

# ALEGATOS

PRESENTADOS ANTE LA SUPREMA CORTE  
DE JUSTICIA

POR LOS DRES.

*Luis F. Latorre U., Pedro M.  
Carreño, Alberto Goenaga, Miguel Ar-  
teaga H. y Januario Gómez B. (deman-  
dado) en el Juicio Ordinario promovido por  
Margarita Prieto de Mendieta contra  
J. Gómez B. y otros sobre nu-  
lidad de unos contratos*



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA  
BOGOTA

ALFONSO

SECRETARIO DE JUSTICIA

DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

SECRETARIO DE JUSTICIA

## ALEGATO DEL DR. LUIS F. LATORRE U.

---

*Señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia*  
(Sala de Casación en lo Civil).

Yo, Luis F. Latorre U. abogado inscrito, mayor y de esta vecindad, en uso del poder que me ha conferido el doctor Januario Gómez en el juicio ordinario propuesto por Margarita Prieto de Mendieta contra mi poderdante y contra varias otras personas, sobre nulidad de unos contratos y restitución de unas fincas, con todo el respeto debido acuso ante vosotros el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 15 de diciembre de 1928.

### ANTECEDENTES.

Por escritura N.º 729 de 27 de octubre de 1906 otorgada en la notaría 3.ª de Bogotá, Fidel Mendieta enajenó a Belisario, Emelina, María Natividad, Edelmira, Evangelina y Clementina Mendieta la nuda propiedad de siete predios rurales ubicados en el municipio de La Vega, distinguidos con los nombres de «Butulú», «Tierras Viejas», «San Antonio de Cuñutá», «Aurora», «Gualivá», «Alto Gualivá» y «Buena-vista», por los linderos que se expresan en aquel instrumento.

Por escritura N.º 363 de 27 de septiembre de 1909, pasada en la notaría de la Vega, Fidel Mendieta enajenó a Januario Gómez y a Belisario Mendieta el usufructo de los mismos bienes, que el primero se había reservado,

Por escritura N.º 1400 de 17 de noviembre de 1916, extendida en la Notaría 3.ª de Bogotá, Emelina, María Natividad, Evange-

lina, *Clementina* y Belisario Mendieta, vendieron a Januario Gómez sus derechos en cinco de los siete lotes expresados, que llevan los nombres de «San Antonio de Cuñutá», «La Aurora», «Gualivá», «Alto Gualivá» y "Buenavista".

Fidel Mendieta falleció el 18 de diciembre de 1921.

El 6 de octubre de 1922 fue repartida al juzgado 2.º de este Circuito la demanda ordinaria propuesta por Margarita Prieto de Mendieta, viuda de Fidel, encaminada a obtener la declaración de nulidad absoluta de aquellos contratos, por falta de causa, en el concepto de ser simulados, y la restitución de dichos bienes con sus frutos a la sociedad conyugal disuelta que existió entre la prenombrada señora y Fidel Mendieta.

La acción se enderezó contra Januario Gómez, Edelmira M. de Gómez, Emelina, Natividad, Evangelina y *Clementina* Mendieta y contra los menores María Olga, Blanca Cecilia, y Lilia Mercedes Mendieta representados por Edelmira Mendieta de Mendieta.

Todos los demandados (con excepción de *Clementina* Mendieta que no contestó la demanda) se opusieron a las pretensiones de la demandante.

El Juez de 1.ª instancia pronunció, en lo general, sentencia absolutoria, y declaró únicamente la nulidad del contrato contenido en la escritura 729 de 1906, pero tan solo en lo tocante a *Clementina* Mendieta.

La sentencia del Tribunal declaró la nulidad de ese contrato en lo referente a *Clementina*, Emelina y Evangelina Mendieta y la nulidad del contrato contenido en la escritura 1400 de 1916 en cuanto las mismas aparecen vendiendo sus derechos a Januario Gómez; condenó a éste a restituir a la sociedad conyugal disuelta Mendieta-Prieto las tres sextas partes, o sea la mitad, de los siete predios mencionados y los frutos de los mismos a contar desde el 17 de noviembre de 1916; pero absolvió en todo lo demás, inclusive en la declaración de nulidad del contrato contenido en la escritura 363 de 1909 (venta del usufructo).

### CAUSAL DE CASACION.

Alego como causal del recurso interpuesto la 1.ª de las señaladas en el artículo 2.º de la ley 169 de 1896, por ser la sentencia violatoria de leyes sustantivas, ya por violaciones directas de ciertos preceptos civiles erradamente interpretados y por indebida aplicación de otros al caso del pleito, ya por mala apreciación de determinadas pruebas con motivo de errores de derecho y de hecho.

## CAPITULO I.

**Violación de los artículos 1805, 1806 del código civil y primera violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890.**

El tribunal, después de transcribir el artículo 15 de la ley 95 y de estimar que los bienes materia del contrato de 1906 pertenecían a la sociedad conyugal Mendieta-Prieto, por haber sido adquiridos durante el matrimonio, considera que la viuda tiene personería sustantiva para demandar la nulidad del contrato celebrado por su marido y de la venta hecha por los hijos de don Fidel a Januairo a Gómez, reconociéndole al mismo tiempo interés jurídico bastante para promover la acción. A este propósito dice el fallo:

«Porque, en primer lugar, si bien es cierto que el cónyuge demandante, señora Margarita Prieto de Mendieta, no tiene la calidad de heredero en la sucesión de Fidel Mendieta, también lo es que, como ya se anotó, los bienes afectos al contrato de 26 de octubre, fueron adquiridos durante la sociedad conyugal y de consiguiente, declarada la nulidad de tal contrato, en la forma solicitada, los bienes retornarán a la sociedad y la actora podrá reclamar SU PARTE en ellos como gananciales, y esto basta para deducir el interés actual en la nulidad que se estudia. Y en segundo lugar, porque la prohibición impuesta por la ley en el artículo que se ha citado, para alegar la nulidad absoluta, a los que han celebrado el acto o contrato nulo, no alcanza a la señora Prieto de Mendieta. Tal prohibición, por tener el carácter de una sanción penal no puede recaer sobre persona distinta de aquella que celebró el acto o contrato afectado de nulidad, y mal puede sostenerse que la señora Prieto de Mendieta haya intervenido en tal contrato, porque él, como se ha dicho, fue celebrado EXCLUSIVAMENTE por Fidel Mendieta, quien aun cuando dispuso de bienes sociales, lo hizo en su calidad de marido, y como tal, era jefe absoluto de la sociedad Mendieta-Prieto, que administraba libremente los bienes sociales, (art. 1815 del C. C.); era RESPECTO DE TERCEROS dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen el patrimonio, (art. 1808 ibídem), y podía disponer de los bienes sociales como de sus bienes propios sin intervención ni sugestión de ninguna clase por parte del otro cónyuge; luego no puede decirse que la señora Margarita Prieto de Mendieta hubiera tenido participación directa o indirecta en el contrato de que se habla.»

«De esto se concluye que la mujer tiene el derecho de obtener judicialmente la reparación de agravios que el marido le haya irrogado durante la administración de los bienes sociales; derecho que puede ejercitar cuando se disuelva la sociedad conyugal.»

Violó el Tribunal en estos considerandos y en su fallo consecuen- cial las disposiciones ya citadas, por las siguientes razones:

Los artículos 1805 y 1806 del C. C. dan al marido, en el manejo y disposición de los bienes sociales y en los contratos con terceros una autonomía completa y le confieren una representación absoluta de la mujer en cuanto al interés que tenga ella en los haberes sociales; de suerte que por valioso, respetable o indiscutible que sea tal interés, de él no puede deducir la mujer acción alguna contra actos administrativos o dispositivos del marido. Si pudiera deducir acción contra tales actos después de muerto el representante de la sociedad, en los casos en que él no habría podido accionar, dejaría de ser cierto que a los ojos de terceros los bienes de la sociedad deben ser estimados como de la exclusiva pertenencia del marido, esos terceros, engañados por lo dispuesto en los artículos 1805 y 1806 del C. C. quedarían colocados en situación jurídica diferente de la establecida por dichas reglas, lo cual, en derecho, es inconcebible.

La mujer podrá, mediante ciertos recursos legales, EVITAR que se consumen o ejecuten actos fraudulentos o dolosos en perjuicio de su interés social, pero carece de todo derecho para DESHACER los actos consumados o perfeccionados por el marido y que éste en vida no hubiera podido invalidar. En él radica la plena personería propia Y DE LA MUJER-SOCIO para obrar en el manejo de los bienes sociales como si le pertenecieran exclusivamente. Es decir, que la mujer considerada como socio, está en los negocios sociales representada por el marido y obra por medio de él.

Siendo eso así, el reconocimiento de personería sustantiva para alegar la nulidad absoluta de un contrato celebrado por el marido, viola el artículo 15 de la ley 95 de 1890 y viola, por desvirtuarlos completamente, los artículos 1805 y 1806 del Código Civil.

El caso del heredero es esencialmente distinto, porque el causante que celebra un contrato no representa a su heredero, como sí representa a su mujer el marido administrador de la sociedad conyugal.

Con sobra de razón y lujo de claridad el doctor Goenaga dice en su alegato:

«El presunto heredero es completamente extraño a los actos jurídicos ejecutados por su presunto causante con objeto en los bienes de su propio patrimonio, es un tercero respecto de él y de esos actos, no intervino en ellos personalmente ni jurídicamente o representado

por el autor, de manera que a la muerte de éste puede demandar la nulidad de cualquiera de esos actos que considere perjudiciales, porque ante todo no concurrió a su celebración en ninguna forma. Con la mujer casada no separada de bienes sucede otra cosa respecto del marido y los actos de éste sobre los bienes comunes, porque el marido tiene la representación de la mujer y en los actos jurídicos del marido con objeto en los bienes de la SOCIEDAD concurre la mujer representada por el marido mismo, motivo por el cual ella no puede en ningún tiempo demandar la nulidad de esos actos.»

Para no hacer pesada en demasía la presente exposición, me remito a lo dicho sobre este punto por los doctores Goenaga y Carreño, cuyos ilustrados conceptos prohijo y ruego a la Corte los dé por producidos aquí.

Bien sé que existe una doctrina de la Corte contraria a la tesis que hoy sostengo, pero también estoy seguro de que esa alta corporación estudia con serenidad las cuestiones jurídicas sin que su criterio sea perturbado por una jurisprudencia anterior, no solamente susceptible de ser rectificadas sino que demanda la rectificación si un nuevo análisis más meditado y a fondo convence a la propia Corte de que se incurrió en un error.

## CAPITULO II.

### **Segunda violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890.**

Preceptúa la citada regla que la nulidad absoluta «puede alegarse por todo el que tenga interés en ello.»

El Tribunal considera en los pasajes transcritos que la señora Prieto de Mendieta tiene interés jurídico en la declaración de nulidad de los contratos, porque con ella vuelven los bienes al patrimonio de la sociedad; pero olvida que la supuesta nulidad del contrato celebrado por Fidel Mendieta en 1906, no produciría, por sí sola, el efecto de recuperación de los bienes, porque éstos pasaron, por virtud de los contratos de 1909 y 1916 a un tercero: *Januario Gómez*. Y la nulidad del contrato de 1916 tampoco puede producir el efecto perseguido, porque se interpone el contrato de 1906. Adelante se verá cómo ninguno de tales contratos puede estimarse simulado ni nulo; y ya quede en pie el de 1906 o el de 1916, desaparece el interés jurídico invocado para pedir la declaración de nulidad.

