

## NULIDAD Y SIMULACION

Son dos figuras jurídicas distintas regidas por principios y normas diferentes e inconfundibles. — Simulación ilícita. — Ningún precepto positivo determina el rechazo de esta acción. Condiciones para que la simulación alegada como acción pueda ser judicialmente declarada.

### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

#### SALA DE CASACION CIVIL

Bogotá, D. E., diciembre 18 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de cinco de octubre de 1962, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este juicio ordinario de Eugenio Schmidt contra Juana Llanos de Barthel y Carlos Alberto Osorio.

#### ANTECEDENTES

1. Por escritura número 1258, extendida en la Notaría Segunda de Barranquilla el 24 de diciembre de 1942, la señora Juana Llanos de Barthel compró a la sociedad en liquidación llamada "Compañía Agrícola y Comercial, S. A." estos bienes: "tres acciones y treinta centésimos de otra acción que la mencionada entidad posee en los terrenos denominados 'Culantral', globo de tierras que se compone de diecinueve caballerías, seis fanegadas, tres almudes y una parte de otro almud, y está situado en el Departamento del Magdalena, jurisdicción del Municipio de Sitionuevo" y tiene los linderos que se indican en el instrumento citado. La señora Llanos hizo esta compra en la suma de \$ 23.340, que pagó de contado.

2. Por escritura número 2207, otorgada en la misma Notaría Segunda de Barranquilla el 31 de agosto de 1950, la nombrada señora Juana Llanos de Barthel vendió al señor Carlos Alberto Osorio los bienes que ella había comprado antes a la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.",

esto es, las tres acciones y treinta centésimos de otra acción que estaban radicadas en los terrenos de la comunidad de "Culantral". Consta además en este instrumento que "el precio de esta venta es la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), moneda legal colombiana, que la exponente confiesa haber recibido a su entera satisfacción" y que la misma venta comprendía los derechos que la vendedora tenía en el contrato celebrado con la Compañía de Petróleos del Valle del Magdalena por la escritura número 233, pasada ante el Notario Primero de Barranquilla el 10 de febrero de 1945. También se lee en la misma escritura número 2207: "Presente en este otorgamiento el señor Walter Barthel, de nacionalidad alemana, varón, casado, mayor de edad, con cédula de extranjería número 562 R. E., expedida en Barranquilla, vecino de esta ciudad, a quien también conozco, dijo: que ratifica y confirma en todas sus partes la venta y cesión que su esposa, señora Juana Llanos de Barthel, hace a favor del señor Carlos Alberto Osorio por medio del presente instrumento público".

#### EL LITIGIO

En junio de 1955 y ante el Juez Civil del Circuito de Barranquilla, los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt demandaron a los señores Juana Llanos de Barthel y Carlos Alberto Osorio para que, en la sentencia respectiva, se hicieran estas declaraciones:

*Primera.* "Que es simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura número 1258, de 24 de diciembre de 1942, de la Notaría Segunda de este Circuito, y por medio de la cual la 'Compañía Agrícola y Comercial, S. A.', en liquidación y con domicilio en esta ciudad, dijo transmitir a título de venta a la señora Juana Llanos de Barthel el derecho de dominio sobre

tres acciones y treinta centésimos de otra acción que la mencionada entidad posee en los terrenos denominados Culantral", y ello por razón de "que la señora Juana Llanos de Barthel convino privadamente con los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt en aceptar la venta y figurar como aparente compradora, para más tarde, cuando hubieren cesado el estado de guerra internacional y las restricciones legislativas de carácter fiscal vigentes en esa época para las enajenaciones de inmuebles por parte de los súbditos del gobierno alemán, devolverles los bienes adquiridos a los verdaderos adquirentes, señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt". Se pidió también que como consecuencia de esta primera declaración se hicieran estas otras:

"a) Que la señora Juana Llanos de Barthel procedió en el otorgamiento de la escritura número 1258, de 24 de diciembre de 1942, de la Notaría Segunda de este Circuito, a virtud de un mandato sin representación y en relación con mis poderdantes, y en tal virtud no adquirió para sí los bienes determinados en ese instrumento, sino para sus mandantes Walter Barthel y Eugenio Schmidt; b) Que es asimismo simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950, de la Notaría Segunda de este Circuito, por medio de la cual la señora Juana Llanos de Barthel dijo vender al señor Carlos Alberto Osorio los bienes a que se refiere esta petición primera de la demanda, no sólo por haber asumido la posición de dueña, como adquirente de ellos, sino por no existir intención de transferir su dominio por su parte, ni la de adquirirlo por la del supuesto comprador don Carlos Alberto Osorio, y, en consecuencia tales bienes y por virtud de aquel contrato no han salido del patrimonio de sus verdaderos adquirentes y dueños, señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt".

*Segunda.* Que en subsidio de la primera petición "se declare que los bienes determinados en la escritura número 1258, de 24 de diciembre de 1942, de la Notaría Segunda de este Circuito, fueron adquiridos por la señora Juana Llanos de Barthel, no para sí, sino para los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt, en virtud de un mandato sin representación, y consecuentemente se declare resuelto el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950, de la Notaría Segunda de este Circuito, por falta de pago del precio estipulado en ella, pues no ha sido entregado a la aparente vendedora, señora Juana Llanos de Barthel, ni a sus mandantes señores Walter

Barthel y Eugenio Schmidt; y se ordena la cancelación de dicho instrumento público, así como su correspondiente registro".

Se solicitó también que, como secuela de cualquiera de las declaraciones anteriores, se condenara a los demandados a restituir a los actores los bienes mencionados, con sus respectivos frutos, y a pagar las costas del juicio.

Los hechos de la demanda pueden compendiarse así:

1. Con ocasión de la segunda guerra mundial "el Gobierno de Colombia expidió una serie de medidas de defensa, tendientes, entre otras cosas, a restringir la libertad personal y la contractual de los súbditos de los gobiernos alemán, italiano y otros, a los cuales se limitó el otorgamiento de instrumentos públicos en que constaran enajenaciones de sus bienes y otras restricciones, viéndose obligados a la liquidación de sus negocios, al traspaso de sus haberes a sus familiares y amigos de confianza colombianos, mediante el otorgamiento de documentos en que se simulaban enajenaciones y otra clase de operaciones".

2. Walter Barthel y Juana Llanos habían contraído matrimonio desde el seis de mayo de 1932 y formado una sociedad conyugal, pero más tarde se separaron de bienes mediante la escritura número 520, corrida ante el Notario Tercero de Barranquilla el 24 de abril de 1939.

3. Por motivo de las expresadas medidas legislativas, los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt liquidaron sus negocios hasta donde les fue posible y sus haberes "le fueron entregados a la señora Juana Llanos, a través de la cual eran manejados por aquéllos", y fue así como, mediante la citada escritura número 1258, de diciembre 24 de 1942, dicha señora Llanos adquirió, con dineros de Barthel y Schmidt y para ellos, los bienes que compró a la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", con el pacto privado de devolver esos bienes a sus legítimos adquirentes una vez que hubieran cesado las restricciones de que se habla.

4. Fue también así como Barthel y Schmidt autorizaron privadamente a la señora Llanos para hipotecar en favor de Elías M. Muvdi y Compañía, de Barranquilla, los mismos bienes adquiridos por la escritura número 1258, a fin de explotar con los dineros recibidos en préstamo la industria de ganadería en esas tierras, bajo la dirección de los mismos Barthel y Schmidt, lo que sucedió en realidad hasta cuando éstos fueron internados en un campo de Fusagasugá.

