

SIMULACION

Cuándo la ejercita el heredero jure hereditario y cuándo jure proprio. — Error de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., abril veintuno de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según acta número 34 de 20 de abril de 1971).

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot el 20 de marzo de 1969, dentro del juicio ordinario que, frente a Victoria Campos Olaya, suscitó María Mónica Rodríguez de Díaz.

El litigio

Por intermedio de apoderado, en escrito dirigido al Juez Civil del Circuito de Girardot, presentado el 15 de febrero de 1964, Mónica Rodríguez de Díaz, obrando “como representante judicial de la sucesión del señor Rosendo Rodríguez Lesmes” y advirtiendo expresamente que “demanda para ella y para la sucesión ilíquida de su padre”, citó a juicio a Victoria Campos Olaya para que, previos los ritos del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que es simulado el contrato de compraventa que consta en la escritura número doscientos cincuenta y nueve (259), de veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), otorgada ante el señor Notario de Girardot y por medio

de la cual Rosendo Rodríguez Lesmes dijo vender y enajenar a perpetuidad y en favor de Victoria Campos Olaya “Una nevera marca “Tylor”, “Un derecho equivalente a la cantidad de mil cuarenta y siete pesos (\$ 1.047.00) moneda legal, sobre la cantidad de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) moneda legal, suma esta última en que aparece avaluada en la partida primera de bienes muebles, la tienda de grano allí especificada (en la partición del juicio de sucesión de la señora Margarita Liévano de Rodríguez), situada en el área urbana de esta ciudad de Girardot, en la calle diez y seis (16), distinguida con el número o los números 6 55, a 6-59 y 6-61”, y “El derecho equivalente a la cantidad de tres mil novecientos veintiséis pesos con cincuenta centavos (\$ 3.926.50) moneda legal, con relación a la cantidad de nueve mil pesos (\$ 9.000.00) suma esta en que aparece avaluada (en la sucesión de la señora Margarita Liévano de Rodríguez) la casa de material y parte de bahareque y techo de zinc, constante de diez (10) piezas, dos (2) cocinas, dos (2) inodoros, un baño de regadera, un lavadero, una alberca de cemento, un tanque metálico para depósito de agua, instalación completa de acueducto y luz eléctrica, y el lote de terreno sobre el cual se halla edificada, situada en el área urbana de esta ciudad de Girardot, en el cruceamiento de la calle diez y seis (16) con la carrera séptima y distinguida en sus puertas de entrada con los números 6-55, 6-59, 6-61, 15-18, 15-14, 15-06 y 15-02 de la actual nomenclatura y demarcada por los siguientes linderos: “Por el Norte, con la Avenida Ricaurte o sea la misma calle diez y seis (16) y carrera Anzoátegui, o sea la carrera

séptima; por el Oriente, con casa y solar de Omaira Pinzón, que fue de Celiario Daniel, hoy de Darío Daniel y casa del mismo; y por el Occidente, con la calle quince (15) antes trece (13)", reservándose el vendedor "durante toda su vida, el usufructo de los bienes muebles e inmuebles que trata" dicha compraventa. Que se cancele el registro de la citada escritura.

"Segunda. Que es simulado el contrato de compraventa que consta en la escritura número ochocientos treinta y tres (833) del diecisiete (17) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) otorgada ante el señor Notario de Girardot y por medio de la cual Rosendo Rodríguez Lesmes dijo vender a Victoria Campos Olaya, el derecho de usufructo que el mismo supuesto vendedor se había reservado según la escritura número 259, de 29 de marzo de 1947 ya citada, de la Notaría de Girardot, sobre los bienes relacionados en la petición anterior de esta demanda; y la propiedad plena sobre un congelador marca "Frigidaire" que se halla en la tienda ya dicha, y sobre los créditos adjudicados a favor del señor Rosendo Rodríguez Lesmes y en contra de Marco A. Rodríguez L. y de María Mónica Rodríguez L., en la sucesión de doña Margarita Liévano de Rodríguez, por quinientos pesos (\$ 500.00) y por cien pesos (\$ 100.00), respectivamente. Que se cancele el registro de esta escritura.

"Tercera. En subsidio de las dos súplicas anteriores, que los contratos de compraventa que se hicieron constar por medio de las escrituras números doscientos cincuenta y nueve (259), de 29 de marzo de mil novecientos cuarenta y siete (1947) y ochocientos treinta y tres (833), de 17 de octubre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), ambas de la Notaría de Girardot y por medio de las cuales Rosendo Rodríguez Lesmes dijo vender a Victoria Campos Olaya los bienes antes relacionados, son nulos por carecer de consentimiento o de la intención de vender y de comprar en los otorgantes; por carecer de causa y de precio, real y efectivo; y se cancelen los registros respectivos.

"Cuarta. Que como consecuencia de las declaraciones que se hagan, también es simulado el contrato de sociedad que se hizo constar en la escritura N° 1.233, de 29 de septiembre de 1959, de la Notaría de Girardot, por medio de la cual Rosendo Rodríguez Lesmes y Victoria Campos Olaya dijeron constituir una sociedad comercial llamada "Lesmes & Campos Cía. Limitada", con domicilio en Girardot y con capital de \$ 50.000.00, moneda corriente.

"Quinta. En subsidio de la petición cuarta, que el contrato de sociedad que se hizo constar por medio de la escritura número 1.233, de 29 de septiembre de 1959, de la Notaría de Girardot, es nulo por carecer dicho contrato del consentimiento o de la intención de asociarse entre sí los otorgantes; por no tener causa lícita ni objeto; por no haber existido aportes de ninguno de los supuestos socios y por no haberse cumplido las formalidades exigidas para su constitución por la ley.