Por otra parte, en el evento de que la viuda de Mendieta tu-

viera interés jurídico, éste no se extendería, como el mismo Tribunal lo reconoce sino a su porción en los bienes sociales para reclamar su parte en ellos como gananciales (concepto de la propia sentencia); es decir, que dicho interés apenas se vincularía a *la mitad* de las tres sextas partes materia de la condena pronunciada por el Tribunal. La otra mitad de esas tres sextas partes sería de los herederos, que en este caso es una de las personas demandadas, Clementina Mendieta, que intervino en el contrato de 1916, y en cuyo nombre no podría hablar la demandante. No se olvide que la sentencia del Tribunal no declaró la nulidad de los contratos ni ordenó la restitución en cuanto a las tres sextas partes por estimar que esa mitad de los bienes representara los gananciales de Margarita Prieto de Mendieta, sino porque no halló fundada la demanda de nulidad sino en la simulación que considera demostrada con las manifestaciones de tres de las personas demandadas que representan la mitad del monto de este pleito. Es decir, que en las tres sextas partes a que se contrae la condena la mitad correspondería al cónyuge y la otra mitad a la heredera demandada, de manera que, en resumen, el interés de la demandante se reduciría a la cuarta parte de los bienes.

### CAPITULO III

#### **Violación de los artículos 1769 del C. C., 555, 556, 574 y 575 del C. J.**

Al entrar el Tribunal en el estudio de las pruebas aducidas para demostrar la simulación de los contratos referidos, examina en primer término la confesión que en posiciones dentro del proceso hizo *Clementina Mendieta*, y dice:

«Esto quiere decir que, por lo que hace a la sexta parte de los bienes vendidos por la escritura N°. 729, existe comprobada la nulidad alegada, prueba que se halla constituida por la más excelente de las pruebas, cual es la de confesión; mas, como ella no perjudica sino a la que la hace, en nada afecta el contrato acusado con relación a los demás compradores.»

En este pasaje, y a pesar de lo dicho en la última parte, el Tribunal apreció mal la confesión de Clementina, porque en último análisis le otorga mérito y fuerza contra *Januario Gómez*, tercer poseedor

de los bienes materia del contrato de 1906 al cual se refiere Clementina Mendieta al dar respuesta a las posiciones.

Esa mala apreciación de la referida prueba, que sirvió para condenar a Gómez, obedece a un error evidente de hecho y a otro de derecho:

*Error de hecho:* Consiste éste en que el Tribunal olvidó en el momento de estimar la confesión de Clementina Mendieta, relativa a la venta hecha por Fidel Mendieta a sus hijos en 1906, que existía la enajenación a favor de Gómez por la misma confesante en 1916.

*Error de derecho:* El error de hecho que acabo de enunciar indujo al Tribunal a cometer el error de derecho consiste en darle, en realidad, mérito probatorio a la confesión de una persona (Clementina Mendieta) en contra de otra (Januario Gómez), mediando además la circunstancia agravante de que esa confesión fue dada por un vendedor, después de la venta, circunstancia que inutiliza completamente la tal confesión, toda vez que la confesante nada perdía en semejantes condiciones. Al estudiar más adelante una pretendida confesión extrajudicial atribuida a *Clementina*, Emelina y Evangelina Mendieta, tendré ocasión de extenderme algo más sobre el mérito de la confesión de los vendedores.

Lo expuesto basta para patentizar la violación de los artículos citados en el encabezamiento de este capítulo, por haberle dado el Tribunal efecto contra Gómez a la confesión de *Clementina*. La misma Corte Suprema en muchos fallos ha declarado que «puede probarse la simulación, aunque el contrato conste en escritura pública, por medio de la prueba de confesión judicial; pero esa prueba no puede perjudicar a terceros, para quienes debe considerarse siempre como irrevocable lo consignado en la escritura.» (Nº. 3799, tomo I de la Jurisprudencia).

#### CAPITULO IV.

#### Segunda violación de los artículos 1769 del C. C., 555, 556, 574 y 575 del C. J.

En la parte de la sentencia destinada al examen del contrato contenido en la escritura 1400 de 1916, en que figura como vendedora *Clementina Mendieta*, el Tribunal le otorga mérito probatorio en favor de la nulidad a la confesión rendida en posiciones por la nombrada señora, y dice:

«Aparece igualmente la confesión de Clementina Mendieta, en posiciones, donde afirma que la escritura mil cuatrocientos (1400) otorgada por ella y sus hermanos a favor de Januario Gómez, la había firmado siguiendo sugerencias de sus citados hermanos, pero que al firmarla, ni sus tales hermanos ni ella, tuvieron intención de vender a Gómez los derechos allí determinados, ni de recibir de éste el precio; que no recibieron de Gómez el precio de tal venta y que por consiguiente la escritura hace relación a un contrato simulado.»

En este pasaje el Tribunal quebrantó los artículos citados, en los mismos conceptos en que los violó al apreciar dicha confesión en presencia del contrato de 1906.

Incurrió el Tribunal sentenciador en el error de hecho evidente de olvidar que Clementina Mendieta era vendedora en el contrato de 1916.

El error de derecho se manifiesta aquí en dos sentidos:

1.º El de hacerle producir a la confesión de una persona, efectos en perjuicio de otra; y

2.º El de reconocerle mérito probatorio a la confesión del vendedor en menoscabo del comprador.

A este propósito, la Corte tiene sentado:

«Cuando son dos o más los demandados, la confesión de uno de ellos no perjudica a los otros. Siendo, como es la confesión productora de una relación jurídica entre el confesante y aquel en cuyo favor se rinde, relación que constituye el derecho que uno adquiere contra el otro, no puede dirigirse contra un tercero, por cuanto la obligación correlativa a ese derecho no le alcanza a obligar.» (N.º 462, tomo II de la Jurisprudencia).

En fallo de 19 de mayo de 1923, dijo:

«Para que haya confesión, es condición esencial que el hecho (positivo o negativo) sobre que ella versa sea perjudicial al confesante.» (N.º 799, tomo III de la Jurisprudencia).

Y en auto de 21 de marzo de 1925, agregó:

«El artículo 544 del Código Judicial declara que no son admisibles las pruebas inconducentes, esto es, las que ni aprovechan a una parte ni dañan a la otra en el pleito en que se producen. — Pues inconducente a más no poder es la confesión del cedente, desde luego que conforme a tradicionales principios de derecho, reconocidos en los artículos 1769 del Código Civil y 574 del Código Judicial, la confesión no perjudica sino a la persona que la hace; y siendo ésto así, como nadie osaría negarlo, no se alcanza el objeto de obtener una confesión que no perjudica, que no puede perjudicar al cesionario. — La fuerza probatoria de la confesión estriba en la gran presunción de verdad que encierra el confesar un hecho que perjudica al confesante. —

La confesión, pues, que haga el cedente no es confesión de parte, porque le falta la característica de perjudicarlo a él. ¿Cómo pretender entonces que sí perjudique a otra persona, al cesionario, que no ha hecho confesión?». (Tomo XXXI de la Gaceta Judicial, página 196).

Los expositores franceses como Laurent, Baudry-Lacantinerie, Pothier, Aubry y Rau, Bonnier, al comentar el artículo 1356 del Código de Napoleón, que consagra el mismo principio fundamental contenido en el 1769 del Civil y 574 del Judicial colombianos, de que «la confesión no perjudica sino al quo la hace», se pronuncian unánimemente en el sentido de que para la eficacia de la confesión es necesario que el confesante pueda enajenar el derecho litigioso.

Bonnier dice: «para que haga fe la confesión debe emanar de una parte capaz de disponer de sus bienes... Este es el sentido en que decían los antiguos intérpretes: *Quid non potest donare, non potest confiteri*. Por el mismo motivo no puede tener lugar la confesión en perjuicio de terceros que adquirieron un derecho sobre el objeto de la controversia, así, LA CONFESION DEL VENDEDOR NO PUEDE PERJUDICAR AL COMPRADOR.»

El doctor José Vicente Concha, en su tratado sobre Pruebas Judiciales, acoge sin reserva alguna la tesis de Bonnier.

Por demás está decir que si la confesión del vendedor carece de mérito contra el comprador, esa falta de mérito es absoluta, es decir que no vale ni como confesión, ni como indicio, ni de ninguna otra manera; de suerte que, en el presente caso, la confesión de Clementina Mendieta es totalmente inocua, ya en lo referente al contrato de 1906, ya en lo tocante al de 1916, en que fue parte. En ningún caso salía ella perdiendo nada.

## CAPITULO V.

### Violación de los artículos 596, 599, 606 y 647 del C. J.

Continuando el Tribunal la empeñosa labor de darle a las respuestas de Clementina Mendieta un mérito probatorio de que carecen, dice lo siguiente en relación con el contrato contenido en la escritura 1400 de 1916:

«Si se hace referencia a la confesión explícita de Clementina Mendieta en relación con este último contrato, no obstante que ella tiene

*interés manifiesto, ya que es la única heredera de Fidel Mendieta, como su declaración no ha sido redargüida ni tachada en ninguna forma, tal afirmación, de acuerdo con el artículo 606 del C. J., constituye una gran presunción en relación con el hecho que afirma. — Este hecho se desprende de las pruebas directas alegadas para comprobar la simulación del contrato que se estudia; más como también se han alegado una serie de indicios en contra de tal contrato, es el caso de proceder a un estudio detenido de la prueba por tal sentido.»*

Aquí se incurrió en el error de hecho evidente de considerar las respuestas de Clementina no como confesión en posiciones (cuya intulidad ya quedó demostrada) sino como declaración de testigo.

La exponente no fue llamada a deponer como testigo, sino a confesar como parte en el juicio.

Siendo esto así, como evidentemente lo es, habiendo sido pedida y producida esa prueba por medio de posiciones que debía absolver una parte litigante, por el fondo y por la forma la parte que represento estaba exenta de proponer en términos sacramentales la tacha a que alude el artículo 647 del C. J. Le bastaba la convicción de que el Juez, el Tribunal y la Corte no podrían apreciar en su contra esa prueba, por ser una confesión dada por persona distinta. Januario Gómez tenía que estar seguro de que las respuestas de Clementina carecían de valor contra él, tanto porque no eran confesión suya como porque la confesión de un vendedor no puede perjudicar al comprador.

Pero aún admitiendo que Januario Gómez hubiera debido prever que el Tribunal iba a tomar el dicho de Clementina como declaración de testigo, (actitud apenas concebible en el más inocente o ignorante Juez de parroquia), la ley no ha consagrado fórmulas sacramentales para oponer una tacha; basta que se alegue de cualquier modo el hecho de la inhabilidad del testigo; y Gómez y su apoderado han fatigado a Jueces y Magistrados con la reiterada alegación de que Clementina Mendieta tiene interés en que se declare la nulidad; que aparentemente figura como demandada pero ha sido la verdadera sostenedora de las acciones intentadas, por ser heredera única de Fidel Mendieta. Eso lo reconoce el Tribunal en el aparte transcrito, para aparentar ahí mismo la ignorancia de ese hecho. Con razón dijo alguna vez el doctor Perera: «La jurisprudencia es el arte de ignorar lo que todo el mundo sabe».

