de la conducta procesal observada por la demandada para justificar el pago efectivo del precio del inmueble (fl. 65, c. Corte).

Culmina la acusación, solicitando se CASE la sentencia recurrida y en su lugar, la Corte convertida en Tribunal de instancia proceda a dictar la que debe reemplazarla accediendo a las pretensiones de la demanda (fl. 67, c. Corte).

CONSIDERACIONES

1. En el mundo contractual sucede que ordinariamente la voluntad expresada por las partes, es el reflejo fiel del querer de las mismas. Sin embargo, esto no resulta ser del todo cierto, habida cuenta que, en algunas ocasiones los interesados impulsados por diferentes móviles se ponen de acuerdo para engañar a los terceros, ya sea realizando apenas en apariencia un acto cuyos efectos no desean, ora escondiendo detrás de la declaración que se pone de presente al público otra intención real y seria que es la que los agentes verdaderamente tienen, pero la cual mantienen oculta a los demás. Situaciones como las anteriores dan lugar a lo que se conoce como simulación absoluta y relativa, respectivamente.

Por lo tanto, pese a que el negocio reúna externamente las condiciones de validez, él no constituye ley para las partes, ya que la comedia no las ata, sino que la verdadera voluntad, la interna, es la llamada a regular sus relaciones, y es por eso que la ley ha consagrado la acción declarativa de simulación, a fin de permitir que los terceros o las partes que

se vean afectados desfavorablemente por el acto aparente, puedan desenmascarar tales anomalías en defensa de sus intereses, y obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta. En ese orden de ideas, cuando de la absoluta se trata, lo que persigue el actor es la declaratoria de la inexistencia del acto aparente, mientras que en la relativa, lo que pretende es que la justicia defina o precise el negocio realmente celebrado, en cuanto a su naturaleza, a las condiciones del mismo o a las personas a quienes su eficacia realmente vincula.

Abandonado el sistema de la tarifa legal que regía en vigencia de la Ley 105 de 1931 o Código Judicial, el actual ordenamiento procesal civil dejó a la libre convicción del juzgador la ponderación razonada del mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de todo lo cual fluye que en materia de pretensión simulatoria, dado el sigilo con que los contratantes actúan en la consolidación del acto aparente, para su ejercicio exitoso los pretensionantes, sin que interese distinguir si de partes o de terceros se trata, pueden acudir a toda clase de medios de prueba, de los cuales la indiciaria resulta ser la más socorrida, máxime tratándose de herederos que pretenden demostrar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el causante.

Empero, en la búsqueda del rastro que denuncie que los hechos que exteriorizan una aparente realidad -precio de la compraventa, entrega del bien, capacidad económica del adquirente, beneficios económicos del enajenante, etc.- entre otros hechos de los que pueda colegirse con certeza que no sucedió el negocio visible, la técnica investigativa enseña que el juzgador al evaluar el resultado que el material probatorio arroja, no puede menos que empezar su labor analizando aisladamente cada medio de prueba, para después confrontar y sopesarlos en su conjunto; de lo contrario la construcción que levante sobre cada uno lo podría conducir a una conclusión contraevidente.

2. Ahora bien, cuando se acusa la sentencia de ser indirectamente violatoria de la ley sustancial, a causa de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, para que salga adelante el ataque es necesario que se reúnan los siguientes presupuestos: 1o. el error ha de consistir en que el Tribunal supone una prueba que no existe en el proceso o, ignora la que verdaderamente existe, es decir, falsea la objetividad de ésta agregándole algo que le es extraño (suposición), o cercenándole su real contenido (preterición); 2o. la comisión del yerro debe llevar al fallador a sacar una conclusión contraevidente, esto es, contraria a la realidad que reflejan las pruebas; y, 3o. el yerro debe ser trascendente, lo que significa que debe incidir en la decisión a tal punto que de no existir el desacierto se hubiera resuelto el litigio de forma diferente.