"Sexta. Que, como consecuencia de las declaraciones que se hagan, la liquidación de la sociedad "Lesmes y Campos Cía. Limitada que se hizo constar por medio de la escritura número 957, de 30 de agosto de 1960, de la Notaría de Girardot, también es simulada, junto con las adjudicaciones hechas en dicha escritura sobre los bienes determinados en las dos primeras peticiones de esta demanda y sobre otros bienes; y que cancele el registro respectivo.

"Séptima. En subsidio de la petición sexta, que la liquidación de la supuesta sociedad "Lesmes & Campos Cía. Limitada" que se hizo constar por medio de la escritura N° 957, de 30 de agosto de 1960, de la Notaría de Girardot, es nula por haber carecido los otorgantes de la intención de obligarse; por no existir la sociedad que se dijo liquidar; por no haber causa en el supuesto acto contractual; por no haber allí un precio real de los bienes adjudicados. Pido, además, que se cancele el registro de esta escritura.

"Octava. Que es nulo el juicio divisorio que ante este mismo Juzgado Civil del Cir-

cuito de Girardot, adelantaron mi poderdante, María Mónica Rodríguez de Díaz, y María Margarita Rodríguez Lesmes hoy de Galindo, sobre la casa mencionada en la petición primera de esta demanda, contra Victoria Campos Olaya; y que esta nulidad afecta la sentencia por medio de la cual se adjudicó a la demandada la casa a la cual se refiere la petición primera de esta demanda, por haber obrado por error las demandantes y por dolo la demandada en la apreciación de los derechos de las litigantes.

“Novena. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, los bienes muebles e inmuebles determinados en las peticiones primera y segunda de esta demanda no han salido del patrimonio de Rosendo Rodríguez Lesmes, y que esos bienes pertenecen hoy a su sucesión ilíquida, en pleno dominio.

“Décima. Que la demandada debe entregar a la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes, dentro del término que el señor Juez se sirva fijar, todos los bienes a los cuales se refieren las peticiones primera y segunda de esta demanda, libres de todo gravamen o limitación del dominio impuesta por la misma demandada.

“Undécima. Que la demandada debe pagar a la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes, dentro del término que al efecto se fije, el valor de todos los perjuicios causados con los actos que se declaren simulados o nulos, según justiprecio pericial.

“Duodécima. Que la demandada debe pagar a la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes, dentro de un término adecuado, todos los frutos percibidos de los bienes antes aludidos; y no solamente los percibidos, sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.

“Décima Tercera. Que la demandada debe pagar las costas de este juicio”.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes episodios que, uno a uno, se resumen así:

1º El juicio sucesorio de Rosendo Rodríguez Lesmes se abrió por auto de 13 de marzo de 1963. La demandante, como hija legítima de éste, “es representante de la sucesión”.

2º La demandada Campos Olaya, desde antes de 1947, “vivió en concubinato con Rosendo Rodríguez Lesmes” hasta la muerte de éste.

3º La demandada es la mujer legítima de Alejandro Donoso con quien casó desde el 4 de diciembre de 1922.

4º Los bienes relacionados en las peticiones primera y segunda los adquirió Rosendo Rodríguez por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Margarita Liévano de Rodríguez, dentro del cual se liquidó la sociedad conyugal que con ésta había formado.

5º “Para tratar de burlar a sus acreedores”, por medio de las escrituras citadas en las peticiones primera y segunda, Rodríguez Lesmes “simuló vender a la demandada” primero la nuda propiedad y luego el usufructo de todos sus bienes”, pero “no hubo contrato alguno, pues se quiso, únicamente, burlar a los acreedores de Rodríguez Lesmes”.

6º “En las aparentes compraventas no hubo ni intención de vender ni de comprar, ni precio real, ni causa alguna lícita”.

7º Las ventas tuvieron como objeto “todos los bienes patrimoniales que tenía en las fechas de las respectivas escrituras y que tuvo hasta su muerte” Rosendo Rodríguez Lesmes.

8º Este jamás se desprendió de la posesión de los citados bienes que dijo vender a la demandada.

9º Esta no tenía capacidad para pagar el precio estipulado en esas ventas, precio que, además, no fue real. En el primer contrato el vendedor se reservó el usufructo de los bienes que dijo enajenar.

10. "No hubo intención de contratar, ni causa, ni precio real" en la compraventa a que se hace alusión en la petición segunda.

11. Rosendo Rodríguez "no enajenó nunca válidamente" los bienes relacionados en las peticiones de la demanda.

12. Estos están actualmente poseídos por la demandada.

13. Esta ha percibido los frutos de aquellos "en cuantía superior a los doscientos mil pesos".

14. Cuando se constituyó la sociedad "Lesmes & Campos Cía. Limitada" los socios no hicieron aportes, "ya que el capital llamado social era el capital de Rosendo Rodríguez Lesmes, que no había salido de su propio patrimonio... Se dijo que cada uno de los dos socios aportaba la mitad, cuando según la escritura todo era de doña Victoria, y, según la realidad, todo era de Rosendo".

15. Estos socios no tuvieron afecto social, pues su propósito era "encubrir y prolongar su concubinato".

16. En la constitución de aquella sociedad "se pretermitieron los requisitos de registro y publicación ordenados por la ley". La compañía no llevó libros de comercio.

17. "La liquidación de una sociedad simulada o nula, también es simulada o nula, por carecer de objeto, y sus adjudicaciones carecen de toda validez o eficacia como títulos adquisitivos del dominio por la demandada".

18. Esta, al aceptar las escrituras apuntadas en el libelo, causó perjuicios a "Rosendo Rodríguez Lesmes y a su sucesión" por más de \$ 200.000.

19. Los bienes singularizados en las peticiones primera y segunda pertenecen a la "sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes".