5. La señora Llanos, aparente compradora de las tierras de "Culantral", para corresponder

a la confianza depositada en ella y en garantía del convenio privado existente entre la misma señora y los señores Barthel y Schmidt, otorgó en favor de éstos testamento cerrado por escritura número 229, de 23 de febrero de 1943, y "posteriormente a favor de su esposo y de su hijo por nacer, por escritura pública número 2288, de 14 de agosto de 1946, ambas de la Notaría Segunda de este Circuito".

6. Por la inexperiencia de la señora Llanos en la administración de fincas rurales y en el negocio de ganadería, los señores Barthel y Schmidt convinieron con ella en que se asesorara del señor Carlos Alberto Osorio en la dirección de esos asuntos, previa aceptación de éste, y así fue como aquéllos facultaron a la misma Llanos para que le confiriera poder a Osorio a fin de que éste interviniera en la celebración del contrato de arrendamiento y exploración de la finca "Culantal" con la Compañía de Petróleos del Valle del Magdalena, contrato que se consignó en la escritura número 350, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla el siete de marzo de 1945, instrumento éste que fue suscrito por Osorio como mandatario de la citada Llanos.

7. Cuando cesaron las sobredichas medidas restrictivas de la libertad contractual por terminación de la guerra mundial, los demandantes "solicitaron de Juana Llanos de Barthel la ejecución del convenio celebrado privadamente, la devolución de los bienes adquiridos por ella aparentemente y para ellos, pero dicha señora eludió tal ejecución y con fecha 31 de agosto de 1950 y por medio de la escritura 2207, de la Notaría Segunda de este Circuito, simuladamente expresó vender al señor Carlos Alberto Osorio los bienes que aparentemente había adquirido por medio de la escritura 1258, de 24 de diciembre de 1942".

8. El aparente comprador Osorio no pagó el precio de las acciones, ya que no fue recibido por la aparente vendedora Llanos ni por los mandantes de ésta, señores Barthel y Schmidt, y el aludido contrato de compraventa sólo tuvo por mira trasferir en apariencia a Osorio el derecho de dominio sobre bienes que pertenecían a los mismos Barthel y Schmidt, a fin de "hacer así más difícil el cumplimiento del pacto privado" a que se ha hecho referencia y del cual estaban enterados los mentados Llanos y Osorio. Y con ese mismo fin el señor Osorio se hizo adjudicar tales bienes en la liquidación que se hizo de la sociedad conyugal que él tenía formada con su esposa Alicia Carbonell de Osorio,

liquidación que se llevó a cabo por la escritura número 2170, extendida en la Notaría Segunda de Barranquilla el 31 de diciembre de 1953.

El apoderado judicial de la señora Juana Llanos dio respuesta a la demanda "aceptando como ciertos la totalidad de los hechos en que aquélla se fundamenta, por haberme autorizado expresamente mi patrocinada para proceder en esa forma, ya que tales hechos se ajustan en un todo a la realidad de lo acontecido y allí relatado, siendo por lo tanto tales hechos exactos y verídicos en todo su contenido".

También el demandado Carlos Alberto Osorio contestó el libelo negando la mayoría de los hechos, manifestando oponerse a las pretensiones de los actores y proponiendo las excepciones de falta de causa para pedir, de ilicitud de esa misma causa y de prescripción.

Más tarde el señor Walter Barthel desistió y su desistencia fue aceptada. Sucedió también que la demandada Juana Llanos suscribió y presentó un memorial al Juez del conocimiento, en el cual dijo que ella "no autorizó al abogado que intervino en la contestación de la demanda para que aceptara los hechos, por no ser cierto que yo haya dispuesto para mi beneficio personal de dineros o valores que me hubieran entregado en depósito los demandantes, pues la finca objeto del pleito la pagué con dinero de mi propiedad".

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 12 de agosto de 1960, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a los demandados, se ordenó cancelar la inscripción del mismo libelo y se condenó en costas a la parte demandante.

#### LA SENTENCIA ACUSADA

Surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla pronunció el fallo de cinco de octubre de 1962, por el cual se confirmó la decisión apelada y se denegó la condena en costas.

Después de hacer la reseña del juicio, la sentencia del Tribunal se refiere a la llamada súplica sustancial de la demanda, la cual se encamina a obtener la declaración de que es simulado el contrato de compraventa celebrado entre Juana Llanos de Barthel y la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", por la escritura número 1258, de diciembre 24 de 1942, simulación consistente en que, en virtud de pacto privado u oculto, la señora Llanos convino con Walter Barthel y Eugenio Schmidt en aceptar

esa venta y en figurar como compradora aparente, pero obrando en realidad como mandataria de éstos y obligándose a restituirles los bienes adquiridos cuando hubieran cesado las medidas de carácter fiscal que les restringía la libertad de contratación. Luego comenta dicho fallo:

“Se trataría, según se pretende, de una simulación de adquirente o interposición de persona, modalidad citada por la jurisprudencia y la doctrina como uno de los medios frecuentes a que se acude para defraudar a terceros acreedores, para evadir o aminorar los impuestos, que, como se sabe, aumentan progresivamente, o para burlar disposiciones fiscales, que es lo que se afirma, del régimen restrictivo de administración de los bienes de los súbditos de un país respecto del cual declaró Colombia el estado de beligerancia en la última guerra mundial. Se estaría, pues, en presencia de un caso típico de fraude a la ley, que consiste en el empleo de medios más o menos lícitos, pero no aceptados por la ley. Tratándose de una simulación relativa, en el que no se oculta la causa, sino el adquirente verdadero, la acción no tiene por fin obtener la nulidad del pacto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez con aplicación de las reglas pertinentes. Resulta claro entonces que quien pretende la prevalencia de un acto oculto, tiene el elemental e ineludible deber de descubrirlo, de presentarlo tal como él es, de ponerlo al alcance de la vista y del entendimiento del juzgador, en una palabra, ha de probar plenamente su existencia en la realidad y ante la ley, ya que para que pueda hablarse de prevalencia se requiere la plena demostración de lo prevalente sobre lo prevalido”.

En respaldo de estos conceptos la sentencia cita una doctrina de la Corte y acomete enseguida el estudio de las pruebas allegadas para demostrar la simulación que se alega. Dice que en el caso de esta contención se ha pretendido comprobar esa simulación con base en estos tres hechos indiciarios: “el interés de los demandantes en sustraer de su patrimonio los bienes raíces o en que éstos no entraran a él, por el temor de que fuesen ‘congelados’, inmovilizados o gravados en cualquier forma; la posesión de los terrenos de ‘Culantral’ por los demandantes después de la venta que se impugna; y, por último, la íntima vinculación entre la señora Llanos y el señor Barthel, dada su condición de cónyuges”. Sobre el primero de estos indicios observa que no hay informe de que los señores Barthel y Schmidt fueran socios de la “Com-

pañía Agrícola y Comercial, S. A.” y que en consecuencia hay que descartar por este aspecto su interés en ocultar el inmueble con la venta que esa sociedad le hizo a la señora Llanos. Añade que resulta inverosímil la versión que se expone en la demanda de que, para evitar complicaciones con el fisco, los demandantes hubieran querido vincular dinero efectivo, de fácil ocultamiento, a bienes inmuebles por conducto de la señora Llanos e irse ambos a trabajar a la finca, despertando con ello sospechas sobre su conducta y exponiéndose a que les descubrieran la patraña. Además, la ocultación de la propiedad de los inmuebles tendría alguna explicación si hubiese coincidido con la situación que atravesaban los dichos dos súbditos del gobierno alemán, pero ello no fue así, porque los bienes de ambos quedaron libres del régimen de administración fiduciaria en 1947 los del uno y en 1948 los del otro, no obstante lo cual nada hicieron ellos para conseguir que la Llanos les restituyera los bienes, amén de que el señor Barthel aprobó la transferencia de la finca que su esposa le hizo al señor Carlos Alberto Osorio. “Como se ve —afirma el fallo— si algún valor indiciario tiene el comportamiento de los demandantes ante aquella emergencia, es el de hacer inverosímil la versión en que se quiso apoyar las pretensiones de la demanda”.