Es por lo expuesto que la Corte ha reiterado que para que se quiebre una sentencia por error de hecho, es condición **sine qua non** que éste sea manifiesto y trascendente, ya que de no ser así, la conclusión del fallador se sostiene, como que ésta arriba a la casación amparada por la presunción de acierto, según la cual se considera que aquél acertó tanto en la apreciación de la situación fáctica como en la aplicación del derecho. Así las cosas, para que salga triunfante un ataque como el aquí esgrimido es necesario establecer inequívocamente que el razonamiento hecho por el censor para demostrar la evidencia del error fáctico, es el únicamente posible dentro de la lógica que inspira la sana crítica probatoria y que, en consecuencia el efectuado por el sentenciador es absurdo, ilógico o contraevidente.

3. Precisado lo anterior y descendiendo al asunto **sub-judice** se advierte, en primer lugar, que la demanda de casación tiene un defecto de técnica, como que se le achaca al Tribunal haber incurrido en yerro de facto al desechar por sospechosos los testimonios de JUAN CAPERA TIQUE, JAZMIN RODRIGUEZ CORTAZAR, EVA DEL CARMEN CONTRERAS y LUIS ALFONSO RODRIGUEZ JIMENEZ, pues

según lo tiene definido la jurisprudencia, dicho error de existir no es de hecho sino de derecho, ya que tiene que ver con la valoración de la prueba.

Al punto ha dicho la Corte:

“Cuando el Tribunal deja de ver que un testigo es sospechoso... comete error de hecho porque deja de observar cosas que atañen a la objetividad de la prueba. En cambio cuando a pesar de haber visto... que no se encuentra en (los testimonios) causal de inhabilidad o motivos de sospecha, sin razón les niega valor de convicción, entonces incurre en error de derecho, pues desatina relativamente al poder de persuasión que esa prueba tiene”. (cas. civ. junio 20/75).

Por lo tanto, en este asunto, como la inconformidad del recurrente estriba, en los razonamientos que hizo el Tribunal para desechar los testimonios de las personas mencionadas, síguese que se debió atacar el proveído del **ad quem** por error de derecho, ya que la norma probatoria sería la transgredida.

4. Así las cosas, se observa que resultando fallido parcialmente el ataque por una falencia de técnica, no es posible que salga adelante la acusación, ya que, como pasa a demostrarse, las otras pruebas no muestran que el fallador haya incurrido en error de hecho manifiesto y trascendente.

4.1. En efecto, en relación con la *"causa simulandi"* lo primero de hacer ver es que de acuerdo con el criterio expuesto por el Sentenciador, los testimonios de LUCILA PINEDA DE AVILA y MARIA STELLA SALINAS DE ORTIZ, no le merecieron la suficiente convicción sobre el acuerdo simulatorio entre GREGORIO CORTAZAR y NOHEMI JOYA, porque *"nada les constaba"*, sólo eran testigos de oídas.

Tampoco le brindaron certeza los testimonios de JUAN CAPERA TIQUE, JAZMIN RODRIGUEZ CORTAZAR, EVA DEL CARMEN CONTRERAS y LUIS ALFONSO RODRIGUEZ JIMENEZ, no sólo por los motivos de sospecha que en ellos advirtió, dado su marcado interés en la prosperidad de la pretensión simulatoria como parientes de los actores, sino por la forma como depusieron, y por la escasa fuerza de sus afirmaciones, que lo persuadieran sobre la ocurrencia del acto simulado.

La acusación denuncia que el Tribunal omitió concatenar el dicho de los precitados testigos con el de JAIME MUÑETON, porque si de lo relatado por éste infirió que fué asesor tributario de CORTAZAR ROMERO por problemas tributarios que se le presentaron en el año de 1976 en relación con el expendio de leche, lo que demuestra que la causa que lo condujo a la celebración del negocio aparente fué el impedir una futura sanción tributaria, debió entonces acoger como ciertas las versiones de los testigos aportados por los actores, todas las cuales se encaminaban concordantemente a establecer el móvil de la simulada venta.