Como el Tribunal, en el segundo párrafo del pasaje copiado coloca la confesión de Clementina en el grupo de pretendidos indicios de la simulación, al examinar esa clase de prueba, volveré sobre dicha confesión, advirtiendo de una vez que los razonamientos que haga para desvirtuar una pretendida confesión extrajudicial de la misma Cle-

mentina, de Emelina y de Evangelina Mendieta, los hago extensivos, en cuanto son pertinentes, a la confesión judicial de la primera, que ya tengo examinada.

## CAPITULO VI.

### **Violación de los artículos 590, 591, 592 y 594 del C. J. y 1602, 1759 y 1934 del C. C.**

No habiendo hallado el Tribunal acreditada la simulación de los contratos con una prueba plena directa, recurrió a la indicial; pero aunque es innegable que ésta ha sido habilitada por la jurisprudencia para demostrar aquel hecho, es entendido que para reconocerle mérito suficiente se necesita, sobre todo tratándose de desconocer la realidad y eficacia de convenciones que constan en escritura pública, que las reglas contenidas en los artículos 590, 591, 592 y 594 del C. J., se interpreten y apliquen con todo rigor en cuanto a la calidad, pluralidad, vehemencia y PRUEBA de los indicios; y por otra parte es indispensable que ellos no aparezcan contradichos por una sola plena prueba.

Ahora bien, en el presente caso los llamados indicios por el Tribunal carecen de las condiciones que la ley exige para que tengan el mérito de prueba completa; el Tribunal, al otorgarles ese mérito violó los artículos del código de procedimiento ya citados, que no obstante hallarse en esa obra, son sustantivos, y consecuentemente violó las reglas del Código Civil que estatuyen la fuerza obligatoria de los contratos, la autenticidad y eficacia de las declaraciones consignadas en instrumento público.

Es verdad que en la APRECIACION de los indicios los Tribunales de segunda instancia son soberanos, pero no lo son para calificar o estimar la prueba de tales indicios. Cuando el fallo reposa en la prueba indicial, ésta presupone otra: la de los indicios mismos. Yo no ataco en este recurso la estimación de la primera sino la de la segunda; y si en la prueba de los indicios se ha incurrido en mala apreciación por error evidente de hecho o por error de derecho, los indicios desaparecen y por sustracción de materia la soberanía del Tribunal también desaparece y la casación tiene que prosperar.

La Corte tiene sentadas a este respecto las siguientes sabias doctrinas:

«En la apreciación de la prueba de indicios los Jueces tienen completa libertad y soberanía en el sentido de que sólo a ellos co-

responde resolver la cuestión de saber hasta qué punto el elemento conocido hace verosímil la existencia de tal o cual causa desconocida, cuestión que por su naturaleza está subordinada a las luces de la razón. Esa libre apreciación de los juzgadores está sin embargo limitada por las disposiciones legales que exigen determinadas condiciones en la prueba de indicios, tales como la de que los hechos en que se funda estén plenamente probados, que sean entre sí diversos y que, siendo vehementes, conduzcan todos a demostrar una misma cosa.» Sentencia de 15 de marzo de 1893 - (N.º 1929, tomo I de la Jurisprudencia).

« El indicio, para que sea elemento probatorio, ha de recaer sobre el hecho indicante, sobre el antecedente, *y ha de estar plenamente probado* con elementos sanos de convicción, a fin de que él conduzca el criterio por vías naturales y seguras en busca del consecuente. Sin base sólida que autorice la inducción, la operación intelectual es de imposible realización. » — Casación de 27 de agosto de 1907. — (Número 1932 ibídem).

« El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios; y sólo cuando se le convenza de un error evidente *de hecho o de derecho en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios*, es justificable la acusación del fallo. » — Fallo de 3 de marzo de 1923. — (Número 2007, tomo III de la Jurisprudencia).

« La apreciación de indicios suponiéndolos legalmente acreditados, es operación exclusiva del criterio y conciencia del juzgador ». — Fallo de 10 de octubre de 1923. — (Número 2011, tomo III ibídem).

« El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios, en que se apoyó el Tribunal sentenciador demostrando que tales indicios no están probados, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal para hacer ver que no tienen la fuerza probatoria que el juzgador les asignó. » — Fallo de 10 de Octubre de 1923. — (Número 2012, tomo III ibídem).

Pues bien, en los capítulos que siguen voy a atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador demostrando que tales indicios no están probados y que carecen de las demás condiciones legales, sin criticar la apreciación que de ellos hizo el Tribunal.

Aunque la violación de los preceptos sustantivos con que he encabezado este capítulo depende del ataque que enderece contra las pruebas de los indicios, tal ataque lo haré en capítulos separados, a los cuales me remito para respaldar el cargo hecho en el presente, porque en la estimación de esas pruebas el Tribunal violó otras cuantas disposiciones sustantivas que me dan asidero para formular diversas acusaciones. A la inversa, *me permito rogar a la Corte que en los capítulos que siguen considere incorporadas las razones que doy en el presente, para establecer*

la debida vinculación entre las diversas acusaciones, porque todas vienen a estar estrechamente unidas.

Con respecto a la nulidad por simulación del contrato consignado en la escritura 729 de 1906 (enajenación de Fidel Mendieta a sus hijos) el Tribunal resume la prueba en que funda su fallo, así:

« Aparece, según se desprende del análisis anterior, que existen en autos comprobados los siguientes hechos:

1.º Las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta han confesado extrajudicialmente, en dos ocasiones diferentes y ante diversos testigos que los bienes que fueron objeto de la venta que consta en la escritura número 729, eran de su padre Fidel Mendieta y que el doctor Januario Gómez quien los tenía en virtud de esa escritura de confianza, no quería hacerles la devolución de ellos.

2.º Que las señoritas Emelina, Evangelina, María, Natividad, y Clementina y la señora Edelmira Mendieta de Gómez no tenían bienes de fortuna en el año de 1906 que les permitiera pagar al contado y en la forma estipulada en la escritura número 729, el precio de la venta que por aquella misma escritura les hizo el general Mendieta.

3.º Que las mismas personas nombradas en el punto anterior han afirmado hechos que según aparecen de pruebas en los autos, son inexactos y carecen en absoluto de toda verdad; aunque si bien, estos hechos no son parte sustancial en la demanda.

4.º Que las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, prestaron su asentimiento en un todo a las manifestaciones que hizo el señor general Fidel Mendieta en su testamento, entre las cuales está la de que en el contrato de 26 de octubre no existió realmente el precio estipulado. »

Más abajo agrega:

« Además, llevan también a la misma conclusión de que fue simulado el contrato que se estudia, estas conjeturas: que Fidel Mendieta dice verdad cuando afirma que en el contrato de 26 de octubre no hubo precio real y efectivo. »

En cuanto al contrato que aparece en la escritura 1400 de 1916, el Tribunal acepta la simulación fundado en cinco supuestos indicios que, en resumen, son:

La confesión judicial de Clementina Mendieta.

Una pretendida confesión extrajudicial de Januario Gómez ante testigos.

Otra pretendida confesión de Gómez al hacer un conainterrogatorio.

Goce de las fincas por Fidel Mendieta después de la enajenación.

Y una supuesta proposición de Pantaleón Vargas a los testigos.

Ya se verá en los capítulos siguientes que de los indicios relacionados casi ninguno está probado, otros aparecen estarlo pero con pruebas ine-

ficaces contra Gómez, otros se refieren a un mismo indicio, ninguno es vehemente y en la apreciación de las pruebas de todos se incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho.

Si a todo eso se agrega que el Tribunal dejó de estimar en su valor legítimo y verdadero las pruebas que favorecen a Gómez, la ilegalidad del fallo recurrido se patentiza de modo indudable.

## CAPITULO VII

### **Violación de los artículos 555, 561, 538, 606, 607, 608, 609, 610 y 636 del C. J.**

Uno de los fuertes en que la demandante se ha atrincherado para atacar los contratos y donde el Tribunal también se colocó para darle muerte a las convenciones atacadas, es la llamada confesión extrajudicial de Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, acreditada con los testimonios de Manuel y Roberto Manrique (que declaran sobre unos hechos) Eva y Silvia Albornoz (que declaran sobre [otros]). De tales testimonios el Tribunal saca las siguientes conclusiones:

« Se tiene pues que de acuerdo con las declaraciones de los señores Manrique, se halla plenamente comprobado este hecho: que las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, manifestaron de palabra y en presencia de los testigos citados, que se hallaban disgustadas con el doctor Gómez porque no les devolvía una escritura de confianza que le habían hecho respecto a unos terrenos en el Municipio de La Vega, terrenos que al decir del testigo Manuel Manrique habían sido del general Mendieta y que él a su turno les había transmitido a las señoritas Mendieta en escritura de confianza, y al decir del testigo Roberto Manrique, por una escritura de confianza que había hecho el general Mendieta al doctor Januaryo Gómez se quería apoderar de ellos ». — « Y por las declaraciones de las señoritas Eva y Silvia Albornoz, que también forman plena prueba al tenor del artículo 607 del C. J., se llega a la conclusión que tales testigos acreditan este otro hecho: que las ya citadas señoritas Mendieta manifestaron estar disgustadas con el doctor Januaryo Gómez por el temor que abrigaban de que el dicho doctor no les devolviera las escrituras de confianza que le habían hecho respecto a unos terrenos que eran del general Fidel Mendieta, ésto según la testigo Eva Albornoz, y según la testigo Silvia Albornoz, aquellos bienes habían sido del general Fidel Mendieta

y que éste a su turno les había hecho escritura de confianza.» — «De aquí se deduce, sin lugar a duda, que los cuatro testigos citados acreditan con certeza y claridad absoluta, que las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta confesaron extrajudicialmente en dos ocasiones diferentes y en presencia de dos testigos cada vez, que los bienes que fueron objeto del contrato estipulado en la escritura N.º 729, no salieron nunca del poder del general Fidel Mendieta, su padre, porque aquel contrato era un contrato simulado y de la misma naturaleza era también el contrato que ellas mismas celebraron con el doctor *Januario Gómez* y que hicieron constar en la escritura número 1400 de 17 de noviembre de 1916.»

En otra parte de la sentencia el Tribunal estima también la declaración de *Cornelio Vélez* sobre el mismo asunto.

Para evidenciar la deficiencia de dichos testimonios, la inexistencia e invalidez de las pretendidas confesiones, hago míos los siguientes apartes del escrito de acusación formulada por el doctor *Alberto Goenaga*:

«El tribunal incurrió en error de derecho al apreciar todos y cada uno de esos testimonios, porque ellos no prueban confesión alguna y están muy lejos de contener lo que tiene que ser materia de una declaración de testigo encaminada a probar una confesión extrajudicial.»

«La confesión extrajudicial, como toda confesión, tiene que ser expresa y real, lo que quiere decir que los testimonios que la acrediten deben contener y versar sobre las expresiones emitidas por el confesante, y en este particular deben guardar los testigos un acuerdo perfecto y también en las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que corresponde a todo testimonio para ser atendible y que especialmente se requiere en los testimonios con los cuales se requiere establecer una confesión extrajudicial, desde luego que versan o deben versar sobre palabras o las expresiones constitutivas de la confesión o declaración del confesante que se considera tal.»