20. La demandante y María Margarita Rodríguez de Galindo adelantaron frente a

la demandada juicio divisorio "sobre la casa mencionada en las peticiones primera y segunda", creyendo erradamente que aquella era comunera. Apoyada en lo que dispone el artículo 1.143 del C. J., "la demandada, con dolo evidente, hizo suya la casa mencionada, por sentencia de adjudicación dictada por el Juzgado Civil del circuito de Girardot el día 27 de marzo de 1963".

El escrito de demanda dice que ésta se funda "en lo dispuesto por el C. J. en el título XVIII del Libro Segundo; por el Código de Comercio en sus artículos pertinentes a la constitución de sociedades colectivas en concordancia con la ley de sociedades de responsabilidad limitada; y por el Código Civil en sus artículos 1.502 a 1.526, 2.322 a 2.340, 1.740 a 1.755 y concordantes".

Con oposición de la demandada se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia denegatoria de todas las súplicas y que "absuelve por tanto a la demandada Victoria Campos Olaya de todos los cargos que en su contra le fueron formulados en la demanda".

Por apelación que interpuso la parte demandante conoció el Tribunal superior del Distrito Judicial de Girardot, el cual, por medio de fallo calendarado el 20 de marzo de 1969, confirmó el de primera instancia.

Entonces, la parte apelante, que fue la vencida, interpuso el recurso de casación.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Luego de transcribir los hechos y peticiones de la demanda, de relatar las incidencias de las instancias, y de encontrar que se cumplen los presupuestos procesales, entra el sentenciador a estudiar la acción de simulación. Observa que no ha sido constante la jurisprudencia al respecto, pues inicialmente, hasta el 27 de julio de 1935, sostúvose que el acto simulado era nulo; a partir de esa fecha, fundándose la Corte en que en toda simulación existen dos actos coetáneos: público y ostensible uno, pri-

vado o secreto el otro, y que éste, por ser el verdaderamente querido por las partes, no carecía ni de causa ni de consentimiento, con lo cual estaba acorde el artículo 1.766 del C. Civil, que al permitir que el acto secreto produjera efecto entre quienes lo concluyeron, tácitamente excluía la nulidad de la simulación, de donde la Corte concluyó que en el fondo existía no una acción de nulidad, sino una de prevalencia de un acto sobre el otro. Que esta tesis después fue abandonada por la jurisprudencia para acoger la actual que es la monista o del acto único.

Encuentra luego el Tribunal que en el caso sub lite los elementos axiológicos de la acción de simulación “se cumplen desde el momento en que los sucesores de Rosendo Rodríguez Lesmes, titulares del derecho, afirman que fueron simulados los contratos de compraventa y de constitución y liquidación de sociedad, celebrados por su causante con Victoria Campos Olaya, quien les causa un perjuicio cierto al retener los bienes adquiridos mediante los actos simulados”.

Tratando de la prueba de la simulación y después de citar los artículos 1.759, 1.766, 1.767 y 1.934 del C. Civil y 91 de la ley 153 de 1887, expresa el Tribunal que aquella “puede probarse por otra escritura pública; mediante una contraescritura privada, no oponible a terceros en la forma indicada en el artículo 1.766 de la misma obra en cita; por medio de la confesión que de todos modos es la prueba por excelencia; y con el principio de prueba por escrito, que como excepción al artículo 91 de la ley 153 de 1887 consagra el 93 ibídem. El propio texto expresa que se entiende por tal un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso”.

“Es claro que estas restricciones operan respecto de las partes, porque para los terceros existe total libertad probatoria, y de quienes deriven su título de aquellas, de conformidad con el artículo 1.759 del C. C., cuyo inciso 2º reza: ‘Las obligaciones y descargos contenidos en él (en el instrumento

público) hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular”.

“Como la demandante es la continuadora de la persona del difunto y le sucede a título universal en sus derechos y obligaciones, las escrituras impugnadas hacen plena prueba contra ella y solamente puede desvirtuarlas en las condiciones especiales que se dejaron explicadas”.

Luego de relacionar uno a uno todos los elementos de prueba aportados por la parte demandante, el Tribunal expresa: “la Sala ha revisado con detenimiento todo este acervo probatorio y no ha encontrado ninguna de las pruebas que, según se explicó, tienen eficacia para probar entre las partes o sus causahabientes la simulación de unas estipulaciones que constan con instrumentos públicos. En efecto: no hay confesión ya que la demandada no ha admitido en ningún momento que los contratos fueran fingidos y, por el contrario, en la absolución de posiciones afirmó reiteradamente la ocurrencia de los negocios; no hay tampoco ninguna contraescritura pública o privada y ni siquiera aparece el ‘principio de prueba por escrito’ que se requiere como mínimo fundamento de la impugnación que se examina”.

Más adelante el sentenciador entra en el análisis de la prueba y dice que “los elementos de juicio ya relacionados —dejando de lado los testimonios— no son de tal entidad que pongan siquiera en tela de juicio la veracidad de las escrituras controvertidas. Por el contrario, y aún analizándolas con amplitud, la mayoría de tales probanzas son equívocas y de todas formas no versan directamente sobre las relaciones jurídicas habidas entre las partes, que al fin y a la postre es lo que importa para efectos de la simulación y de la nulidad, sino sobre las posibles posesión y tenencia de los bienes, como los recibos de impuestos, facturas, licencias, y demás documentos examinados en la inspección ocular que se celebró con testigos actuarios; y como ha figurado a nombre de cada una de