Empero la evaluación que realizó el Tribunal de lo testificado por el abogado MUÑETON ORJUELA no lo llevó a encontrar el enlace entre su condición de asesor tributario de CORTAZAR ROMERO, que al efecto reconoció el fallador, con el motivo que según los demandantes llevó a su progenitor a realizar la supuesta venta, porque en el examen de este testimonio lo asaltaron las siguientes dudas: *"si el asesor tributario conocio a GREGORIO CORTAZAR ROMERO hacia el año de 1979, ¿cómo es que pudo aconsejarle la venta de la finca, cuando la venta acaeció a mediados del año 1978?"* (fl. 160, c.7); *"si el problema tributario quedó zanjado en 1981, ¿Cómo es que la finca siguió figurando como de propiedad de la demandada NOHEMI JOYA GONZALEZ, hasta el momento de la muerte del vendedor GREGORIO CORTAZAR, hombre meticoloso, cuidadoso de sus negocios y enfermo durante los ultimos años de su existencia?"* (fls. 159 y 160). Y es esta parte del fallo además, la que la

censura se cuida de atacar como contraevidente, como que ni siquiera la toca en la impugnación.

De consiguiente, no se observa error de hecho en la modalidad de manifiesto en que haya podido incurrir el Fallador al apreciar individual o entrelazadamente los diferentes testimonios que lo llevaron a dar por no demostrada la **causa simulandi**, pues sus conclusiones no riñen con la lógica, ni resultan absurdas, ni menos contraevidentes.

4.2. En lo que toca con la **CAPACIDAD ECONOMICA DE LA ADQUIRENTE**, tampoco se advierte el error que el recurrente imputa al ad-quem por la apreciación de las declaraciones de renta presentadas por la demandada, que lo persuadieron sobre la suficiencia de recursos de que disponía al tiempo en que adquirió la finca, porque aunque el supuesto préstamo por ella denunciado en su declaración de renta del año 1978 no resultó corroborado con la declaración del eventual prestamista señor AVELINO GONZALEZ PIRACHICAN, éste no es un hecho indicativo que en forma grave y univoca conduzca a inferir su falta de capacidad económica. Además el Tribunal no solo tuvo en cuenta la declaración de renta del año de 1978, sino también las anteriores que vienen desde el año gravable de 1973 hasta 1984, año éste en que desapareció la deuda contraída por la compradora en favor del vendedor, para figurar en adelante otro acreedor (fl. 153, c. Corte).

En cuanto al desistimiento que del testimonio de la señora DESIDERIA SOCHA VDA DE GONZALEZ presentó la demandada, éste no constituye indicio que lleve a deducir que el mutuo no se realizó, ni menos conduce a evidenciar que el Tribunal incurrió en yerro de facto al colegir la suficiencia de los recursos económicos de la demandada para pagar el precio de la cosa.

En consecuencia, tampoco se evidencia por este aspecto el yerro, pues si para su demostración de requiere de esforzados

razonamientos, como ocurre en el **sub lite**, no se da entonces la característica de manifiesto.

4.3. En torno al **PAGO DEL PRECIO DE LA COSA VENDIDA**, el error de hecho que la censura le enrostra al sentenciador, no resulta ajustado a lo que de la lectura del fallo impugnado se extrae, pues de ésta surge que el Tribunal sí comparó la declaración de la demandada con la versión del Notario, pero no obstante que éste manifestó no haber presenciado el conteo del dinero, ese simple hecho no le mereció la convicción al fallador respecto de que no hubo pago del precio. Lo anterior tampoco constituye error evidente, dado que el Juzgador goza de discreta autonomía en la apreciación de la prueba. De consiguiente su juicio no cae en falencia ni puede ser atacado en Casación cuando sus conclusiones, como ya se ha dicho, no resultan ilógicas o absurdas. Por lo tanto, correspondía entonces a la impugnación demostrar lo disparatado del razonamiento que sobre los dos medios de prueba hizo el Fallador, lo que se echa de menos en este caso.

4.4. Respecto de la **NO ENTREGA DE LA COSA VENDIDA POR EL VENDEDOR A LA COMPRADORA**, la parte recurrente sostiene que el Tribunal no apreció la inspección judicial practicada en el bien materia del litigio, la que refleja sin lugar a dudas que el vendedor *“continuó en posesión del inmueble que dijo vender, porque permaneció luego de la venta en la finca manteniendo la facultad dispositiva y administrativa que sólo la asumió la señora JOYA después de la muerte de aquél y que se colige de las declaraciones de los CORTAZAR FORERO y de las fotografías legalmente reconocidas en la diligencia de inspección judicial”* (fl. 63, c. Corte).