Acerca del indicio consistente en la posesión de los demandantes sobre el fundo de “Culantral”, anota la sentencia que se buscó probar esa posesión con el testimonio del señor Pedro Alejandro Donado, pero que no se logró ese intento, porque este declarante lo que en el fondo afirma es que la poseedora era la señora Llanos. “Con esta prueba —expresa el fallo— aducida por la parte actora, no sólo no se acreditó la pretendida posesión de los demandantes, sino que se infirmó ese hecho en forma rotunda. Como prueba única, ésta no puede ser más ineficaz para establecer el hecho indiciario de que se trata”.

Sobre el indicio de simulación que se funda en la unión conyugal de Walter Barthel con Juana Llanos, observa la sentencia que ese vínculo matrimonial no aparece comprobado con ninguna de las pruebas principal o supletorias que la ley exige, pues que toda la prueba aportada sobre este particular se reduce a afirmaciones de esa unión hechas en dos escrituras, elementos que son absolutamente ineficaces para demostrar el matrimonio.

Se refiere también la sentencia al indicio que se hace consistir en haber otorgado la señora Llanos testamento en favor de los demandantes

y apunta que las dos memorias testamentarias que dicha señora otorgó lo fueron en forma cerrada y que en consecuencia no se sabe si en realidad ellas favorecían o no a los dichos actores. El fallo termina así el examen de los indicios expresados:

“Se concluye, pues, que el actor no ha justificado procesalmente la pretensión contenida en la primera petición principal del libelo, por lo cual habrá de despacharse negativamente. Igual suerte habrá de correr la segunda petición principal, ya que ésta es consecuencia de aquélla, desde luego que, no habiéndose probado la simulación del contrato por medio del cual la señora Llanos compró a Compañía Agrícola y Comercial, S. A., parte de las tierras de ‘Culantral’, los demandantes carecen de interés jurídico para demandar la simulación del contrato subsiguiente, contenido en la escritura 2207 de 1950, en virtud de la cual la expresada señora vendió al señor Carlos Alberto Osorio lo que antes había adquirido. Ese interés, como medida de las acciones, es lo que la jurisprudencia llama hoy comúnmente legitimación para obrar, que cuando está ausente del proceso inhibe al fallador para pronunciarse sobre el fondo del asunto”.

La sentencia se ocupa luego en las súplicas subsidiarias de la demanda, dirigidas a que se declare que los bienes comprados por la señora Juana Llanos a la “Compañía Agrícola y Comercial, S. A.”, fueron adquiridos por la compradora, no para ella misma, sino para los señores Barthel y Schmidt, en virtud de un mandato oculto, y que en consecuencia se decrete la resolución del otro contrato de compraventa celebrado por la misma Llanos con el señor Osorio por falta de pago, ya que el precio de la finca no fue cubierto por éste a la aparente vendedora ni a sus mandantes Barthel y Schmidt. Sobre estos pedimentos dice el fallo que, aunque la jurisprudencia de la Corte ha admitido la figura del mandato sin representación, en el caso presente hay tal deficiencia probatoria que sería ocioso detenerse a examinar dichas súplicas. “Con efecto —afirma la sentencia— la única prueba que obra en el proceso sobre la existencia de ese convenio entre los presuntos mandantes y mandataria, es la total e irrestricta aceptación que ésta hizo de los hechos y de las pretensiones de la demanda, al contestarla su apoderado. Con todo, tal confesión, aparte de su limitado alcance de perjudicar sólo a quien la hizo, no merece la aceptación de la justicia tanto por haber sido desvirtuada en forma expresa y terminante por la propia confesante en

el escrito de retractación que figura al folio 74 del cuaderno principal, como por estar contradicha por las demás pruebas del proceso. Por tanto, como no se ha probado la existencia del contrato de mandato en que se apoyan las súplicas subsidiarias, éstas habrán de ser denegadas también”.

#### LA IMPUGNACION

Con respaldo en la primera causal de casación, la parte demandante formula contra la sentencia de segundo grado tres reparos, así:

##### *Primer cargo.*

Se hace consistir en el quebranto indirecto de “los artículos 1766, 1767, 1769 del Código Civil, en relación con las disposiciones de los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, 1602, 1759 y 1760 de aquel estatuto, por aplicación indebida”, y ello a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

En orden a sustentar este primer motivo, el recurso alude a lo expuesto por la sentencia sobre las pruebas relacionadas con las súplicas principales de la demanda y transcribe enseguida los pasos sustanciales de la casación de 24 de marzo de 1958, en que la Corte reiteró su doctrina acerca del mérito demostrativo de las escrituras públicas y de las pruebas que las partes necesitan aducir para desvirtuar las declaraciones simuladas que consignan en esos instrumentos (LXXXVII, 2194, 483). Anota a este respecto que la señora Juana Llanos admitió ser ciertos todos los hechos de la demanda inicial y que, a más de ello, fue luego declarada confesa, pero que en la sentencia no se tuvo en cuenta ni se apreció esta confesión, que es “de vital importancia para los efectos de la demostración de la existencia del pacto oculto o privado y consecuentemente de la simulación demandada”. En cambio, dice el recurrente, se desestimó la prueba de indicios producida en el juicio, a causa de haberla examinado en forma aislada y desarticulada de la confesión dicha, a la cual le sirve de complemento, “como que de la apropiada estimación de la prueba específica de la confesión dependía primordialmente la apreciación concordante de la de indicios, por constituir aquélla el eje en torno del cual, atendida su calidad, han debido girar éstos, imponiéndose la vehemente presunción de que con su apreciación hubiera llegado el juzgador a una conclusión distinta de la que llegó”.

Repítese el recurso que la confesión judicial y ficta de la demandada Llanos, unida a la del codemandado Osorio, es de tal entidad probato-

ria que determina, conforme a la citada doctrina de la Corte, la variación del supuesto básico del fallo impugnado y también de sus pronunciamientos, los cuales se apoyan exclusivamente en la desestimación de las pruebas indiciarias que fueron examinadas en forma desconectada de esa prueba principal de confesión. Y ello porque los artículos 606, 607 y 618 le asignan a la confesión el valor de plena prueba.

Después de referirse a la graduación lógica que las normas positivas consagran en favor de las pruebas de confesión y de instrumentos públicos sobre la de presunciones, el recurso concluye así la exposición de este primer cargo: "En esta forma el sentenciador incurrió en su fallo recurrido en un doble error de hecho evidente en los autos, consistente el uno en la falta de apreciación absoluta de la prueba de confesión de la parte demandada, sobre la existencia del pacto oculto prevalente sobre el aparente y ostensible, y el otro en la errada apreciación de la prueba indiciaria en la forma comentada, que lo indujeron a la violación de los artículos 603, 604, 605, 606, 607, 418 y 419 del Código Judicial, e indirectamente a la de los preceptos sustantivos de los artículos citados en la primera parte de este cargo, por aplicación indebida de ellos".