«Las declaraciones de *Manuel Manrique* y de *Roberto Manrique* no reúnen estas condiciones ni tampoco las reúne las declaraciones de *Cornelio Vélez*, pues aquellas son diferentes en su contenido y lo son también respecto del contenido de ésta. Efectivamente: *Manuel Manrique* dice que oyó leer el testamento en presencia de varias personas y que las señoritas *Emelina*, *Clementina* y *Evangelina Mendieta* manifestaron que era verdad lo que decía su padre, manifestación que hicieron con venias de cabeza por no interrumpir el acto. — Se nota a primera vista que esta declaración no contiene nada que pueda constituir una confesión, porque no acredita las palabras o expresiones de las referidas señoritas, de modo que queda sin saberse si es o no acer-

tado el concepto del declarante de que con lo que dijeron quisieron y entendieron decir su voluntad de aceptar como cierto y en perjuicio propio lo dicho por su padre, aparte de que no se puede saber qué fue lo dicho por éste, lo que se leía u otra cosa que expresara en ese momento; contiene esta declaración un juicio propio, un concepto o una interpretación del declarante, pero no la revelación de haber escuchado determinadas expresiones con manifestación de esas expresiones tal como fueron emitidas, a fin de que el juzgador determinara la existencia o no de una confesión de ellas; y dice el declarante que todo ello lo hicieron las confesantes por venias afirmativas de cabeza, lo cual repugna a todo concepto de confesión según la naturaleza jurídica de ésta, porque ella debe ser expresa e inequívoca. Por otra parte, la interpretación que el declarante le da a los movimientos de cabeza que viera en las confesantes, no es atendible, porque el testimonio no se compone o no versa sobre conceptos del testigo, sino sobre hechos; por testigos hubiera podido acreditarse que las confesantes hicieron determinados movimientos de cabeza, y una vez acreditados esos movimientos y para saber qué significaban o qué quisieron significar con ellos las personas que los ejecutaron, era menester apelar a una prueba pericial ».

« El testigo Roberto Manrique no dice lo mismo que el anterior, es decir tiene conceptos distintos en su testimonio, pues dice que el testamento fue leído varias veces, cosa que no dice el anterior testigo, y dice su concepto de que se leyó varias veces para que lo oyeran las señoritas, quienes no hicieron ninguna manifestación, cosa que está en desacuerdo con el otro testimonio que dice que hicieron manifestaciones por venias afirmativas de cabeza; afirma el testigo que las señoritas « únicamente dijeron que estaban contentas del testamento que hacía su padre a ver si en esa forma volvían sus bienes a su poder », lo que quiere decir que las señoritas sí hablaron, pero el otro testigo afirma que no hablaron sino que se manifestaron por venias afirmativas de cabeza. Lástima que el testimonio que se analiza, que es el de Roberto Manrique, no contenga las palabras que las señoritas dijeron, para ver si hubo o no hubo confesión; pero como no las contiene, no es testimonio sobre los hechos que deben ser materia de un testimonio encaminado a probar una confesión extrajudicial ».

« El testigo Cornelio Vélez tampoco está de acuerdo con los dos anteriores, porque dice que él leyó la póliza del testamento, significando que la leyó una vez, en tanto que Roberto Manrique dice que se leyó varias veces; Vélez dice que se leyó la póliza, en tanto que los testigos Manriques dicen que se leyó el testamento; dice que aprobaron la póliza que él redactó, pero no afirma que aprobaran el testamento, y agrega que las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta,

tan pronto como él terminó la lectura de la póliza, «le manifestaron estar de acuerdo la póliza con la verdad,» pero lo que dice Roberto Manrique que ellas dijeron fue en presencia de todos y no a persona determinada, y lo que dice Manuel Manrique es que ellas manifestaron, lo que interpreta el declarante, por medio de venias de cabeza y en presencia de todos. El testigo Vélez tampoco expresa en su declaración las palabras proferidas por las confesantes, de manera que su testimonio tampoco es idóneo para comprobar una confesión extrajudicial.»

«Conclusión de todo lo dicho es que los tres testimonios de que el Tribunal hace depender la prueba de la confesión extrajudicial de las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, no versan sobre hechos sino sobre conceptos, deducciones o interpretaciones de los declarantes; no están de acuerdo en hecho alguno y sus circunstancias, ni tampoco en los conceptos de que se componen sus declaraciones, y no son prueba de nada que pueda considerarse como constitutivo de una confesión extrajudicial. — De manera que el Tribunal violó, por efecto de la errónea apreciación de esos testimonios o por efecto del error de derecho en esa apreciación, el artículo 607 del C. J. puesto que le atribuyó a esas declaraciones valor de plena prueba de lo que constituye una confesión judicial, y los artículos 555 del C. J. y 561 del mismo al aceptar como elementos constitutivos de una confesión extrajudicial todo aquello que esos testimonios dicen.»

«Lo que estos mismos testimonios y los demás que considera la sentencia dicen respecto de lo que dijera las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta relacionado con lo venta hecha al doctor *Januario Gómez*, no es lo que debe decir una declaración de testigo encaminada a probar una confesión extrajudicial, pues contienen conceptos de los declarantes o interpretaciones, pero no consignan las expresiones emitidas a fin de que el juzgador pueda determinar si tales expresiones constituyen o no una confesión, aparte de que carecen de uniformidad o del debido acuerdo necesario entre unos y otros sobre los hechos y las circunstancias de éstos. Al considerar el Tribunal que tales testimonios demuestran una confesión extrajudicial de las referidas señoritas, incurrió en error de derecho en la apreciación de ellos, por consecuencia del cual violó los artículos 607, 555 y 561 del C. J.»

Acojo también como concluyentes los conceptos y acusaciones del doctor *Carreño* en lo tocante a las pruebas que estoy examinando especialmente los apartes que siguen:

«El tribunal apreció mal por error de hecho y de derecho esas pruebas, si así pueden llamarse, como creo poderlo demostrar en seguida:

» El testigo *Manuel Manrique* dice que cuando el señor *Fidel*

Mendieta estaba otorgando su testamento, las señoritas Evangelina, Emelina y Clementina Mendieta, manifestaron por venias afirmativas de cabeza que era verdad lo que decía su padre.»

«Este caso probatorio es novísimo porque se trata de una manifestación muda, más valedera en una película que en un proceso judicial. Y ni siquiera se sabe en qué pasajes del testamento movían las señoritas Mendieta la cabeza. Bien pudieron hacerlo cuando el testador declaró que había vendido los terrenos por \$ 60.000,00 y entonces, las venias de cabeza acabarían por dejar sin razón al Tribunal. El error de hecho consistió aquí en haber tomado como confesión aquellas venias. El error de derecho consistió en darles valor legal probatorio contra un instrumento público registrado que acredita la compraventa, cual es el número 729 y que hace plena fe contra los otorgantes según el artículo 1759 del C. C. que debió aplicarse al caso del pleito y que fue violado en el concepto indicado.»

«El testigo Roberto Manrique dice que las señoritas mencionadas no hicieron ninguna manifestación, lo que demuestra lo contrario de lo que deduce la sentencia. El Tribunal vió en ese elemento negativo de prueba una confesión extrajudicial y de ahí el error de hecho; le dió fuerza probatoria a ese elemento contra la citada escritura y de ahí el error de derecho. Estos errores indujeron al Tribunal a la violación del citado artículo 1759 del C. C. en el mismo concepto atrás expuesto.»

«La declaración de Eva Albornoz se refiere a desagradados de las señoritas Mendieta con el doctor Januario Gómez respecto de unos terrenos, pero de tal testimonio nada resulta que pueda afectar la validez de las escrituras 729 y 1400 de que se ha hecho mérito. Las mismas razones indicativas de errores de hecho y de derecho en la sentencia acusada, apuntadas con respecto a la declaración anterior concurren en el presente caso. Otro tanto cabe decir acerca de la declaración de Silvia Albornoz. Se violó, pues, nuevamente el antedicho artículo 1759 del C. C. en el mismo concepto.»

«Parece increíble que de los testimonios preindicados, el Tribunal haya deducido, como lo hace, una prueba plena de que los bienes que fueron objeto del contrato celebrado por la escritura número 729 nunca salieron del patrimonio del general Fidel Mendieta por ser ese contrato simulado lo mismo que el que se solemnizó por la escritura 1400 de 17 de noviembre de 1916.»

Y todo lo dicho respecto de las declaraciones de los Manrique es aplicable a lo depuesto por las Albornoz: todo allí es vaguedad, imprecisión, declaraciones sobre palabras *que no se expresan*, que los testigos no hacen constar, sobre gestos ambiguos, equívocos y silencio-

esos que no se sabe a ciencia cierta a qué hecho concreto, a qué pasaje exclusivo o determinado del testamento de don Fidel se refieren; declaraciones como la de las Albornoz que no precisan ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar.

Los conceptos jurídicos de los doctores Goenaga y Carreño están respaldados por reiteradas y abundantes doctrinas de la Corte, de los expositores y por los textos mismos que se han citado.

En fallo de 26 de noviembre de 1908 (N.º 795, tomo I de la Jurisprudencia) la corte declaró:

“Para que la confesión extrajudicial pueda tener la fuerza de plena prueba, es condición esencial que haya habido aseveración expresa y real del confesante. Esto se deduce de los términos empleados por la ley en los únicos casos en que le confiere dicho valor a la confesión extrajudicial”.

## CAPITULO VIII.

### **Nueva violación de los artículos 1602, 1759, 1934 y 1769 del C. C., 555 y 574 del C. J.**

Aún aceptando como bien acreditadas las pretendidas confesiones de Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, respecto de la simulación de los contratos de 1906 y 1916, esas confesiones son absolutamente ineficaces contra Gómez, carecen del más leve mérito contra la parte que represento, aún tomadas como simples indicios, por dos razones: 1.ª Porque no son confesiones de esa parte y en virtud de lo estatuido por las reglas 1769 del C. C., 555 y 574 del C. J. en nada le pueden perjudicar, es decir, que no es posible jurídicamente y por ese aspecto, aducirlas contra él; y 2.ª Porque, de otro lado, cuando las Mendieta hicieron los gestos o manifestaciones a que se dá el nombre de confesión, ya habían enajenado sus derechos a Gómez, nada tenían que perder al confesar, y bien sabido es que la confesión de quien nada ha de salir perdiendo es completamente inócua.

Cabe aquí lo dicho por el Tribunal en una parte de la sentencia a propósito de las declaraciones de Fidel Mendieta en su testamento:

“Para la Sala las declaraciones testamentarias que quedan trascritas no tienen valor alguno contra los contratantes compradores porque la confesión no perjudica sino al que la hace: quiere decir ésto que aquella declaración apenas releva a la demandante de la prueba de la

simulación por parte del general Fidel Mendieta, mas no en lo que atañe a los derechos que del pacto de compraventa pudieran derivar los compradores, pues de lo contrario quedaría en manos de uno solo de los contratantes aniquilar un contrato bilateral."