las partes y de la sociedad, alternativamente. Equivocas como el certificado de la administración de impuestos sobre la situación fiscal de Rosendo Rodríguez durante varios años, como la inspección ocular con intervención de peritos, y, muy especialmente, como las copias del juicio divisorio adelantado por las herederas de Rosendo Rodríguez, hoy demandante y coadyuvante, contra la demandada, toda cuya tramitación implica un reconocimiento bien explícito de los derechos de la demandada cuya legitimidad ahora pretenden ignorar. Este es uno de los aspectos que más flaqueza revelan en la posición de la parte actora: que en 1964 demande la declaración de no ser cierta una titularidad reconocida por su causante en documentos públicos suscritos en 1947, 1959 y 1960; reconocida y aceptada personalmente por la demandante, quien con fundamento en esos títulos la tuvo por comunera, la enjuició para obtener la división y terminó vendiéndole su propio derecho; y, finalmente, esa titularidad también fue reconocida por José Rosendo y Marco Antonio Rodríguez Liévano, al menos en forma implícita, cuando en 1949, respectivamente, le vendieron su parte en el mismo inmueble, un derecho en común y proindiviso, a Victoria Campos Olaya".

Sobre la acción subsidiaria de nulidad el Tribunal se pronuncia, en lo pertinente, así: "por la petición tercera se pide la nulidad de las discutidas escrituras de compraventa 'por carecer de consentimiento o de la intención de vender y de comprar en los otorgantes; por carecer de causa y de precio real y efectivo'. Pero como en esos instrumentos se consigna el consentimiento, el precio y la causa..., la prueba en contrario está sometida a las limitaciones que se estudiaron lo que significa que las aportadas carecen de eficacia para este propósito".

Añade el sentenciador que "por las peticiones quinta y séptima se pretende la nulidad de las escrituras de constitución y de liquidación de la sociedad 'Lesmes, Campos Cía. Ltda.', la primera 'por carecer dicho contrato del consentimiento o de la inten-

ción de asociarse entre sí los otorgantes; por no tener causa lícita ni objeto; por no haber existido aportes de ninguno de los supuestos socios y por no haberse cumplido las formalidades exigidas para su constitución por la ley'; y la segunda 'por haber carecido los otorgantes de la intención de obligarse; por no existir la sociedad que se dijo liquidar; por no haber causa en el supuesto acto contractual; por no haber allí un precio real de los bienes adjudicados'". Agrega el sentenciador que, como el efecto perseguido con demanda de nulidad de una sociedad irregular es terminarla, cuando la compañía ya ha sido liquidada, la acción desaparece, por lo cual no existe interés jurídico; que por lo mismo resulta ilógica la solicitud de anular la segunda escritura y que para demostrar que no eran ciertas las declaraciones atinentes a intención de obligarse, causa y precio real de los bienes adjudicados, "la demandante debía traer una prueba de mayor categoría que las traídas, un elemento de juicio idóneo para desvirtuar el instrumento público. Y como no lo hizo así, "estas súplicas subsidiarias también serán denegadas".

Para terminar y en relación con la acción de nulidad del juicio divisorio, el Tribunal afirma que el demandante "ha confundido en forma lamentable" las nulidades sustanciales con las procesales "al atacar un procedimiento judicial por vicios del consentimiento", siendo que los actos o declaraciones de voluntad son nulos en los casos de los artículos 1.740 y 1.741 del C. Civil y 2º de la ley 50 de 1936 que subrogó el 15 de la ley 95 de 1890, en tanto que la nulidad de los juicios y de las sentencias está contemplada en los artículos 456 y 457 del C. J., por todo lo cual esta pretensión corre al fracaso lo mismo que las demás consecuenciales de todas las anteriores.

La demanda de casación

Seis cargos enfilea el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos en el marco del motivo primero de casación.

Cargo primero

Denúnciase indebida aplicación de la ley sustancial a consecuencia de error de he-

cho en la apreciación del escrito demandatorio.

En desarrollo del ataque dice el censor que "en la demanda se lee claramente que la demandante, doña María Mónica Rodríguez de Díaz, actúa o demanda con un doble carácter: como representante de la sucesión de su padre, Rosendo Rodríguez Lesmes, y en nombre propio. Allí se lee que la señora demandante pide 'advirtiendo que mi poderdante demanda para ella y para la sucesión ilíquida de su padre'. Esa advertencia es común para toda la demanda, para todas las súplicas y no solamente para unas de ellas". Que la actora persigue no únicamente "representar a la sucesión de su padre", sino "que no se lesione su legítima con los actos acusados". Que como el Tribunal desechó el interés personal de la demandante, pues sólo "le asignó un interés representativo de la sucesión", contradijo con ello "la letra misma del libelo y la interpretación de todo lo dicho allí". Que este error de hecho fue el que indujo al Tribunal a concluir que la demandante no era un tercero en las escrituras impugnadas, sino un continuador de la persona del difunto Rosendo Rodríguez, por lo cual requería, para demostrar la simulación de los contratos celebrados por éste, aportar prueba escrita, principio de prueba por escrito o confesión.

De lo anterior concluye que el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 1.759, 1.767, 1.934, del C. Civil, 91 y 93 de la ley 153 de 1887, y "el artículo 1.766 del C. C. que exige contraescritura para poder probar contra lo dicho en una escritura pública".

Termina la censura reafirmando que como la demandante también actuó en nombre propio "con interés económico distinto al del causante Rosendo Rodríguez", tiene la calidad de tercero "para quien no rigen las restricciones probatorias consagradas en los textos antes enumerados y mal aplicados al pleito". Que estas disposiciones fueron indebidamente aplicadas, "pues ellas regulan el régimen probatorio entre las partes actuantes en un contrato y son

extrañas cuando el pleito se traba con quien asume el carácter de tercero", evento en el cual sólo se debe aplicar el artículo 1.759 del C. C. "El error del H. Tribunal y su consecuencia: la indebida aplicación de las normas citadas a este litigio, incidieron definitivamente en el fallo, pues ellos impidieron que el juzgador apreciara, en su valor legal, todas y cada una de las pruebas producidas".