#### *Segundo cargo.*

Consiste también en el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 1766, 1767, 1768 y 1769 del Código Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias violadas se señalan los artículos 661, 662, 665 y 667 del Código Judicial.

En desarrollo de este motivo, el recurso se refiere al examen que la sentencia hizo de las pruebas indiciarias que se allegaron para demostrar la simulación y repite que el fallo analizó esos indicios en forma aislada y desarticulándolos de la prueba principal de la confesión hecha por la parte demandada. Expresa que la prueba indirecta o indiciaria no tiene valor por sí misma y de manera aislada, sino unida y en conexión con otros elementos de juicio de la misma o de distinta categoría, de modo que todos guarden armonía entre sí y con el hecho que se pretende comprobar. Además los indicios no pueden ser apreciados aisladamente unos de otros, sino que deben considerarse en conjunto y teniendo en cuenta la conexión existente entre ellos y con el hecho que se quiere probar. Añade enseguida el recurso:

"El Tribunal de Barranquilla no usó en la estimación o apreciación de la prueba indirecta

el proceso de análisis y síntesis recomendado por la doctrina y la jurisprudencia, como que no hizo ese análisis en conexión con la prueba de la confesión de la parte demandada, ni con la mutua que debe existir entre los diversos indicios, y empleó el socorrido sistema de aislamiento de esos elementos probatorios, y en este camino se olvidó de la presencia en los autos de la prueba directa de la confesión, así como de los indicios consistentes en la existencia de disposiciones legislativas dictadas por el Gobierno Nacional con motivo del estado de guerra internacional existente a partir del año de 1939, sobre restricción de la libertad personal y contractual de los súbditos del gobierno alemán y otros".

Sostiene también el recurrente que, al analizar los indicios en forma aislada y desarticulada, el fallo incurrió en un error de derecho por apreciación errónea que lo condujo a infringir el artículo 665 del Código Judicial y de manera indirecta el artículo 1766 del Código Civil, por aplicación indebida.

#### *Cargo tercero.*

Versa sobre la violación indirecta de los artículos 1766, 1871, 1546 y 1608 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se citan los artículos 664, 665, 666, 610, 618, 619 y 597 del Código Judicial y 1769 del Código Civil.

El recurso sustenta este cargo diciendo que la confesión, así expresa como ficta, tiene el mérito de plena prueba, según los artículos 604, 607, 610, 618 y 619 del Código Judicial, y que por tanto la sentencia, al negarles valor demostrativo a las confesiones judicial y ficta de la demandada Llanos, incurrió en un error de derecho que la condujo a violar los preceptos sustanciales anotados, por aplicación indebida de unos y por falta de aplicación de otros. Este error resulta aún más ostensible si se tiene en cuenta que, para subestimar la aludida prueba de confesión, la sentencia incurrió en otro error igual al darle entrada en el proceso y considerar el memorial de retractación presentado a destiempo por la propia demandada Llanos, memorial que no se allegó en ninguna de las oportunidades que señala el artículo 597 del Código Judicial.

Fuera del anterior, el fallo cometió un error manifiesto de hecho al no haber apreciado la prueba de confesión contenida en las posiciones absueltas por el demandado Carlos Alberto Osorio, "al no apreciar la prueba mencionada de confesión —expresa el recurso— el Tribunal

Superior de Barranquilla incurrió en el error de hecho de falta de apreciación de dicha prueba. Si la hubiera estimado, le hubiera otorgado la fuerza probatoria que la ley le otorga a este elemento, y la decisión sobre las peticiones subsidiarias de la demanda habrían sido favorables, ya que la confesión sobre no pago del precio de la compraventa en la forma estipulada en la escritura pública que la contiene, induce a decretar la resolución de dicho contrato”.

Después de transcribir una doctrina de la Corte sobre los elementos constitutivos de la acción resolutoria, el recurrente pone así término a la exposición de este otro aspecto del motivo en examen: “Con aquella falta de apreciación de la prueba de la confesión del demandado Carlos Alberto Osorio, error evidente de hecho manifestado en los autos, se violó, los artículos 1769 del Código Judicial, e indirectamente los artículos 1546 y 1930 y concordantes del Código Civil, por indebida aplicación o falta de ella”.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Antes de acometer en concreto el análisis de los cargos expuestos, se hace necesario considerar y poner en claro dos asuntos que surgen de las protensiones deducidas por las partes.

La primera de tales cuestiones concierne a la excepción de causa ilícita que fue propuesta por el demandado Carlos Alberto Osorio y que, como opositor, ha desarrollado su mandatarario en casación por el aspecto de la inmoralidad que implica el protender los demandantes fundar su acción de simulación en un fraude al régimen sobre administración fiduciaria de los bienes de los súbditos del gobierno alemán durante la segunda guerra mundial.

Está visto que los actores afirman en su demanda que, con motivo de las medidas sobre administración fiduciaria de los bienes mencionados, ellos liquidaron sus negocios y le entregaron sus haberes a la señora Juana Llanos, y que ésta, con dineros de los propios demandantes, adquirió unas acciones en la comunidad de “Culantral”, adquisición que hizo como mandataria de los mismos señores Barthel y Schmidt y con el convenio privado de restituirles esos bienes cuando hubieran cesado las medidas expresadas. Con respaldo en estos asertos que la sentencia juzgó inverosímiles, la parte opositora sostiene que los demandantes cometieron un fraude a la ley y que ese acto de indignidad los priva del derecho de alegar la simulación que hacen valer y de procurar la restitución de

las acciones o derechos en la comunidad de “Culantral”.

Sobre este argumento, que es trasunto de la excepción de causa ilícita inicialmente propuesta, cabe observar:

1. *La simulación es un fenómeno jurídico que está previsto por el artículo 1766 del Código Civil; sólo en casos excepcionales aparece prohibido por la misma ley (C. C., 1023, 1371 y 2170). Así lo ha reconocido tradicionalmente la doctrina de la Corte, cuyos esfuerzos en esta materia vienen encaminados a elaborar los lineamientos propios de ese fenómeno, con base en el citado artículo 1766.*

*La figura jurídica de la simulación ofrece perfiles y caracteres que la diferencian de la nulidad y que no permiten confundirla con ésta, y se halla sujeta a un régimen distinto del que disciplina en general el fenómeno de la invalidez de los actos jurídicos. Desde 1935 la Corte ha venido sosteniendo que la simulación no es por sí misma causa de nulidad y distinguiendo un fenómeno de otro y el régimen a que cada uno de ellos está sometido.*

2. *El objeto y la causa ilícitos en los contratos producen la nulidad absoluta de éstos, es decir, que la ilicitud del objeto o de la causa se halla sancionada con la invalidez absoluta del respectivo acto jurídico (C. C., 1741).*

*Conforme a lo prescrito por el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad judicialmente declarada confiere a las partes derecho para ser restituidas al statu quo ante, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Y el artículo 1525 ibidem dispone que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. Según estos preceptos, la regla general es la restitución de las partes al estado anterior al contrato que se declara inválido; la excepción consiste en la no restitución a ese estado precedente cuando la nulidad que se decreta tiene su origen en la ilicitud del objeto o de la causa. Esta excepción constituye por sí misma una sanción y en su doble carácter de excepción y de sanción no puede recibir aplicación extensiva o analógica, esto es, que no puede extenderse ni ser aplicada a fenómenos ni en campos distintos del de la nulidad que proviene de esa misma ilicitud. Lo cual significa que tal excepción no tiene cabida ni puede aplicarse por analogía en el terreno de la simulación, porque ésta no se identifica con la nulidad ni es causa de ella.*