Pues bien, al Tribunal no se le ocurrió lo que cualquier profano en derecho tiene que ver aquí: que las señoritas Mendieta ya le habían hecho escritura de venta de sus derechos a Gómez cuando confesaron, que se hallaban en relación con éste, en la misma relación en que don Fidel estaba con ellas, que al admitir la pretendida confesión de las mismas para darle mérito contra Gómez "quedaría en manos de uno solo de los contratantes (las Mendieta) aniquilar un contrato bilateral" (el que celebraron con Gómez).

Parece increíble que un Tribunal que sienta esa tesis jurídica (incuestionablemente acertada) incurra en la inconsecuencia de atropellarla a la página siguiente, violando así lo dispuesto en los preceptos legales ya citados y los arts. 1602, 1759 y 1934 del C. C., en el sentido de desconocer la fuerza obligatoria de los contratos y las declaraciones consignadas en escrituras públicas, por la confesión de una de las partes contratantes.

Ruego a la Corte dé por reproducidas en este capítulo las razones expuestas en el que destiné atrás a combatir el mérito de la confesión judicial de Clementina Mendieta.

No debe olvidarse, porque esta circunstancia patentiza la inexactitud de las confesiones de Emelia y Evangelina, que estas señoritas negaron la simulación al contestar la demanda, se opusieron a ésta y recurrieron del fallo hasta en lo tocante a la anulación del contrato de 1916, nulidad que les convendría dejando en pié el de 1906, porque así volverían a sus manos los derechos que le vendieron a Gómez.

Descartadas las confesiones de Clementina, Evangelina, y Emelina Mendieta, ya por no estar legalmente probadas, ya porque aún suponiendo que lo estén carecen de todo mérito contra mi poderdante, desaparece el principal indicio de los que respaldan la sentencia condenatoria.

Veamos los demás.

## CAPITULO IX.

**Nueva violación de los artículos 1602, 1759, 1934, y 1769 del C. C., 555 y 574 del C. J.**

Aunque entre los indicios que el Tribunal considera como demostrativos de la simulación del contrato de 1906 está en último lugar el de las manifestaciones de Fidel Mendieta en su testamento, quiero de una vez tratar este punto para poner de relieve la inconsecuencia cometida por el Tribunal, la falta de cuidado que tuvo al pronunciar su sentencia y el criterio inseguro, ofuscado y voluble con que procedió.

En efecto, habiendo consignado el Tribunal el concepto contenido en el párrafo transcrito en el capítulo que precede, en lo referente a lo dicho por Fidel Mendieta en su testamento, no se explica uno cómo al hacer adelante el resumen de los indicios de la simulación del contrato de 1906, dice la sentencia:

“Además llevan también a la misma conclusión de que fué simulado el contrato que se estudia estas conjeturas: que Fidel Mendieta dice verdad cuando afirma que en el contrato de 26 de octubre no hubo precio real y efectivo,.... Que al hacer las declaraciones que consignó en su testamento, obró con sinceridad por tratarse de aseveraciones hechas en el lecho de muerte.”

De manera que el Tribunal que había dicho que las declaraciones testamentarias «no tienen VALOR ALGUNO contra los contratantes compradores porque la confesión no perjudica sino al que la hace»... «pues de lo contrario quedaría en manos de uno solo de los contratantes aniquilar un contrato bilateral», a las pocas vueltas hace valer contra los compradores aquellas declaraciones testamentarias, violando así todos los preceptos citados y su propia doctrina, por error de derecho en la apreciación de esa prueba.

## CAPITULO X.

**Violación de los mismos artículos ya citados  
y del 592 del C. J.**

Antes de tratar los indicios que como hechos demostrados relaciona el Tribunal en los numerales 2.º y 3.º que copié en la página 15 de este alegato, quiero considerar el indicio llamado *hecho* en el numeral 4.º, que dice:

«Que las señoritas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, prestaron su asentimiento en un todo a las manifestaciones que hizo el señor general Fidel Mendieta en su testamento, entre las cuales está la de que en el contrato de 26 de octubre no existió realmente el precio estipulado.»

Como se ve, este supuesto indicio se refiere al mismo indicio 1.º, es decir, que los dos no forman sino un solo indicio, los argumentos de ese hecho dependen de un solo argumento: la pretendida confesión extrajudicial de las Mendieta, sus gestos, signos de afirmación y declaraciones ante testigos; de manera que no constituyendo todo eso sino un SOLO HECHO en el fondo, un solo indicio, al estimar el Tribunal que ahí concurrían varios indicios, desconoció lo estatuido por el artículo 592 del C. J., violándolo en consecuencia.

Y como por otra parte al indicio en referencia le son aplicables todas las observaciones hechas al 1.º: deficiencia de los testimonios demostrativos, ineficacia de la pretendida confesión por no perjudicarle al tercero Gómez y por haber hecho las confesantes escritura de venta desde años atrás, el Tribunal violó los demás artículos citados, en el mismo concepto en que lo habían sido al estimar el inciso 1.º.

## CAPITULO XI.

**Nueva violación de los artículos 587, 590, 607, 610  
y 636 del C. J.**

El 2.º de los indicios en que se apoya el Tribunal para creer y declarar simulado el contrato de 1906, es la carencia de bienes de fortuna de las Mendieta en la época en que aparecen haciendo la compra.

Por un lado, el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba de testigos aducida para demostrar la pobreza, porque las declaraciones de aquéllos no llenan las exigencias establecidas por los artículos 607, 610 y 633 del C. J. Además de referirse los testigos a un hecho negativo, no precisan el tiempo, modo y lugar.

A este respecto hago mías las siguientes observaciones y acusaciones del doctor Carreño:

«Los testigos Virginia M. de Mora y Bethsabé F. de Torres dicen que no les conocieron capital a las señoritas Mendieta, lo que no es suficiente para demostrar la imposibilidad de éstas para comprar en unión de otras personas los terrenos que les vendió el general Mendieta. Además, estas dos declarantes no están de acuerdo en un punto que tiene significación: la primera dice que Emelina, María Natividad y Evangelina tuvieron un negocio de panadería y un colegio de niñas; y la segunda dice que nunca les vió negocio alguno.»

«Es claro que éstos que el Tribunal toma como indicios que acaban en su concepto por formar prueba completa, no pueden demostrar la verdad del hecho controvertido.»

«El Tribunal incurrió en error de hecho al asegurar que las señoritas Mendieta «no tuvieron nunca negocio alguno,» (son sus palabras) fundándose en el testimonio de Virginia M. de Mora, quien declaró que las mismas señoritas «tuvieron negocio de panadería y un colegio de niñas.»

«Todas las declaraciones que quedan citadas fueron igualmente mal apreciadas en el fallo recurrido, por error de derecho del Tribunal sentenciador, pues les aplicó indebidamente el artículo 590 del C. J. para convertirlas en plena prueba, sin que tales testimonios alcanzaran a tener el valor de una prueba de indicios vehementes, enlazados entre sí y suficientes en conjunto para demostrar el hecho que se ventila.»

«Esos errores de hecho y de derecho dieron lugar a que el Tribunal fallara la nulidad de los contratos números 729 y 1400 supra-dichos, con lo cual violó notoriamente el artículo 1759 del C. C., como lo dejo expuesto.» Acojo también lo dicho por el doctor Goenaga:

«Pero tales testimonios no están de acuerdo unos con otros o no versan todos sobre los mismos hechos, si hechos pueden llamarse los juicios o los conceptos que propiamente los integran, de manera que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarlos y por efecto de esa apreciación violó el artículo 607 del C. J. En estos testimonios no hay nada y muchísimo menos unos hechos de donde pueda deducirse que las señoritas Mendieta no tuvieron ni pudieron tener el dinero-precio de aquella compraventa, sino que versan sobre apreciaciones de los testigos en el sentido de que dichas señoritas estaban pobres.»

Pero aún aceptando la pobreza *relativa* de las compradoras, esa circunstancia no constituye un verdadero indicio, ni mucho menos vehementemente, para que tenga la fuerza probatoria que le dá el Tribunal.

La Corte Suprema en un caso análogo, decidido por sentencia de 27 de julio de 1925, dijo:

«Se puede establecer (con testimonios u otras pruebas) que una persona es pobre, pero no de una manera absoluta, sino relativamente, puesto que no es imposible que esa persona, en cualquier momento y a cualquier título, adquiriera una suma de dinero para celebrar un negocio. Las razones que un testigo dá sobre que una persona es pobre sirven para formar una conjetura, pero jamás *un indicio* en el sentido legal de la palabra. (N.º 2014, tomo III de la Jurisprudencia).

## CAPITULO XII.

### Nueva violacion de los artículos 1769 del C. C., 575 del C. J. y violacion del artículo 454 del C. J.

El Tribunal funda también su fallo condenatorio en el supuesto hecho de que «las mismas personas nombradas en el punto anterior (Emelina, Evangelina, María Natividad, Clementina y Edelmira Mendieta) han afirmado hechos que según aparecen de pruebas en los autos, son inexactos y carecen en absoluto de toda verdad; aunque si bien, estos hechos no son parte sustancial en la demanda».

Esto lo deduce el Tribunal de la negativa que dieron las Mendieta a las preguntas sobre su educación y sostenimiento por don Fidel.

Dice la sentencia:

«Las mencionadas Mendieta contestaron negativamente estas preguntas y otras similares sin hacer aclaración ni salvedad de ninguna especie, y no obstante ésto, aparece en autos comprobada por el dicho de Virginia M. de Mora y Bethsabé F. de Torres, que todas las señoritas Mendieta y su hermano Belisario fueron educados en colegio a costa de Fidel Mendieta y de su esposa; que fueron recogidos desde niños inmediatamente después de la muerte de la señora Tránsito de Barrera, por el matrimonio Mendieta - Prieto, a cuyas expensas vivieron hasta la muerte de Fidel Mendieta.»

«Estos hechos demostrados en autos y que fueron negados, como ya se dijo, por las expresadas demandadas, están diciendo clara-

mente que María Natividad, Edelmira, Evangelina y Emelina Mendieta, no han dicho la verdad al ser interrogadas en posiciones.»

El Tribunal aplicó a este caso indebidamente el artículo 454 del C. J. que dice:

«Si en el curso del juicio se probare de una *manera evidente* que alguna de las partes, al absolver posiciones, *se perjuró a sabiendas, sobre un hecho sustancial en el pleito*, además de las penas en que incurra por el perjurio, y que se le impondrán previo el juicio criminal correspondiente, en el civil en que se hubiere perjurado será sentenciada, si fuere el demandante a la pérdida del pleito, y si fuere el demandado, a que cumpla la obligación porque se le demandó.»

La indebida aplicación aparece del concepto mismo del Tribunal cuando declara que «estos hechos no son parte sustancial en la demanda» y siendo evidente que para aplicar aquella regla se necesita que medie perjurio «a sabiendas, sobre un hecho sustancial en el pleito.»

Por otra parte, el Tribunal incurrió en el error evidente de hecho de estimar que en el caso de que se trata había *perjurio*, cuando es bien sabido que para que éste exista es indispensable que la persona haya sostenido una cosa con juramento y haya afirmado la contraria también con juramento. Este concepto ha sido el consagrado sostenidamente por la jurisprudencia.

Si en el caso presente no ha habido, como no hay, perjurio y menos a sabiendas y mucho menos sobre un hecho sustancial, es de todo punto injurídica la apreciación contenida en la sentencia materia del recurso.