Esta primera impugnación, remata así: "Las normas violadas son sustanciales porque regulan todo el sistema probatorio".

La Corte considera

I. Indudablemente no tienen el abolengo de normas sustanciales los artículos 1.759 y 1.767 del C. Civil que, respectivamente, atañen a la fe que hacen los instrumentos públicos, tanto respecto de los otorgantes y sus sucesores como de terceros; y a que no es admisible la prueba de testigos para demostrar obligaciones que hayan debido consignarse por escrito. Ninguno de esos conceptos declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas entre personas determinadas; se limitan a dar pautas de disciplina probatoria.

Apuntando, entonces, la causal primera de casación a restablecer el imperio de las normas sustanciales violadas por los Tribunales, es claro, en consecuencia, que no puede tener viabilidad un cargo formulado dentro del marco de aquel primer motivo de casación, si las normas que se indican como violadas no tienen el rango de leyes sustanciales, como sucede con las antes señaladas.

El artículo 1.934, en el aspecto mostrado por la censura, en cuanto determina en virtud de qué prueba habrá acción contra terceros poseedores en el evento de que en la escritura de venta se haya expresado haberse pagado el precio, tampoco es sustancial, pues se limita a disponer la libertad probatoria entre las partes y a especificar la prueba idónea frente a terceros.

Respecto del artículo 1.766 del C. Civil, norma que también se indica como viola-

da, mas solo en cuanto "exige contraescritura para poder probar contra lo dicho en una escritura pública", la Corte ha dicho que es norma sustancial en cuanto establece a favor de los terceros de buena fe el derecho a alegar la inoponibilidad de las contraescrituras a que allí se hace alusión. Mas como la censura, según se desprende indiscutiblemente de la formulación y desarrollo del cargo, sólo denuncia el quebranto de ese precepto en cuanto por él se exigió al demandante el aporte de contraescritura para poder impugnar las escrituras públicas que contienen los actos acusados de simulación, la norma por este aspecto no es sustancial sino de preceptiva probatoria.

2. Los legitimarios, lo ha dicho reiteradamente la Corte, cuando demandan la simulación de contrato en que fue parte su causante, pueden actuar de distinta manera: jure hereditario, cuando ejercitan la acción que tenía el causante y que, por su muerte, se les transmitió, y jure proprio, cuando alegando su condición de asignatarios forzosos ejercitan la acción que la ley les concede para integrar sus legítimas menoscabadas por acto del causante. En este último evento, el derecho a ejercitar esa acción surge de la calidad de legitimario que tenga el heredero, y aunque sólo nazca en el preciso momento en que el causante fallece, no es una acción heredada, sino propia, pues se origina en el derecho que tiene todo legitimario a recibir el monto íntegro de su legítima.

De estas diferentes posturas del heredero demandante, brotan distintos derechos en cuanto a los medios probatorios que la ley le permite utilizar para demostrar la simulación de un acto que por esta causa se impugna.

Si el demandante ataca los actos de su causante porque con ellos se menoscaba su legítima, entonces obra jure proprio; ejercita una acción que no tenía su causante y que por tanto, no le llega por la vía de la transmisión hereditaria. En este caso el legitimario es un verdadero tercero respecto

del acto impugnado, por lo cual le es lícito combatirlo con pruebas de toda clase, pues no está sometido a las limitaciones probatorias impuestas a quienes fueron partes con él.

En cambio, si el legitimario ejercita la acción de simulación afirmando, como causa petendi, que el acto que se impugna no tenía la intención que aparenta su faz ostensible, sino que estaba encaminado a "tratar de burlar a los acreedores" del aparente vendedor, o a "encubrir y prolongar el concubinato" de los otorgantes, entonces, como esta acción es precisamente la misma que podía ejercitar el causante, y que, por la muerte de éste, se transmitió a sus herederos, síguese que el demandante, en ese caso, no actúa como tercero, sino como sucesor del difunto, como su causahabiente, por lo cual está sometido a todas las restricciones probatorias que rigen para las partes.

3. Afirma el censor que en la demanda introductoria del juicio se puntualizó que la demandante actuaba también en su condición de legitimaria del difunto Rodríguez Lesmes y en defensa de la integridad del monto de su legítima, menoscabada por los actos acusados que celebró el causante, por lo cual el Tribunal cometió evidente error de facto al interpretar el escrito de demanda en el sentido de que la actora intervenía en su condición de heredera de su padre y sólo lo hacía en nombre propio para efectos de la petición octava, atinente a la nulidad del juicio divisorio.

Es verdad que el Tribunal sentenciador entendió que la demandante, con excepción de lo referente a la dicha petición octava, actuó en su calidad de heredera "como representante de la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes", su padre, por lo cual no podía ser considerada como tercero respecto de los actos atacados de simulación, sino como parte, por actuar como sucesora de quien fue contratante.

Para la Corte esta interpretación no peca de contraevidencia, pues aunque la de-

mandante dijo pedir para sí y para la sucesión de su progenitor, no existe fundamento inequívoco para concluir que haya demandado en su calidad de legitimaria en busca de tutela para su legítima lesionada.