3. *En materia de simulación el contrato aparente o ficticio carece de causa en el sentido*

objetivo y clásico de la expresión; no hay en él prestaciones que se determinen recíprocamente. La causa simulandi del contrato ficticio consiste en el móvil que ha inducido a las partes a fraguar la simulación y a crear con ella una apariencia engañosa ante terceros; ese móvil varía en cada caso particular y puede ser lícito o ilícito. De donde resulta que, mientras en los contratos serios la causa ilícita engendra la nulidad de éstos, en los negocios simulados la ilicitud del móvil o causa simulandi no produce la misma consecuencia extintiva. En tales negocios, la causa simulandi, lícita o ilícita, sirve para explicar el por qué de la ficción o del engaño ante terceros, pero no tiene repercusión alguna sobre la validez o la ineficacia del contrato real u oculto, el cual tiene una causa propia que lo rige y que determina su validez o su nulidad. Así lo ha sostenido la Corte en casaciones de junio 8 de 1954 (LXXVII, 2142, 793), de septiembre 2 de 1954 (LXXVIII, 2146, 556) y de octubre 5 de 1954 (LXXVIII, 2147, 845).

Esta doctrina armoniza cabalmente con la naturaleza y las características del fenómeno de la simulación, y de acuerdo con ella la causa simulandi ilícita no produce la nulidad del contrato aparente, ni consecuencia alguna sobre el contrato real y secreto. Este contrato debe tener su propia causa y ha de resultar eficaz o nulo según que esta causa sea lícita o ilícita.

4. La prohibición de repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, que establece el artículo 1525 del Código Civil, constituye la consagración legislativa de la regla Nemo auditur. Esa prohibición no tiene cabida en materia de simulación, como viene dicho, y además su aplicación en este campo produciría consecuencias irritantes y conduciría a situaciones injurídicas. En efecto, la aplicación de tal regla afianzaría los negocios simulados en vez de destruirlos como consecuencia de la simulación misma; daría lugar a que esos negocios produjesen un resultado idéntico al que genera el cumplimiento de las obligaciones naturales, y derivaría hacia un enriquecimiento injusto de parte del simulante demandado, cómplice y aún posible autor principal del fraude a terceros o a la ley.

5. Si se llegara a admitir la aplicación de la regla Nemo auditur en el campo de la simulación, sobrevendría el caso de que el simulante actor, advertido por ello del posible insuceso de su pretensión, procuraría omitir u ocultar en su demanda toda referencia al móvil ilícito y alegaría una causa simulandi lícita y también fic-

ticia. En este supuesto correspondería al simulante demandado descubrir y probar el verdadero móvil ilícito, a fin de evadir la restitución de los bienes recibidos en apariencia. Esto sería escandaloso, y resultaría doblemente inmoral que al demandante se le rechazara su acción por alegar un móvil ilícito y que, en cambio, al demandado se le permitiese acudir a ese mismo móvil para exonerarse de la restitución y consolidar su enriquecimiento injusto, obteniendo así un premio a su deslealtad y a su mala fe. No sería contrario a la justicia y a la más simple lógica que entre las partes simulantes no pudiera alegarse la simulación ilícita como acción, pero que sí se la pudiese invocar y hacer valer como excepción.

6. Ni aun en el propio ámbito de la nulidad absoluta atiende siempre la ley a la aplicación de la regla Nemo auditur. Así puede verse que en los juegos y apuestas prohibidos la ley autoriza repetir lo que en ellos se ha pagado (Ley 153 de 1887, Art. 95).

7. Denegar la repetición o la restitución de bienes en materia de simulación ilícita, equivaldría a hacer ilusoria la acción correspondiente, y ello cuando la propia ley da margen al negocio simulado, reconociéndole efectos jurídicos entre las partes que lo conciertan. Esa denegación quebrantaría aquel principio que ordena preferir la realidad a la apariencia (*plus valere quod agitur quam quod simulatur*).

8. Según reiterada doctrina de la Corte, la acción de simulación es una acción de prevalencia del convenio real y secreto sobre el aparente. Esa acción se encamina a disipar la ficción y a obtener el cumplimiento del acto oculto; ella surge, pues, del pacto reservado cuya prevalencia se pretende, y no puede en consecuencia ser afectada ni interferida por la ilicitud de la causa simulandi del negocio fingido.

9. Ningún precepto positivo determina el rechazo de la acción de simulación ilícita. El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 sólo se refiere a la acción de nulidad absoluta, y ello, no para prohibir tal acción, sino para autorizar su ejercicio por quien tenga interés en promoverla. Lo único que esta disposición prohíbe es sanear la nulidad absoluta que proviene de objeto o causa ilícitos. Ni aun admitiendo en hipótesis la aplicación analógica de esta norma a la simulación ilícita, podría ampararse en ella la conclusión de rechazar la acción que se dirige a hacer declarar esta simulación.

En resumen: la regla Nemo auditur, consagrada por el artículo 1525 del Código Civil, es



*aplicable en el campo de la nulidad absoluta, pero no en la esfera de la simulación, porque ella tiene carácter excepcional y estricto y porque la nulidad y la simulación son dos figuras jurídicas distintas y se hallan regidas por principios y normas también diferentes e inconfundibles.*

*Estas observaciones permiten concluir que la excepción de causa ilícita o argumento de inmoralidad expuesto por la parte opositora, no es de recibo ni puede prosperar en este negocio que se refiere, no a una nulidad absoluta, sino a una supuesta simulación.*

II. El segundo punto que conviene poner en claro se relaciona con la simulación que se invoca en la primera de las súplicas formuladas en la demanda inicial de esta litis.

Allí se solicita la declaración de que es simulado el contrato de compraventa de unas acciones en la comunidad de "Culantral", celebrado por la señora Juana Llanos con la sociedad en liquidación llamada "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.". Tanto a continuación de este primer pedimento como en los hechos de la demanda, se expresa que la simulación mencionada consiste en que la compradora Llanos, al intervenir en la celebración de esa compraventa, obró como mandataria sin representación de los demandantes y que en consecuencia no adquirió para ella los bienes comprados, sino para los señores Barthel y Schmidt. ¿Se trata en realidad de un contrato simulado, de una verdadera simulación, o de otra figura jurídica distinta?

Importa observar en primer término que la simulación alegada como acción, no puede ser judicialmente declarada sino con audiencia de todas las personas que intervinieron como partes en el negocio simulado. El vínculo, aun aparente, que genera una convención ficticia, no puede ser desatado sin la presencia en juicio de cuantos aparecen ligados por él. En el presente caso se invocó la declaración de simulación frente a la señora Juana Llanos y al señor Carlos Alberto Osorio, pero no con citación y audiencia de la compañía vendedora de las acciones en "Culantral". La abstención en demandar a esta sociedad no puede imputarse aquí a olvido o negligencia de los actores, sino al hecho indudable y notorio de que no se trata en realidad de un fenómeno de simulación, sino de una figura diferente. Si la compraventa celebrada por la señora Llanos con la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", hubiera sido simulada y si en este caso se tratase de veras de una acción de simulación, el juzgador de mérito habría tenido que inhibirse de proferir sentencia de fondo por

falta del presupuesto procesal de demanda en forma, consistente el defecto en no haberse integrado regularmente la parte demandada, ya que no se llamó a juicio a la sociedad vendedora como interesada en aquel contrato. Pero como no se trata de una verdadera simulación, no hubo ni hay necesidad de llegar al fallo inhibitorio por la ausencia en juicio de la nombrada compañía vendedora.