Pero aún admitiendo como cierta la infracción a la verdad por parte de las Mendieta, esa circunstancia, que en los casos de la disposición citada la asimila la ley a una confesión, no puede extenderse en sus efectos, como la extendió el Tribunal, a la persona que represento, que es un tercero distinto de las confesantes. Luego, por ese otro aspecto el Tribunal violó los demás artículos citados. Apoyo este cargo en las razones aducidas atrás contra el mérito de las otras pretendidas confesiones de las Mendieta.

## CAPITULO XIII.

**Nueva violación de los artículos 575, 590 y siguientes del C. J., 1759, 1769, 1602 y 1934 del C. C.**

En los capítulos que preceden inmediatamente he examinado todos los indicios en que se respalda el Tribunal para declarar que es nulo por simulación el contrato de 1906 (venta de Fidel Mendieta a sus hijos); y creo haber demostrado que ninguno de esos llamados indicios presta mérito, que el Tribunal apreció mal esas pruebas por los errores de hecho y de derecho en que incurrió.

Voy ahora a ocuparme de la prueba indicial que sirvió para anular el contrato de 1916 (enajenación de los Mendieta hijos a Januario Gómez), advirtiéndole que las observaciones y acusaciones contenidas en los capítulos I a V las hago de modo expreso extensivas a la parte del fallo cuya materia es el último contrato referido.

El cargo especial que ahora hago se refiere de modo particular a la confesión judicial de Clementina Mendieta que la toma el Tribunal (en el pasaje que copié en el capítulo V) como indicio de la simulación del contrato consignado en la escritura 1400 de 1916.

Fundo esta acusación en las mismas razones expuestas en ese capítulo V, en cuanto fue estimada dicha confesión como deposición de testigo hábil, y en las razones contenidas en el capítulo IV en cuanto se le dió mérito probatorio contra Gómez a esa confesión como tal.

Lo alegado y demostrado en esos capítulos me relevan de acreditar nuevamente aquí que la confesión en referencia no puede estimarse de ninguna manera, que no valiendo contra mi poderdante como confesión, no vale como dicho de testigo, ni como indicio; que en cualquier forma en que se le otorgue mérito se violan unas u otras o todas las disposiciones civiles sustantivas ya citadas.

## CAPITULO XIV

**Nueva violación de los artículos 555, 561, 562, 606, 607, 609, y 610 del C. J.**

Refiriéndose el Tribunal al contrato contenido en la escritura 1400 de 1916, dice:

«En primer término, se alega como prueba la confesión extrajudicial hecha por el demandado *Januario Gómez*.»

«En general, las declaraciones aducidas para demostrar la confesión extrajudicial de *Gómez* son las mismas que se tuvieron en cuenta al estudiar la confesión también extrajudicial de las *Mendietas* en el contrato de 26 de octubre, las que fueron complementadas en la segunda instancia, y que precisa analizar teniendo en cuenta las que a juicio de la Sala sean más conducentes.»

En seguida analiza las declaraciones de *Alberto Portocarrero*, *Patricio Guáqueta*, *Francisco Vásquez* y *Constantino Ponce*, y concluye:

«De estas tres declaraciones, contestes en un todo y uniformes en cuanto al tiempo, modo y lugar, sí se desprende claramente y con plena prueba a virtud de lo dispuesto por el art. 607 del C. J. el hecho de que el doctor *Januario Gómez* confesó ante los tres declarantes, que el contrato estipulado en la escritura número 1400 de 17 de noviembre de 1916, no fue un contrato de venta perfecto, sino que él obedeció al respaldo de una deuda, sin que por su parte se hubiese pagado el precio estipulado, pues de otra manera no tiene explicación el hecho de que el doctor *Gómez* se creyera obligado como lo manifestó ante los testigos, a devolver la escritura una vez que se pagara determinada suma por parte de los *Mendietas*.»

En estos conceptos y apreciaciones el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho al estimar que las palabras de *Gómez* constituían una confesión de que el contrato era ficticio y al considerar que las declaraciones de los testigos reunían las exigencias de uniformidad precisión, acuerdo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar para formar plena prueba. De esos errores de hecho se desprendió el de derecho consiste en desconocer lo dispuesto por aquellos preceptos legales sobre confesión en general, confesión extrajudicial y prueba de testigos.

El doctor *Portocarrero* dijo en la primera instancia que *Gómez* le había exigido a don *Fidel* como garantía del dinero que debía pagar a *Torres*, que él y sus hijos le hicieran a *Gómez* escritura de todos los inmuebles, por valor recibido, y que así lo hicieron. Olvidó que el general *Fidel Mendieta* no figuró en el contrato contenido en la escritura 1400. Olvidó también que don *Fidel* no podía garantizar nada a *Gómez* con el usufructo de las fincas, porque ese usufructo era de *Belisario Mendieta* y de *Gómez* desde 1909, época en que lo vendió don *Fidel* por escritura 363. Tales aseveraciones aparecen contradichas por la evidencia de los dos hechos apuntados que se acreditan con los instrumentos públicos referidos. Además, la deuda se constituyó en 1911 y el doctor *Portocarrero* asevera en su declaración que la

escritura de usufructos que hizo don Fidel Mendieta se otorgó para garantizar esa deuda. Pero si la enajenación del usufructo se efectuó en 1909, cómo podía ser para garantizarle a Gómez el pago de una deuda no constituida sino dos años después? Y a Belisario Mendieta, adquirente también del usufructo, qué le garantizaba? En segunda instancia el mismo testigo quiso rectificar lo dicho en la primera y aclaró que la escritura de garantía de usufructo se constituyó poco antes de pagar Gómez a Torres. Y ese poco antes fue nada menos que *seis años antes*.

Los testigos Guáqueta, Vásquez y Ponce simplemente aluden a las palabras que diz que le oyeron proferir a Gómez. Según Guáqueta, Gómez le contó lo relativo a una suma de dinero que debía a los Mendieta; esto conforme a lo dicho en la primera instancia, porque ya en la segunda dijo que Gómez le había contado lo referente a una suma de dinero que le debían los Mendieta.

Esas declaraciones que apenas versan sobre palabras, sin que los testigos las expresen textualmente, tienen el defecto (que las priva de todo mérito probatorio) de su notaria vaguedad, falta de acuerdo en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y hasta manifiestas contradicciones.

A este respecto me apropio las acusaciones y razonamientos que el alegato del doctor Carreño trae en los siguientes apartes:

«Estas pruebas han sido mal apreciadas por el Tribunal por errores de hecho y de derecho que lo indujeron a violar los artículos 1759 y 1934 del C. C., como paso a explicarlo.

«De la declaración del doctor Portocarrero resultaría lo siguiente: que el General Mendieta estaba en dificultades para pagar una deuda al doctor Julio Z. Torres; que no habiendo podido arreglar esa deuda por la cual estaba ya ejecutado, le manifestó el deudor al declarante que siempre habían resuelto hacerle la escritura a don Januario; que éste pagó la obligación del doctor Julio Z. Torres; que el mismo don Januario le dijo al declarante que le habían hecho la escritura para garantizarle el crédito, y que estaba dispuesto a devolver la escritura cuando se le pagara lo que se le debía.»

«Cuál de estas dos explicaciones del doctor Portocarrero acredita la simulación de la escritura 1400? Ninguna.»

«Lo que dejo expuesto sobre la declaración del doctor Portocarrero lo hago extensivo a los testimonios de los señores Guáqueta, Vásquez y Ponce, que no demuestran, como lo pretende el Tribunal que en la venta formalizada por la escritura número 1400, no se pagó precio y que tal contrato no fue perfecto.»

«Se aplicaron, pues, indebidamente en la sentencia los artículos 606 y 607 del C. J., lo que constituye un error inicial de derecho

en la apreciación de las pruebas señaladas; se extendieron en el mismo fallo aquellos testimonios al hecho del pago del precio y al perfeccionamiento del contrato de la escritura 1400, cuando de un modo evidente en los autos aparece que tales testimonios no se refieren al pago del precio ni al caso de si se perfeccionó o no se perfeccionó el contrato, lo que implica un error de hecho; y se incurrió finalmente en el error de derecho, consistente en considerar que la imaginaria confesión extrajudicial del doctor Gómez podía perjudicar a la señorita Evangelina Mendieta y demás otorgantes vendedoras.»

«Esos errores indujeron al Tribunal, a la violación de los precitados artículos 1759 y 1934 del C. C. que le dan a la escritura número 1400 y a su contenido una fuerza jurídica que el fallo materia de este recurso ha eliminado con presunciones o indicios inconducentes.»

Por último, en lo referente a esta acusación, me remito a lo que en capítulos subsiguientes alegaré, a propósito de la efectividad de los contratos en cuestión, de la existencia de una causa real y lícita, la evidente existencia de precio, los errores en la apreciación de las pruebas de la parte demandada etc. y ruego a la Corte se sirva tener en cuenta esas alegaciones en respaldo del presente cargo.

Suponiendo ciertas las manifestaciones de Gómez a los testigos, ellas no constituyen confesión del hecho de ser ficticio el contrato. No se olvide la doctrina de la Corte transcrita al finalizar el capítulo VII.

## CAPITULO XV.

### **Nueva violación de los artículos 1769 del C. C., 555, 556, 587, y 592 del C. J.**

Estos preceptos fueron violados doblemente por el Tribunal, con motivo de errores de hecho y de derecho al apreciar como confesión de Gómez las preguntas que éste hizo al testigo Guáqueta.

Dice la sentencia:

«Es también indicio grave de la simulación del contrato que se estudia en esta parte del fallo del Tribunal, la confesión indirecta que respecto de ella hace el mismo doctor *Januario Gómez* en las preguntas con que contrainterroga al testigo *Patricio Guáqueta*. (fl. 80 C. número 5). Dice allí el doctor Gómez al contrainterrogarlo: «Cuando yo a usted le hice la manifestación de que mientras no se me pagaran

esos catorce mil pesos no devolvería la finca a la familia Mendieta, sabe usted a que familia Mendieta me referí?". "A qué familia del general Mendieta me referí yo que devolvería la finca, a la señorita Clementina Mendieta con su madre la señora Margarita Prieto de Mendieta o a la otra familia compuesta por el señor Belisario Mendieta, Emelina, María Natividad y Evangelina Mendieta? 'Estas manifestaciones que a usted le hice delante de quién se las hice y cuando?'."

« Como se ve, de estas preguntas se desprende con entera precisión, que el doctor Gómez acepta, en forma categórica, la confesión que hizo ante el testigo Guáqueta que debía devolverle la escritura a la familia Mendieta. En cuanto a que a cuales de los Mendiets debía devolverles la escritura, es de lógica deducción que era a aquellos a quienes se les había otorgado.» (sic).

Aquí se observa, con la simple lectura de estos párrafos, el evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal al estimar que en las preguntas trascritas conviene Gómez en haberle hecho a Guáqueta las manifestaciones que se le imputan.

El texto y el espíritu de las interrogaciones no indica que Gómez conviniera, sino que como Guáqueta había contestado afirmativamente el *interrogatorio* que sobre las aludidas manifestaciones le hacía la parte *demandante*, Gómez lo *contrainterrogó* en la forma en que lo hizo con el objeto de patentizar la inexactitud de lo que afirmaba o había afirmado el testigo. Tan claro es esto que Gómez termina repreguntando delante de quién y cuándo hizo las manifestaciones; es decir, que ahí salta a la vista la inconformidad de Gómez con la imputación que se le hacía; en esa repregunta se ve la negativa y no afirmación.