Sin embargo que el Tribunal en su providencia refiérese a la práctica de la inspección judicial en el predio en cuestión (fl. 146, c. 7), y aunque no la consideró para efectos de determinar el dominio que según los actores ejercitó el causante CORTAZAR ROMERO sobre el bien después de llevada a efecto la compraventa a quien fué su compañera, no se

evidencia que dicha prueba demuestre certeramente que el vendedor nunca se desprendió de la posesión material del predio, porque lo que sin lugar a dudas con ella resulta probado es que GREGORIO CORTAZAR ROMERO vivió en la casa que formaba parte de la finca pero no así que se hubiere conducido como su señor y dueño hasta el fin de su existencia. Ahora bien, las declaraciones de los CORTAZAR FORERO no le ofrecieron convicción al fallador sobre la referida posesión, ya que las estimó sospechosas, y como el ataque de esta calificación resulto inane, síguese que por este aspecto la conclusión del Tribunal permanece incólume.

4.5. Finalmente el censor achaca yerro de facto al Tribunal porque, según el, no vió los indicios que constituían la relación de afecto que existía entre los contratantes y la conducta procesal observada por la demandada.

Pues bien, se observa que el Tribunal no encontró hechos indicadores de los que pudiera inferir con certeza la existencia de otros hechos; para él solo surgieron suposiciones que no aportaban la claridad suficiente como para de ellas formar un indicio grave de simulación contractual absoluta.

Al respecto se observa que el yerro de existir sería inane pues él no demuestra, por sí solo, que el acto fué simulado.

A lo anterior se auna que la censura no logró derivar los pilares fundamentales del fallo sobre los cuales el Tribunal edificó su construcción jurídica, a saber: a) El negocio jurídico se celebró antes que el señor CORTAZAR buscara o conviniera con el doctor MUÑETON su asesoramiento en asuntos tributarios luego mal podía haberle éste aconsejado el traspaso de la finca; b) El comportamiento del vendedor que jamás accionó judicialmente (luego de zanjado el problema de impuestos, de aceptar el Tribunal el dicho de MUÑETON) contra la compradora.

Así las cosas y como quiera que la impugnación resulta incompleta, fluye otra razón que impide la rotura de la sentencia porque los razonamientos que no fueron desvirtuados le prestan base sólidas para mantenerse.

Además para llegar a la conclusión por indicios que arrojan los testimonios, se requiere de un esfuerzo mental de comparación y depuración, y como en la calificación que haga de los indicios el sentenciador, es decir si son plurales, graves, precisos y conexos, o por el contrario únicos, leves y no concordantes, tiene dicho la Corte que *"es función que se guarnece en la autonomía del Fallador de instancia cuyo criterio tiene que permanecer inmutable en casación mientras no se demuestre que adolece de error fáctico evidente porque contradice los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza"* (Cas. Civ. 22 de noviembre de 1965, G.J., T. CLXXVI, num. 2415, pág 73 y Cas. Civ. 23 de febrero de 1990 G.J. T. CC, num. 2439, pág 67).

Por lo tanto, aún admitiendo que el ad-quem incurriera en los yerros de facto que la objeción denuncia, lo cierto es que éstos no alcanzan la categoría de evidentes, pues para descubrirlos es menester toda una serie de cotejos, inferencias y deducciones, esto es que el equívoco no brilla al ojo, según expresión constante de la jurisprudencia.

Por tanto, el cargo no prospera.

DECISION

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del 18 de diciembre de 1992, pronunciada por una Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca en el proceso ordinario de MARIA DEL CARMEN, CECILIA, TRINIDAD, CONSUELO, JORGE ISAAC, JOSE GREGORIO y GUILLERMO CORTAZAR FORERO contra NOHEMI JOYA GONZALEZ.

Costas a cargo de los demandantes recurrentes.
Liquídense.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS

PEDRO LAFONT PIANETTA

RAFAEL ROMERO SIERRA

JAVIER TAMAYO JARAMILLO