¿De qué figura se trata entonces? Si, como se afirma en la demanda, la simulación que se alega proviene de que la señora Llanos celebró dicha compraventa como mandataria sin representación de los demandantes Barthel y Schmidt, hay que concluir que no se trata en realidad de una simulación y que lo sucedido aquí es que se ha producido una confusión entre el mandato oculto o sin representación y la simulación por interposición de persona. En ambas figuras hay ciertamente una interposición de persona, pero en posturas y con funciones y efectos tan distintos en uno y otro fenómeno que no permiten identificar y confundir al mandatario a nombre propio con el testaferro. En el mandato oculto, el mandatario obra en su propio nombre, adquiere él los derechos derivados del contrato que celebra con un tercero, se hace titular de estos derechos y contrae directa y personalmente las obligaciones correlativas. El mandante no adquiere esos derechos ni contrae tales obligaciones, porque ningún vínculo jurídico se establece entre él y la persona que contrata con el mandatario. Las relaciones entre éste y su mandante se rigen por el contrato de mandato, el cual genera para el mismo mandatario la obligación de transferirle a dicho mandante los derechos adquiridos del tercero. La circunstancia de que el mandatario, al obrar en nombre propio, se reserve el nombre de su mandante y le oculte al tercero que actúa en interés de aquél, no entraña simulación alguna ni es motivo o parte para tener a ese mandatario como un contratante ficticio y para asimilarlo al testaferro. Por el contrario, es un contratante real frente al tercero y también respecto de su mandante, aunque obligado con éste a hacerle transferencia de los derechos adquiridos por él. Todo lo cual obedece a la naturaleza del mandato oculto o sin representación que prevén los artículos 2177 del Código Civil y 356 y siguientes del Código de Comercio.

En cambio, en la simulación por interpósita de persona, el intermediario o testaferro no es un contratante efectivo y real, sino fingido y aparente; no adquiere para sí derecho alguno ni se hace titular verdadero de los derechos que se le transfieren en apariencia, los cuales per-

tenecen en realidad a quienes, con su concurso, tramam la simulación. El testafarro no hace sino prestar su nombre para realizar una función mecánica y no jurídica, porque toda su actividad se contrae a servir pasivamente de eslabón o puente entre los verdaderos contratantes, es decir, entre las personas que buscan ocultar así sus relaciones contractuales directas. Lo cual permite ver que, desde el punto de vista jurídico, el mandatario a nombre propio y el testafarro no ocupan la misma posición, ni cumplen funciones idénticas ni hay lugar a confundir el uno con el otro. Contra dicho mandatario tiene el mandante acciones personales que nacen del mandato para obligarlo a transferirle los derechos adquiridos por aquél mediante el negocio concertado con un tercero. Contra el testafarro tiene la parte simulante acción personal para descubrir la simulación y acción real para obtener en consecuencia la restitución de los bienes o derechos que sólo en apariencia le fueron transferidos.

En el caso presente, la acción que se invoca en la primera súplica de la demanda se hace reposar en un mandato sin representación y no es por tanto una verdadera acción de simulación. La señora Llanos no aparece calificada ni tratada como un testafarro, sino como una mandataria a nombre propio, calidad que aun confirma la circunstancia de no haberse citado al juicio a la compañía vendedora. Esto demuestra que la petición aludida no entraña el ejercicio de una acción de simulación, sino de la acción que los actores Barthel y Schmidt alegan tener como mandantes de dicha señora para obligarla, no a restituir bienes, sino a transferirles los derechos o acciones que, como tal mandataria, adquirió ella en el condominio de "Culantral".

La misma primera súplica de la demanda trae dos peticiones consecuenciales, consistente la segunda de ellas en que se declare que es simulada la venta que la propia señora Llanos le hizo al señor Carlos Alberto Osorio de las referidas acciones en "Culantral", y ello porque la vendedora, al celebrar ese contrato, asumió la calidad de dueña y porque no hubo de su parte intención de transferir ni del lado del comprador Osorio, propósito de adquirir el dominio de tales acciones. Esta segunda petición consecencial sí implica el ejercicio de una acción de simulación respecto de la compraventa concertada entre la señora Llanos y el señor Osorio.

Aclaradas así las dos cuestiones anteriores, es tiempo de emprender el análisis de los cargos que se formulan en la demanda de casación.

III. La primera de tales censuras se apoya en dos errores sobre la apreciación de las pruebas,

uno de hecho y otro de derecho. El primero consiste, según el recurso, en que la sentencia no tuvo en cuenta y olvidó apreciar las confesiones expresa y ficta de la demandada Llanos y en que tampoco consideró la confesión hecha en posiciones por el señor Carlos Alberto Osorio. El error de derecho estriba en que el fallo estimó las pruebas de indicios en forma desarticulada y no en conexión con las de confesión de los demandados y en que de ese modo les desconoció el valor probatorio que tienen en realidad.

El segundo cargo tiene por base el mismo error de derecho anotado, esto es, que la sentencia no estimó las pruebas de indicios en conexión con la confesión de la parte demandada, sino aislándolas de esta segunda prueba y menospreciando por ello su mérito demostrativo.

En el motivo tercero se alega otro error de derecho, consistente en no haber el fallo apreciado en debida forma la confesión de la demandada Llanos, ya que le desconoció el valor de plena prueba. En el mismo cargo se le atribuye a la sentencia otro error de hecho ya alegado en el primer motivo, error que se hace reposar en no haber tenido en cuenta ni apreciado la confesión del demandado Osorio.

En relación con el error de hecho que versa sobre la omisión en considerar la confesión de la demandada Llanos, hay que anotar en contrario que la sentencia sí tuvo en cuenta esa prueba al referirse a las peticiones subsidiarias de la demanda. Se expresó allí que esa confesión no perjudica sino a su autora y que carece además de valor demostrativo porque la propia señora Llanos se había retractado y porque esa prueba aparecía contradicha por los otros elementos de juicio que obran en el proceso. Al considerar así esa prueba de confesión, es obvio que la sentencia no cometió el aludido error de hecho que le imputa el recurso, es decir, que no echó en olvido tal prueba ni dejó de ponderarla.

IV. La sentencia no le reconoció ningún mérito probatorio a la confesión de la demandada Llanos, y sobre las pruebas indiciarias expresó que eran totalmente ineficaces para demostrar las pretensiones de los demandantes. El recurso sostiene que el fallo incurrió en un doble error de derecho al no reconocerle a esa confesión el valor de plena prueba que la ley le asigna y al desestimar la fuerza demostrativa de los indicios por haberlos apreciado en forma aislada y desarticulada de dicha confesión.

El apoderado judicial de la señora Llanos, al dar respuesta a la demanda, aceptó como ciertos los hechos expuestos allí; más tarde la misma señora fue citada a absolver posiciones

y, como no compareció, se la declaró confesa, y por último dicha demandada presentó un memorial en que dijo no haber autorizado a su procurador para admitir como verdaderos los referidos hechos de la demanda. Si, como lo pretende el recurrente, se reconociese el valor de plena prueba a las confesiones expresa y ficta de la demandada Llanos, se tendría ser verdad que ella intervino como mandataria a nombre propio en la compra de las acciones en la comunidad de "Culantral", que hizo tal compra con dineros de los demandantes Barthel y Schmidt y para ellos, que puso estos hechos y su situación económica en conocimiento del señor Carlos Alberto Osorio, que le vendió a éste las acciones mencionadas, pero que no recibió de él lo que la escritura respectiva reza como precio.