Si un testigo declara que yo le di muerte a alguien, y al *contrainterrogarlo* le pregunto: 'Yo di esa muerte con arma de fuego o arma blanca?' qué Juez hallará en esta pregunta confesión del delito?

Es en verdad tan evidente el error en la apreciación de la prueba, que no tengo necesidad sino de exponerlo para que resulte de manifiesto.

El error de derecho consiste en la violación de los preceptos citados porque a la luz de ellos aquí no hay confesión, ni siquiera un indicio; y en el último caso este indicio (supuesto reconocimiento de Gómez de lo dicho a Guáqueta), se refiere a la pretendida confesión extrajudicial ante ese testigo, la cual ya se había estimado como falso indicio; de manera que el Tribunal toma un solo hecho en el fondo, por dos indicios, lo que es indebido.

## CAPITULO XVI.

**Error evidente de hecho y nueva violación de los artículos 607, 609 y 636 del C. J.**

Otro llamado indicio de la simulación del contrato 1400 de 1916 es, en concepto del Tribunal la conservación del usufructo de las fincas por Fidel Mendieta según el dicho de los testigos Portocarrero, Vásquez, Guáqueta y Custodio Rodríguez.

Pues bien, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al estimar que las declaraciones sobre el goce de la cosa, en el presente caso, pueden inducir a creer en la simulación, toda vez que antes de que Fidel Mendieta enajenara el usufructo en 1909, tenía el derecho a gozar de la cosa; y los testigos no declaran de modo categórico que después de adquirir Gómez todos los derechos Fidel Mendieta continuara en aquel goce.

Por otra parte, al estimar dichos testimonios el Tribunal olvidó lo establecido por las disposiciones citadas en lo tocante a las condiciones que debe llenar el dicho de los testigos para que preste mérito probatorio: deposición sobre hechos positivos, concretos, no sobre simples palabras y referencias, acuerdo perfecto en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, conocimiento personal de los hechos etc., nada de lo cual concurre en el presente caso.

## CAPITULO XVII.

**Errores evidentes de hecho y nuevas violaciones de los artículos 607, 609, 636, 587, 590 y 594 del C. J.**

Agrega el Tribunal que otro indicio que concurre a demostrar la simulación «es el hecho comprobado en autos por la declaración de los testigos Roberto Manrique (fl. 38 c. N.º 5) y Aura Manrique (fl. 66 c. N.º 5) de que el señor Pantaleón Vargas, compañero de la oficina del doctor Ramón Vanegas Mora, apoderado en este juicio del doctor Gómez, fue en alguna ocasión a casa de los testigos mencionados a manifestarles que no declararan en este asunto, ante cuya propues-

ta los testigos contestaron que todos declararían lo que les constara.»

Incurrió aquí el Tribunal en los errores evidentes de hecho de dar como probado plenamente lo afirmado por los testigos y de hacerles decir cosas que no dijeron o que solo uno de ellos dijo y en el de estimar el hecho declarado como indicio vehemente, ya que ni siquiera es indicio.

El testigo Roberto Manrique, al fin de su declaración y apenas incidentalmente dice: «El declarante deja constancia que el señor Pantaleón Vargas compañero de oficina del doctor Ramón Vanegas Mora, apoderado del doctor Gómez, ha ido a su casa a disuadir que no declararíamos en este asunto, a lo cual le contestamos todos que declararíamos lo que nos constara.»

Aura Manrique no dice nada sobre la respuesta que le dieron a Vargas; solamente declara: «También manifiesta que el doctor Pantaleón Vargas socio del doctor Vanegas y *amigo de mi casa* nos ha insinuado la idea de que no declaremos en este juicio.»

Como se ve, por el aspecto indicado el error del Tribunal es manifiesto; y en cuanto a la aplicación de las disposiciones citadas, fueron desconocidas o abiertamente quebrantados sus mandatos. Los testimonios en cuestión no están de acuerdo en ninguna de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. No se sabe cuándo hizo Vargas la insinuación a Roberto Manrique ni cuándo a Aura; no se conoce la forma precisa en que Vargas hizo la insinuación, no es posible saber a qué se encaminaba, si a favorecer a Gómez o a evitarle a los Manriques, de cuya casa era amigo Vargas, las mortificaciones de la declaración.

De un modo u otro, lo cierto es que la pretendida insinuación a Roberto no aparece sino de la declaración de éste, y la hecha a Aura, de lo dicho por ella; es decir, que no hay plena prueba del hecho, plena prueba necesaria, porque no es admisible acreditar un indicio con una prueba deficiente (art. 594 del C. J.)

## CAPITULO XVIII.

### **Errores evidentes de hecho y violación de los artículos 1524, 1602, 1740, 1759 y 1934 del C. C.**

Han quedado hechos, fundados y explicados en los capítulos que preceden los cargos tocantes a indebida apreciación de las pruebas enderezadas a demostrar los indicios en que el Tribunal apoya la simu-

lación de los contratos cuya nulidad se demanda. Allí se vió que ni tales indicios están plenamente probados, ni los que puedan quedar en pié son vehementes y diversos; unos se refieren a otros y al fin y al cabo no forman sino uno solo etc.; es decir, que desde el punto de vista de derecho, y sin atacar la apreciación que de ellos hizo el Tribunal, por los errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas de los referidos indicios, éstos a su vez no sirven para acreditar la simulación. Todo lo dicho anteriormente aparecerá corroborado con los cargos que siguen y que destruirán los últimos restos de validez que pudiera conservar la prueba indicial.

La parte demandada adujo muchas pruebas, como las mismas escrituras contentivas de los contratos, las de deudas canceladas ya por Belisario Mendieta en su nombre y en el de los demás compradores en el contrato de 1906, la cancelación de la deuda de Julio Z. Torres en virtud del pago que hizo Gómez como aparece de la escritura número 466 de 24 de abril de 1917 de la Notaría 3.<sup>a</sup> de Bogotá, las propias declaraciones de la demandante en el libelo de demanda, sobre recibo de los \$ 100 mensuales, cartas privadas reconocidas como la de 6 de mayo de 1920 dirigida a Januario Gómez por sus vendedores, inclusive Clementina Mendieta.

Esas pruebas no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, y de ellas aparece:

Con respecto al contrato de 1906, que el vendedor dijo haber recibido la parte de precio estipulado en dinero, de manos de los compradores; que como parte del precio de las cosas vendidas, los compradores se obligaron a cancelar dos hipotecas: una por \$ 2000 a favor del Banco Central y otra para pagar cincuenta cargas de café, completo de las quinientas vendidas al señor Pedro A. López en años anteriores, hipoteca que se otorgó por \$ 5000; que como parte del precio se estipuló una renta vitalicia en favor de la señora Margarita Prieto de Mendieta, para el caso de que sobreviviera a don Fidel; que esa renta era de \$ 100 mensuales; que las hipotecas fueron canceladas por Belisario Mendieta, uno de los compradores, quien pagó en nombre de sus hermanas y en el suyo propio; que la señora Margarita Prieto de Mendieta, una vez muerto don Fidel, recibió durante diez meses consecutivos las pensiones estipuladas en su favor en la escritura 729 de 1906.

Con respecto al contrato de 1916, de la escritura misma en que se hizo constar aparece la venta por \$ 40.000, que los otorgantes declaran recibidos en esta forma: \$ 5000 que cada una de las cuatro otorgantes vendedoras recibe por su sexta parte en la nuda propiedad y \$ 10.000 que Belisario Mendieta ha recibido además por su mitad

en el usufructo: \$ 10.000 que los otorgantes dejan en poder del comprador Gómez para que pague un crédito de \$ 6000 que se debía por Belisario y Fidel Mendieta a Julio Z. Torres; y 4000 que Belisario Mendieta debe al mismo comprador, suma que había sido invertida en la finca.

De la carta reconocida de 6 de mayo de 1920 resulta que los vendedores recibieron el precio, y de la escritura 466 de 1917 aparece que Gómez canceló el crédito de Torres.

Si todo ésto es así, como innegablemente lo es, si de modo absoluto, así, absoluto, es indiscutible, evidente, que por lo menos en la compraventa de 1906 se pagó la parte de precio representada por los créditos que cubrió Belisario Mendieta y en el de 1916 se pagó la parte de precio representadas por las deudas que pagó Gómez y por el crédito de éste en contra de Belisario, eso demuestra que de todos modos hubo un precio *efectivo*, que por pequeño que resultara siempre fué *efectivo*; y que habiendo siquiera un centavo de precio real y verdadero, la idea de simulación se excluye por completo. Si no se paga el resto, habría acción resolutoria o de incumplimiento, o si el precio fué exiguo podría haber la lesión enorme, pero basta, repito, que aparezca, como aparece aquí, un precio real y hasta pagado, para que la simulación se descarte.

Al apreciar esas pruebas el Tribunal incurrió en el error evidente de desconocer la existencia de un precio, la existencia de la causa de los contratos; ese desconocimiento lo indujo a anular contratos válidos, violando así las disposiciones citadas.

El precio y su pago pueden revestir diversas formas y modalidades, sin que ninguna de éstas implique simulación.

Sobre esta materia ha dicho la Corte:

«El precio es elemento indispensable para la existencia del contrato de compraventa; es decir, es necesario que se haya estipulado un precio; mas no es necesario que el pago de éste se haga en el mismo momento de celebrado el contrato, por cuanto el vendedor puede dejarlo en manos del comprador, a título de mutuo, por dación en pago o en cualquiera otra forma.» Fallos de 26 de mayo de 1899 y 17 de noviembre de 1908. (N.º 3094, tomo I de la Jurisprudencia).

«Si en la escritura se dice que el vendedor recibió en dinero el precio de la venta, y después el comprador confiesa que no verificó pago efectivo de la cantidad, sino pago en compensación por igual suma que el vendedor le debía, ello no es prueba de la simulación del contrato; nada demuestra en contra de la sinceridad de la estipulación sobre precio de la compraventa contenida en la escritura. Las confesiones de las partes contratantes respecto de las imputaciones y forma del pago, lejos de

comprobar la simulación, presuponen más bien que las obligaciones correspondientes a ese pago son reales y efectivas. » Fallo de 29 de octubre de 1915. (N.º 1737, tomo II de la Jurisprudencia).

« La circunstancia de que el vendedor deje en manos del comprador la cantidad de dinero que se ha estipulado como precio de la cosa vendida, no implica, ni falta de precio, ni indeterminación del mismo. En lugar de recibir materialmente el vendedor dicha cantidad y aplicarla luego al pago de deudas que tengan pendientes *con el mismo comprador o con terceros*, puede de una vez, en el propio contrato de compraventa, hacer esa aplicación. » Fallo de 26 de noviembre de 1912. (N.º 1908, tomo II de la Jurisprudencia).

## CAPITULO XIX

### Nueva violación de los artículos 1524 y 1602 del C. C.

Pero en la hipótesis (es mero supuesto) de que en ninguno de aquellos contratos hubiera habido ventas reales, la *simulación* sería simplemente *relativa*, y ésta no induce nulidad. La simulación absoluta, es decir, la ficción completa, implica falta de causa, y esa falta es la que produce la nulidad.