No es contraevidente esa inteligencia que el fallador de segundo grado dio al escrito demandatorio, puesto que la demandante, aunque sí lo expresa en la demanda de casación, en el libelo incoativo del juicio no invocó su calidad de legitimaria de Rosendo Rodríguez Lesmes para proponer la acción simulatoria, ni alegó que los actos acusados tenían como propósito lesionar su legítima; ninguno de los hechos que constituyen la causa petendi autoriza inferir lo que pretende la censura; todo lo contrario: la causa petendi, los fundamentos de derecho y las pruebas adjuntadas a la demanda, indican que el actor ejerció la acción simulatoria amparado no en un derecho propio, sino en un derecho heredado. En ninguna parte se lee que aquellos actos menoscabaran las legítimas de la demandante, que tuvieran este propósito o que hubieran alcanzado ese resultado. Además, obsérvese que como fundamentos de derecho sólo citáronse del C. Civil los artículos 1.502 a 1.525, 2.322 a 2.340, 1.740 a 1.755 y concordantes, ninguno de los cuales se refiere, ni remotamente, al derecho que la ley concede a los legitimarios para lograr la integración de sus legítimas lesionadas. Lo anterior muestra que no es contraria a la evidencia de los hechos la conclusión del Tribunal en cuanto interpretó que la demandante no obraba jure proprio sino jure hereditario.

Es tan cierto que no existe la denunciada contraevidencia, que la misma parte actora, como aparece de sus memoriales que obran a fs. 63 y 72 del cuaderno primero, fijó el alcance de la demanda en el punto tratado, en el mismo sentido que lo hizo el Tribunal, pues aclara con insistencia que todas las peticiones, excepto la octava que persigue la declaración de nulidad del juicio divisorio, las eleva en su calidad de heredera de Rosendo Rodríguez Lesmes y que por ello pide para la sucesión. Ratificando este parecer, añade que cuando en la de-

manda y en memorial poder dijo que obraba no sólo como sucesora del causante, sino en nombre propio, esta última posición debía entenderse únicamente respecto de la petición octava atinente a nulidad del juicio divisorio que con su hermana había suscitado frente a la demandada Victoria Campos Olaya.

Síguese entonces, que no es contraria a la evidencia que ofrece el proceso la interpretación que de la demanda hizo el Tribunal.

Por consiguiente, el ataque es imprópero.

Cargo segundo

Denúnciase error de hecho en la apreciación de la demanda que condujo a la violación, por indebida aplicación, de los artículos 456 y 457 del C. Judicial.

Lo desarrolla el censor diciendo que el sentenciador cometió ese yerro, porque entendió que bajo la petición octava de la demanda, referente a la declaración de nulidad del juicio divisorio que la demandante y su hermana María Margarita Rodríguez de Galindo adelantaron, en el juzgado del circuito de Girardot contra Victoria Campos Olaya, se pedía la declaración de una nulidad procesal, siendo que "por la claridad de la causa de la nulidad alegada", ésta es sustancial.

"Este error evidente —concluye el censor— llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 456 y 457 del C. J. al través de una cita doctrinal, pues estas normas no regulan, en forma alguna, la nulidad sustancial cuya declaración se solicitó. Estas disposiciones se refieren a la nulidad procedimental, extraña por completo a las palabras de la petición octava de la demanda".

La Corte considera

La petición octava del libelo incoativo de este juicio tiende a que se declare que es nulo el referido juicio divisorio con alcan-

ces a la sentencia pronunciada allí y por medio de la cual se adjudicó a la demandada el derecho de las demandantes. El fundamento de esta pretensión de nulidad estriba en "haber obrando por error las demandantes y por dolo de la demandada en la apreciación de los derechos de las litigantes".

El Tribunal interpretó que con la petición octava la demandante pretendía que se declarase una nulidad de las llamadas procesales con fundamentos en causas que sólo generan nulidades sustanciales y por tanto desechó esa pretensión por encontrar que la causa alegada era improcedente para la impugnación de un proceso terminado. Esa conclusión no es contraria a la realidad que ofrece el proceso; por el contrario, es evidente que allí se solicita la declaración de nulidad de un juicio, nulidad que se rige por normas taxativamente señaladas por la ley, alegando que las demandantes fueron inducidas a error por el dolo de la demandada, hecho este que no está previsto como causal para anular un proceso.

Interpretar la petición octava como lo hizo el Tribunal, no constituye contraevidencia, pues el verdadero sentido y alcance de la petición octava no podía fatalmente ser otro distinto al que le concedió el fallador.

El yerro imputado, entonces, no se ha cometido.

Además, tampoco existe la denunciada violación de ley sustancial en su especie de aplicación indebida, pues para que ésta se ofrezca, es menester que la disposición haya sido en verdad aplicada por el fallador.

Si una norma no fue empleada, no puede denunciarse su aplicación indebida, lo que sería un contrasentido, ya que esta forma de violación presupone que el fallador haya hecho actuar la norma sustancial, aunque a un caso que ella no regula. El Tribunal no aplicó, a pesar de que los cite, los artículos 456 y 457 del C. Judicial que se dicen indebidamente aplicados. Si los hubiera empleado habría decretado la nuli-

dad a que ellos se refieren y es cosa clara que el sentenciador no la decretó.

Por tanto, el ataque no prospera.

Cargo tercero

Denúnciase error de hecho en la interpretación de la demanda, que condujo a la falta de aplicación de los artículos 1.757 y 1.759 del C. Civil.

Dice el censor que aparece claro "que la demandante actúa con un doble carácter. Como representante de la sucesión de don Rosendo Rodríguez Lesmes y como heredera con interés personal económico; esto lo dice la letra del libelo y todo su espíritu". Que, sin embargo, el Tribunal le niega "el carácter de tercero en los actos contractuales impugnados", "al ignorar el interés particular e independiente de orden económico que animó a la demandante para actuar". Que, por tanto, —agrega el censor— si se hubiera otorgado la libertad probatoria a mi mandante, como tercero que es cuando actúa en nombre propio, el juzgador hubiera encontrado probadas las simulaciones o nulidades alegadas", y remata diciendo que "las normas violadas son sustanciales porque regulan un derecho del litigante sobre la oportunidad de probar".