En el mismo supuesto de que se dieran por comprobados los hechos anteriores con la confesión de la señora Llanos, se llegaría a estas conclusiones de orden jurídico:

a) Que esa confesión no podía perjudicar sino a la propia señora Llanos, como lo anotó la sentencia.

b) Que el mandato oculto confesado no creó relaciones jurídicas sino entre la Llanos y los demandantes Barthel y Schmidt.

c) Que, como viene expuesto, ese mandato, por ser precisamente oculto, facultaba a la señora Llanos para obrar a nombre propio, esto es, para adquirir a su nombre las acciones en la comunidad de "Culantral" y para hacerse por lo mismo titular de tales acciones.

d) Que el citado contrato de mandato no es oponible al señor Carlos Alberto Osorio, es decir, que no produjo efectos respecto de éste, por no haber sido parte en él ni estar comprobado que Osorio tuviera conocimiento de tal convención.

e) Que la señora Llanos, al vender las citadas acciones en "Culantral" al mentado Carlos Alberto Osorio, se colocó en situación de incumplir el referido contrato de mandato y quedó sujeta respecto de sus mandantes Barthel y Schmidt a las consecuencias legales de ese incumplimiento.

f) Que la confesión de la demandada Llanos no es por sí sola prueba suficiente para tener por desvirtuada la declaración de haber ella misma recibido satisfactoriamente del comprador Osorio el precio de venta de las acciones en "Culantral", declaración que dicha señora consignó en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950.

Se repite, en ampliación de las conclusiones anteriores, que la señora Llanos al comprar a nombre propio, como mandataria sin representación, las acciones mencionadas, se hizo titular de esos bienes y pudo disponer de ellos frente a terceros de buena fe. El mandato que esa señora confiesa haber recibido de los señores Barthel y Schmidt, la obligaba a transferir a éstos esas mismas acciones, pero no le impedía venderlas a un tercero, como en este caso lo hizo al señor Carlos Alberto Osorio. Al proceder así, lo que sucedió fue que la Llanos incumplió el mandato expresado y quedó sometida a las resultas de esa violación de las relaciones contractuales acordadas con sus nombrados mandantes.

Por otra parte y también en la hipótesis de que las pruebas indiciarias, analizadas y apreciadas en coordinación y conexión con la confesión de la señora Llanos, concurrieron a demostrar el sobredicho contrato de mandato, habría que llegar a las mismas conclusiones precedentes, las cuales pueden condensarse diciendo que ese mandato creó vínculos jurídicos entre la demandada Llanos y los señores Barthel y Schmidt, pero no respecto del señor Osorio, por haber sido éste ajeno a esa convención y porque los contratos no afectan a terceros en virtud del principio de la relatividad de su fuerza obligatoria.

Estas reflexiones conducen a poner de relieve y en limpio que, aunque se admitiese en hipótesis que la sentencia incurrió en los errores de valoración probatoria que le atribuye el recurso respecto de la confesión de la demandada Llanos y de las pruebas indiciarias, tales yerros no incidirían en casación, es decir, no producirían la infirmación de ese fallo, porque, en fuerza de dichas consideraciones, habría que llegar por otra vía más sustancial y directa a los mismos pronunciamientos de la decisión impugnada.

V. Por último, el recurso le imputa al fallo el error de hecho de no haber tenido en cuenta ni apreciado la confesión hecha por el demandado Carlos Alberto Osorio.

El señor Osorio absolvió en este juicio un pliego de posiciones a solicitud de la parte demandante. En esa absolución negó la mayoría de los hechos sobre los cuales se le interrogó; sólo admitió ser cierto que había intervenido como mandatario de la señora Llanos en la celebración de un contrato de exploración y explotación de los terrenos de "Culantral" con la Compañía Petrolera del Valle del Magdalena. Al ser preguntado sobre si era o no cierto que él, como aparente comprador, no había entregado a la señora Llanos el precio en que le compró las

acciones en la hacienda de "Culantral", contestó: "No es cierto, aclaro: el precio de la venta se canceló de acuerdo con lo convenido del modo siguiente: una suma en efectivo, cuyo monto no recuerdo en el momento; un cheque a favor de 'Elías Muvdi & Cía.', por la suma de \$ 30.000, moneda legal, y un documento a favor de la señora Juana Llanos de Barthel, el cual fue cancelado oportunamente".

¿Revisten estas manifestaciones el carácter de una confesión? Cumple recordar que en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950, que contiene la compraventa de las acciones de "Culantral" de la señora Llanos al señor Osorio, aparece que el precio fue de \$ 100.000 y que la vendedora lo recibió a su satisfacción. El citado Osorio admite que la Llanos le confirió un poder para celebrar un contrato con la Compañía Petrolera del Valle del Magdalena, niega que no hubiera pagado el precio de las acciones dichas y explica que hizo tal pago en forma distinta de como se expresa en la escritura mencionada. Si por confesión se entiende la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, hay que concluir que las declaraciones del demandado Osorio no tienen el carácter de confesión, porque ningún perjuicio le irroga a él mismo. Allí no figura confesado el no pago del precio de las acciones, sino que Osorio ratifica y explica que lo efectuó, aunque en forma diferente de la indicada en la escritura respectiva. Esta aclaración no desvirtúa, sino que corrobora la manifestación sobre el pago del precio y no puede en consecuencia tomársela separadamente en perjuicio del nombrado Osorio.

Las posiciones absueltas por este demandado nada dicen sobre el no pago del precio de las acciones en "Culantral" y por tanto ningún error de hecho puede atribuirse a la sentencia por no haber visto allí ni tenido en cuenta tal supuesta prueba de confesión. Y menos se produjo por esta causa el quebranto de las normas que regulan la acción resolutoria, las cuales no podían ser aplicadas ante la falta de prueba plena de ese no pago del precio.

Estas consideraciones demuestran que los cargos no son fundados y que en consecuencia el recurso no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de cinco de octubre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este juicio ordinario del señor Eugenio Schmidt contra los señores Juana Llanos de Barthel y Carlos Alberto Osorio.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

*Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbelácz, con salvamento de voto, Julián Uribe Cadavid, Enrique López de la Pava.*

*Ricardo Ramírez L., Secretario.*

## SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Hernández Arbeláez en el fallo que antecede.

Sin duda alguna la nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden confundirse. Las partes simuladoras crean en apariencia determinado negocio jurídico con el ánimo de mantener oculto un estado preexistente que no quieren alterar, cuando la simulación es absoluta; o exhiben un acto irreal como instrumento para esconder el que verdaderamente quieren celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad llega a frustrarse sólo a consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena. (Casación: 2, septiembre de 1954, LXXIX, 2146, 554).

Es indiscutible también que la invalidez, como tal, puede predicarse tanto del acto oculto como del acto aparente sin que por ello se confundan las categorías simulación y nulidad. Así, no es raro el caso de compraventa de inmuebles para disfrazar donación, a que sobreviene pronunciamiento judicial que declara la compraventa simulada y la donación nula en el exceso de dos mil pesos, precisamente porque no se confunden los dos fenómenos.

Se justifica así que se mantenga el mismo deslinde para el tratamiento de la *simulación en fraude a la ley*. Porque entonces el negocio ostensible está simulado nada más que para ocultar un acto absolutamente nulo por contrario a prohibiciones ineludibles de la ley, que obligan siempre y por siempre.