Cargo cuarto

Denúnciase falta de aplicación, por la vía directa, de los artículos 1.757 y 1.758 del C. Civil y se desarrolla diciendo que "siendo la demandante un verdadero tercero en este pleito en cuanto demanda en nombre propio y para sí, era obligatorio para el Tribunal darle aplicación estricta a las normas citadas y permitir que la actora probara sus afirmaciones y fundamentara sus súplicas por todos los medios probatorios a su alcance", por lo cual concluye que, "como el Tribunal desconoció estas normas y no las aplicó al caso de autos, es claro que incurrió en violación directa de esas mismas normas".

La Corte considera

Como bajo estos dos cargos se denuncia violación de unas mismas normas se despa-
charán conjuntamente.

No puede conformarse un cargo dentro de la causal primera de casación si ninguna de las normas cuyo quebranto se denuncia, sea por vía directa o por la indirecta, ostenta el rango de ley sustancial. Al respecto es muy claro el texto del numeral 1º del artículo 52 del decreto 528 de 1964 que hace consistir siempre el primer motivo de este recurso extraordinario en "ser la sentencia violatoria de ley sustancial". Si el quebranto denunciado no comprende normas de aquella naturaleza, el cargo no puede formularse por la causal primera, que requiere, sin excepción, que la violación recaiga siempre sobre normas de aquel linaje, entendiéndose por ley sustancial la que crea, declara, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas entre personas determinadas.

La primera de las normas citadas estatuye el principio de la carga de la prueba y relaciona los medios probatorios, y la segunda determina el valor persuasivo de los instrumentos públicos entre las partes y frente a terceros.

Los artículos 1.757 y 1.758 del C. Civil, son normas de preceptiva probatoria que ningún derecho subjetivo conceden y que, por tanto, no constituyen ley sustancial, por lo cual el ataque comprendido en los dos cargos anteriores no prospera.

Cargo quinto

Denúnciase error de derecho en la apreciación de la escritura N° 1.233 de 29 de septiembre de 1959 de la notaría de Girardot, por cuanto con ella el Tribunal dio por probada la sociedad que por medio de ella dicese constituida, "olvidando que los artículos 469 y 470 del C. de Co." exigen el registro del extracto de la escritura social y la publicación del mismo "como elementos esenciales en la constitución de toda sociedad". Que este error de derecho condu-

jo a la violación por falta de aplicación del artículo 472 del C. de Co. que sanciona con nulidad absoluta entre los socios la falta de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos antes citados; y falta de aplicación del artículo 2º de la ley 50 de 1936 que ordena declarar la nulidad absoluta aún de oficio. Añade que por ese error también se violó el artículo 595 del C. J. que enseña que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas.

La Corte considera

Declarado lo tiene la doctrina jurisprudencial de la Corte que todo cargo que se formule con base en la causal primera debe fundarse inexcusablemente en violación de ley sustancial, pues este primer motivo de casación se erigió precisamente para lograr el restablecimiento de las normas de ese linaje que hayan sido violadas por los Tribunales.

Y si ese quebranto resulta a consecuencia de haber cometido el Tribunal error de derecho, entonces es necesario también indicar cuál o cuáles normas de valoración probatoria fueron infringidas por el sentenciador al quitarle a una determinada prueba el valor de persuasión que le concede la ley, o al otorgarle uno que esta no le da.

No obstante que el censor, dando cumplimiento a las obligaciones que la preceptiva del recurso le impone, determinó la prueba que dice mal apreciada y señaló las normas que, en su parecer, fueron infringidas a consecuencia del yerro de valoración denunciado, sin embargo, dejó de indicar cuál o cuáles normas de preceptiva probatoria violó el Tribunal. Como el recurrente no señaló los preceptos de esta clase que hubiera vulnerado el sentenciador de segundo grado, dejó de poner en manos de la Corte el instrumento indispensable para hacer la confrontación entre el valor que el Tribunal haya o no dado a esa determinada prueba y el que le otorga o no la ley, para concluir si, en verdad, se cometió el error de derecho imputado a aquel.

No puede la Corte oficiosamente suplir aquella deficiencia del recurso en razón del principio dispositivo que lo gobierna.

Mas si esto no fuera así, el cargo sería inocuo porque el fundamento del Tribunal para no declarar la nulidad de la sociedad, consistió en que esa compañía ya estaba disuelta, soporte este del fallo que no fue impugnado en casación.

Es suficiente lo anterior para decidir que el ataque no prospera.

Cargo sexto

Denúnciase la comisión de error de hecho a consecuencia de lo cual se produjo la violación, por aplicación indebida, de los artículos 1.759, 1.766, 1.767 y 1.934 del C. Civil y 91 y 93 de la ley 153 de 1887; por falta de aplicación de los artículos 1.524, 1.740, 1.741, 1.757 y 1.759 del C. C., 593, 594, 595, 597, 598, 601, C. J. y 2º ley 50 de 1936 y por interpretación errónea el primer inciso del artículo 1.766 del C. C.

Dice el censor que el Tribunal "dejó de apreciar todas las pruebas aportadas" por la demandante, las que relaciona una a una y expresa que, no obstante que "fueron producidas legalmente y forman parte del expediente en forma protuberante", el Tribunal "dejó de apreciarlas" y "no fueron consideradas" por éste.