Quien voluntariamente abandona el camino imperado por el derecho se encuentra en la necesidad de volver sus pasos atrás si quiere retornar a la juridicidad. Pero de ningún modo puede pretender el trasgresor la intervención de la justicia para evitar que se le malogre el fruto esperado del fraude a la ley. Si por flexible criterio las jurisdicciones ampararan al defraudador para que logre cumplido éxito a conse-

cuencia de acto suyo contrario a las buenas costumbres o al orden público, se llegaría a turbar profundamente el equilibrio de las instituciones y la seguridad jurídica dejaría de existir. El imperio de la ley sería circunstancial y apenas subordinado al arbitrio de las gentes.

El que como tercero pretenda destruir la apariencia de un negocio jurídico, no está obligado a probar fraude a la ley. Le basta demostrar que es simulado, haya sido cualquiera la *causa simulandi*. Pero esto parecería bien distinto de entender que sobra cualquier examen de la *causa simulandi* cuando se encubre fraude a la ley y uno de los que concurrieron a la acción torpe quiere nada menos que apoyarse en su desprecio de la ley de orden público para recoger por ministerio de la justicia los proventos de la misma torpeza.

Como es moralmente imposible el objeto prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (3º, 1518 C. C.); como hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación (1519); y como "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas" (1525), pueden estar dotados de alguna claridad los motivos de mi disenso en la sentencia que antecede. O sean los expuestos en el proyecto que tuve a honra presentar a la consideración de la Sala como ponente inicial, a saber:

"1. A causa de las repercusiones que por la segunda guerra mundial sufrió el Estado colombiano, en ejercicio de su derecho de conservación y de defensa expidió una serie de normas orgánicas del régimen especial de administración fiduciaria de bienes pertenecientes a súbditos de las potencias del *Eje Roma, Berlín, Tokio*.

"Tales normas de orden público interno, e internacional también, por hallarse en íntima vinculación con el derecho elemental del Estado

a conservar su existencia, fueron de imperio ineludible y de observancia primordial y estricta. Todo acto tendiente a evadir sus imperativos, por obvia e inmediata consecuencia no puede ser entendido como causa eficiente de protección jurídica. Mal cabría el amparo de la ley para quien por obra de su voluntad aparenta celebrar contratos cuyo fin reconocido en juicio consiste precisamente en colocarse por fuera de sus mandatos.

“2. La pretensión prosperaría si por oportuno arrepentimiento se buscara borrar lo efectuado para que así viniera la aplicación de las normas evadidas. Pero nunca cuando la justicia habría de actuar como instrumento que en definitiva permitiera coronar la maniobra engañosa, ejecutada a espaldas y en burla de la ley. Quien por su voluntad desconoce el imperio de las normas de derecho jamás puede pretender que, cuando cese el peligro, esas mismas normas le protejan para deshacer aquellos actos que utilizara para violarlas. Este criterio elemental impide en absoluto y de plano la legitimación en causa.

“3. Porque si dentro del marco del orden público y las buenas costumbres tiene prevalencia entre las partes la voluntad real sobre la voluntad declarada, sin perjuicio de terceras personas, ello es sencillamente así por partir del supuesto básico de que se actúa precisamente en el campo de lo permitido por la ley, por no afectar las buenas costumbres ni el orden público. Por lo que es fundado en derecho y legítimo el interés para la pretensión de prevalencia. Mas no sucede lo propio cuando la voluntad simuladora tiene por fin no lo permitido sino lo prohibido por la ley: entonces no hay interés jurídico qué proteger.

“4. Cuando el orden público entra en juego desaparece la libertad de contratación, así sea por medios aparentes o por vías ocultas. De manera que hay ausencia de causa para pedir o falta de interés jurídico en dar audiencia a lo que no está fundado en el ordenamiento.

“La simulación relativa en fraude a la ley se caracteriza, como es claro, por ocultar con apariencias de validez un acto absolutamente nulo por contrario al orden público o a las buenas costumbres. Es la simulación para encubrir nulidad absoluta.

“De modo que si como punto de referencia, por analogía y aún por considerando *a fortiori*, se buscara criterio para medir la simulación en burla de la ley, en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que vino a permitir la alegación de

nulidad absoluta ‘por todo el que tenga interés en ello’, sería de ver que siempre subsiste el límite demarcado por las buenas costumbres y el orden público. Porque es notorio en el contexto de la disposición, armónica en sí misma, que no se trata de un interés cualquiera para invocar la nulidad absoluta, sino, como es natural, de *interés legítimo*. O sea el mismo por el cual se concede allí la acción al Ministerio Público ‘en interés de la moral o de la ley’, y el mismo también que impide sanear ‘por ratificación de las partes’ el vicio generado por objeto o causa ilícitos.

“5. Si, pues, las partes no pueden por ratificación darle eficacia al acto absolutamente nulo por contrario al orden público o las buenas costumbres, y si la simulación relativa en fraude a la ley, bajo la apariencia de respeto a sus mandatos oculta la violación de preceptos de ineludible cumplimiento, se sigue con brillante claridad que la eficacia plena del pacto oculto defraudador surgiría consumada contra las buenas costumbres y el orden público, precisamente por la vía judicial si se admitiera que el reconocimiento de los hechos en la respuesta a la demanda o en posiciones fuesen medios idóneos para legitimar súplicas emergentes de actos simuladores que las partes declaran haberse ejecutado para eludir preceptos de orden público. Si es por principio como la simulación no puede ir contra terceros de buena fe, menos aún cabe que vaya contra el orden público, en que se asienta la convivencia social y la seguridad común.

“6. En el caso de autos la demanda confiesa por fundamento de las súplicas un acto relativamente simulado en fraude a la ley. Esto es, el de aparente compraventa para conferir al comprador mandato oculto consistente en sustraer ciertos objetos del régimen de administración fiduciaria de bienes de extranjeros, establecido en Colombia por razones de orden público y de defensa nacional, a causa de su estado de beligerancia con Alemania en el segundo conflicto mundial. Haya o no reconocido uno de los demandados ese propósito de burlar la ley, no varía de aspecto la ninguna prosperidad de la pretensión, desde luego que está privado de eficacia lo que *ad initio* fue hecho contra los imperativos legales.

“Y si no está llamada a prosperar la súplica fundamental de simulación, tampoco encuentran buen suceso las que le vienen subordinadas en la demanda inicial. Porque si Juana Llanos de Barthel no obró como mandataria de Walter

Barthel y Eugenio Schmidt al adquirir las acciones de *Culantral*, tampoco lo fue en la venta que de los mismos derechos hizo a Carlos Alberto Osorio. Los actores Barthel y Schmidt en tales condiciones nada pueden pedir por vía resolutoria de este último contrato por no pago del precio, puesto que la respectiva titularidad no radica en ellos sino en Juana Llanos de Barthel, que nada pide.

“7. Es bastante lo expuesto para encontrar infundada la censura. Cabe agregar, sin embargo, que si los indicios examinados por el Tri-

bunal le llevaron a concluir que el pacto de mandato oculto no fue probado, su convicción prevalece en el recurso extraordinario. Puede la crítica entenderlos de otra manera. Mas como el sentenciador aprecia en conciencia el nexo entre los hechos índices y el indicado, su autonomía de juicio al respecto permanece incólume. Salvo arbitrariedad manifiesta, que no está demostrada”.

Por todo lo cual el proyecto llegaba a la conclusión de no infirmar el fallo recurrido.

Fecha ut supra.