Que el acervo probatorio demuestra "el concubinato de Rosendo Rodríguez con Victoria Campos Olaya", el hecho de que aquel nunca se desprendió de los bienes que dijo haber vendido en las escrituras impugnadas y se reservó el usufructo; que las "ventas fueron de confianza, para burlar a los acreedores"; que no hubo aportes de nadie a la supuesta sociedad comercial"; que Rodríguez continuó pagando los impuestos y contribuciones del inmueble enajenado y los gastos por servicios; que entre Rosendo y Victoria Campos no se llevó a cabo ningún contrato, ni de compraventa ni de sociedad, ni ésta fue liquidada; "que al considerar que Victoria Campos Olaya era comunera" de las demandantes, éstas padecieron error.

Termina el censor expresando que "con esta falta de apreciación probatoria, que constituye error de hecho, el Tribunal violó en la forma antes indicada las disposiciones que allí fueron determinadas.

La Corte considera

Son notorias las fallas técnicas en la formulación de este último ataque:

En primer término denuncia simultánea violación del artículo 1.759 del C. Civil por aplicación indebida y falta de aplicación; en segundo lugar, alega quebranto concomitante, del artículo 1.766 *ibidem* por aplicación indebida e interpretación errónea y, finalmente, no obstante que se denuncia infracción por la vía indirecta, pues se hace derivar de la comisión de un error de hecho, el censor denuncia violación del artículo 1.766 en su inciso primero, por errónea interpretación.

Repetido lo tiene la Corte que en el marco de la causal primera, atinente siempre a vulneración de la ley sustancial, ésta puede provenir o de falta de aplicación, llamada por la ley infracción directa, o de aplicación indebida o de errónea interpretación de la norma. Cuando la disposición legal que regula la situación fáctica *sub lite* no es aplicada por el sentenciador para resolver la materia de la decisión judicial, entonces se presenta la infracción por falta de aplicación; si, en cambio, el fallador hace actuar al caso controvertido una disposición legal que no es la que lo regula, ofrécese la aplicación indebida; y en el evento en que para dirimir la contienda se emplea la norma legal que regula el caso *sub lite*, mas con un alcance o un sentido de que carece, entonces preséntase la errónea interpretación. Esta última forma de violación sólo puede ofrecerse por la vía directa, vale decir cuando el quebranto se produce sin ser la consecuencia de una falta de apreciación de la prueba o de una indebida apreciación de la misma.

Cada una de estas formas de violación excluye necesariamente a las demás, pues no pueden coexistir respecto de una misma norma y en un mismo punto. Si la norma no fue aplicada, al mismo tiempo no

puede afirmarse que sí lo fue mas indebidamente y si la ley fue erróneamente entendida, simultáneamente no puede aseverarse que dejó de aplicarse o que hubo aplicación indebida que sólo se ofrece respecto a normas que no regulan la situación fáctica sub iudice.

Por todo lo cual es notoriamente impropcedente la impugnación que se hace consistir en aplicación indebida y falta de aplicación del artículo 1.759 del C. Civil y en aplicación indebida y errónea interpretación del artículo 1.766 de la misma obra.

Ahora bien, como el quebranto de ley sustancial que se denuncia se hace derivar de la comisión de un error de hecho, que constituye una violación por la vía indirecta, resplandece que el quebranto no puede resultar de una errónea interpretación de la norma sustancial, pues el yerro hermenéutico, como se dejó visto arriba, ninguna relación tiene con la mala apreciación de las pruebas o con su falta de apreciación. El se ofrece cuando la norma sustancial, considerada en sí misma, sin relación alguna al material probatorio, fue interpretada con un alcance o un sentido que no tiene y así fue aplicada al resolver la situación fáctica que ella misma contempla.

Repetido lo tiene también la Corte que el error de hecho a que se refiere el segundo inciso del numeral 1º del artículo 52 del decreto 528 de 1964, surge cuando el Tribunal dejó de ver una prueba que obra materialmente en el proceso o cuando supuso que obraba en él la que realmente no fue aportada; estas hipótesis comprenden también los casos en que a una prueba se le hace decir lo que no expresa o se le cercena su verdadero contenido.

De todo lo cual infiere naturalmente que si el sentenciador vio la prueba, porque así lo dice o por referirse a ella, mas dejó de concederle el valor probatorio que la ley le otorga o no le dio aquel de que ésta la reviste, entonces no podría haber cometido yerro fáctico, sino uno de derecho.

Acontece que el Tribunal, como se dejó visto en el extracto que de su sentencia se hizo, sí vio las pruebas que el censor dice que aquel pretirió. En la sentencia impug-

nada se relacionan expresamente, una a una, no solo las pruebas que la actora aportó con su demanda, sino las que "obtuvo que se practicaran durante el término probatorio". Todos los elementos de convicción que la parte demandante adujo al juicio fueron apreciados por el Tribunal y no en forma presuntiva, sino en forma expresa. En la sentencia, después de hecha la relación de todas las pruebas aportadas por la parte actora, se lee: "La Sala ha revisado con detenimiento todo este acervo probatorio y no ha encontrado ninguna de las pruebas que, según se explicó, tienen eficacia para probar entre las partes o sus causahabientes la situación de unas estipulaciones que constan en instrumentos públicos".

Tiéndose que el Tribunal sí vio las pruebas, pero consideró que no tenían valor probatorio para demostrar la simulación. Este soporte del Tribunal, entonces, debía haberse acusado por error de derecho, mas no con base en un yerro fáctico como equivocadamente se hizo.

Por lo anterior el cargo no prospera.

Fallo

En mérito de 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 de veinte (20) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot, en este juicio ordinario que, contra Victoria Campos Olaya, inició María Mónica Rodríguez de Díaz.

Las costas del recurso quedan a cargo de la parte recurrente.

Cópiase, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvanse los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al cual le fue adscrito el territorio del extinguido Tribunal Superior de Girardot.

Ernesto Cediél Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Alberto Ospina Botero, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez., Secretario.