Como Magistrado tuve ocasión de sostener yo la siguiente tesis, en cuya exactitud sigo creyendo :

La simulación indica, etimológica y jurídicamente, el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra (Escriche). En lo referente a los contratos, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado uniforme y constantemente en el sentido de la nulidad de aquéllos, por estimarse que la ficción entraña falta de causa, y la ley desconoce la validez de obligaciones sin causa real y lícita (artículos 1524, 1740 y 1741 del C. C.). Pero en esta materia debe hacerse una distinción: Puede haber simulación total o absoluta en el sentido de que las partes no tuvieron intención de celebrar ningún contrato. En tal evento la nulidad es indiscutible porque efectivamente no hubo causa real alguna. Pero es posible, y aún frecuente, que aparezca celebrado un contrato siendo otro el verdadero, como si un individuo dijera vender y otro comprarle un caballo por cien pesos, cuando en verdad se trataba de una permuta del semoviente por un reloj estimado en aquella suma. En esta hipótesis, parece no existir nulidad, porque de todas maneras hubo un contrato con causa real y lícita. Ocurriría sim-

plemente degeneración de un contrato en otro, fenómeno reconocido por nuestro propio estatuto civil, como puede verse en el artículo 1501 cuando dice que «son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o *degenera en otro contrato diferente.*» El Código no contempla aquí la degeneración de un contrato en otro para declararla nula, sino para reconocerle efectos a ese fenómeno jurídico, en contraposición al caso en que no hay degeneración de contrato sino falta completa de cosas esenciales hasta el extremo de que prescindiendo del contrato aparente, no queda nada, y entonces ese contrato vicioso «no produce efecto alguno.»

Esta tesis de la degeneración de un contrato en otro, o en términos más generales, de la simulación *relativa*, que implica la existencia de una causa real y que excluye la idea de nulidad, está respaldada por la doctrina de expositores tan autorizados como Aubry y Rau.

Ahora bien, con respecto al contrato de 1906, el mismo Tribunal reconoce lo siguiente:

«Que Fidel Mendieta dice verdad cuando afirma que en el contrato de veintiseis de octubre no hubo precio real y efectivo, y que él obedeció únicamente al hecho de que los bienes no salieran de la familia, quedando repartidos por iguales partes entre todos sus hijos; porque el contrato simulado y en la forma como fue estipulado, era el único medio para lograr aquellos fines, dado que cinco de los demandos eran hijos de distinto lecho y estaban por lo mismo excluidos en el patrimonio de su padre.»

Es decir, que entre Fidel Mendieta y sus hijos sí hubo el propósito real y efectivo de la transferencia por una parte y la adquisición por otra de los bienes materia del contrato, para que éstos quedaran dentro de la familia, o mejor dicho en el patrimonio de todos los hijos de don Fidel. Si a lo anterior se agrega que también mediaba el propósito de que los adquirentes pagaran, como pagaron, las deudas que gravaban esos bienes, resulta de manifiesto la efectividad de la *causa real*, aunque no hubiera propiamente compraventa.

Y como según el artículo 1524, ni siquiera hay necesidad de expresar la causa y ésta puede llegar a ser la simple liberalidad, el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al desconocer la causa real del contrato y violó consecuentemente los preceptos citados.

Otro tanto cabe decir del contrato de 1916:

En el supuesto de que Gómez estuviera obligado a restituir los bienes cuando se le reembolsara lo que había pagado a Torres (tesis sostenida por la parte demandante), como es indudable que Gómez sí hizo tal pago y no le han devuelto lo que pagó, no hay motivo para anular el contrato, pues aunque no fuera de venta definitiva, lo sería con

la condición de que se verificara el reembolso. En el fondo habría una venta con pacto de retroventa, para que Gómez hiciera el pago de parte del precio cancelando el crédito de Torres, pero conservando el dominio del inmueble, para asegurarse. Y todo eso constituye *causa real*, positiva, del contrato, que podría quizá dejar de ser compraventa, pero no calificarse de absolutamente simulado para poder ser declarada su nulidad.

## CAPITULO XX.

### Violación de los artículos 946 y 950 del C. C.

Demostrado como ha sido que la acción de nulidad de los contratos en referencia carece de fundamento y no puede prosperar, la acción reivindicatoria cae también por su base; y el Tribunal violó al reconocerla los artículos citados, toda vez que siendo válidas las enajenaciones hechas por Fidel Mendieta a sus hijos y por éstos a Januario Gómez, o por lo menos siendo válida una de esas enajenaciones, ni la señora Margarita Prieto de Mendieta ni la sociedad conyugal que existió entre esa señora y don Fidel son dueños, ni la señora ni la sociedad tienen la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa, luego carecen de la acción de dominio.

## CAPITULO XXI.

**Error evidente de hecho al declarar la nulidad del contrato contenido en la escritura 1400 de 1916, en cuanto a la venta de tres sextas partes de SIETE lotes y al ordenar la restitución de las mismas tres sextas partes de SIETE lotes.**

En los números 4.º y 6.º de la parte resolutive de la sentencia el Tribunal declaró la nulidad de la venta consignada en la escritura 1400 de 1916, en cuanto por él aparecen vendiendo Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a Januario Gómez tres sextas partes de todos los *siete* lotes que habían sido materia de la venta de don

Fidel en 1906 y condenó a Gómez a restituir las tres sextas partes de los expresados *siete* lotes.

Aquí incurrió el Tribunal en indebida apreciación de la escritura contentiva del contrato en referencia, por el error de hecho evidente que consistió en creer que la venta hecha por los hijos de don Fidel a Gómez era de todos los *siete* lotes que le habían comprado a don Fidel.

Eso no es así, los lotes vendidos por los Mendieta a Gómez son únicamente *cinco*: «San Antonio de Cuñutá,» «Gualivá,» «Alto Gualivá,» «La Aurora» y «Buenavista.» No se comprendieron «Butulú» y «Tierras Viejas.» Luego en el remotísimo evento de que la nulidad prosperara por las tres sextas partes, no podría declararse esa nulidad ni ordenarse la restitución (como ilegalmente se declararon y ordenaron) sino por las tres sextas partes de los primeros *cinco* lotes nombrados, pero no de «Butulú» y «Tierras Viejas.»

## CATULO XXII.

### **Error evidente de hecho en materia de frutos y violación de los artículos 769 y 964 del C. C.**

Con respecto a la restitución de frutos el Tribunal sostiene que de la naturaleza de las pruebas que han servido para declarar la nulidad de los contratos aparece que Juan Gómez es poseedor de mala fe y lo condena a restituir frutos desde el día 17 de noviembre de 1916.

Incurrió aquí el Tribunal en mala apreciación de las pruebas en general (que la sentencia no determina al considerar la cuestión referente a los frutos) y especialmente de los instrumentos contentivos de los contratos. Es evidente el error al sostener el hecho de la mala fe de Gómez, porque aún suponiendo que fuera simulada la compra hecha a los Mendieta, de ahí no se deduce que mi poderdante supiera que adolecía de nulidad la enajenación de don Fidel a sus hijos. No dice el Tribunal de dónde saca tal consecuencia. No relaciona la prueba plena que haya destruído la presunción legal de buena fe consagrada por artículo 769 del C. C., violando arbitrariamente esa presunción y aplicando de modo indebido el artículo 964 referente al poseedor de mala fe.

Por otro lado, al condenar el Tribunal a Gómez a que pague los frutos desde el 17 de noviembre de 1916, dejó de apreciar una prueba plena incontestable, la escritura de adquisición del usufructo distinguida

con el N.º 363 de 27 de septiembre de 1909 otorgada en la Notaría de La Vega, contentiva de un contrato que la sentencia dejó en pie, y en virtud del cual Januario Gómez es dueño legítimo del usufructo de todas las fincas, de suerte que, aún suponiendo que los contratos de 1906 y 1916 se declararan nulos, mi representado tendría derecho indisputable a los frutos hasta el 18 de diciembre de 1921 fecha de la muerte de don Fidel; pues en el evento de que la nuda propiedad no perteneciera a los compradores, el usufructo de todas maneras sería de Gómez hasta cuando por el fallecimiento del nudo propietario aquel derecho se consolidara con el de dominio.

Como lo que acabo de exponer no puede remitirse a duda y es de una claridad meridiana, el error del Tribunal es evidente, aún en el supuesto, repito, de que se confirmara la nulidad de las ventas de 1906; y 1916, suposición inaceptable, pues como ya se ha visto, ni tales contratos son nulos ni aunque uno lo fuera se podría anular el otro, porque si subsiste el de 1906, la demanda de nulidad del de 1916 no puede prosperar por falta de interés jurídico de la parte demandante a cuyo patrimonio no entrarían los bienes por impedirlo la enajenación de 1906; y si subsiste la venta a Gómez en 1916, resulta baldía y por tanto improcedente la declaración de nulidad de la venta hecha por don Fidel a sus hijos en 1906, porque a Gómez, tercer adquirente, no le perjudicaría la referida declaración de nulidad del título de sus vendedores.

### **Conclusión**

Por todas las razones expuestas, con todo respeto pido a la Corte que infirme la sentencia motivo del recurso, en cuanto declara nulos los contratos en referencia y condena a mi poderdante a ciertas prestaciones, y en su lugar pronuncie fallo completamente absolutorio.

Señores Magistrados.

( LUIS F. LATORRE U. )

## ALEGATO DEL DR. PEDRO M. CARREÑO

---

*Señores Magistrados de la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia:*

Yo, Pedro M. Carreño, abogado inscrito, mayor y vecino de esta ciudad, como apoderado de la señorita Evangelina Mendieta, vengo respetuosamente a fundar ante la Corte Suprema de Justicia el recurso de casación interpuesto por dicha Señorita contra la sentencia definitiva proferida en la segunda instancia por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial con fecha 15 de Diciembre de 1928, en el juicio ordinario sobre nulidad de unas compraventas y otros puntos, promovido por la Señora Margarita Prieto de Mendieta, ya finada, contra el Dr. Januario Gómez y contra mi poderdante y otras personas.

Mi mandante designó como causal de casación ante el Tribunal sentenciador, la primera de las señaladas en el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, sin perjuicio de alegar otras nuevas ante la Corte Suprema.

En ejercicio del poder que tengo para este recurso alego también además de dicha causal, la segunda, o sea la expresada en el numeral 2.º del citado artículo 2.º de la misma Ley, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Aunque en el orden lógico para el fallo de casación, correspondería el primer lugar en la demanda a la segunda causal, me permito invertir ese orden, ya que con ello no perjudico el método que la Sala tenga a bien seguir para el estudio de los motivos fundamentales del recurso.

En tal virtud comenzaré por la primera causal, después de extractar los antecedentes principales.

La Señora Margarita Prieto de Mendieta, ya finada, propuso su demanda para que se declarara: la nulidad de la compraventa que consta en la escritura N.º 729 de 26 de Octubre de 1906 otorgado en la Notaría 3.ª de Bogotá; la nulidad de la compraventa que consta en la escritura N.º 1400 de 17 de Noviembre de 1916 otorgada en la Notaría 3.ª del mismo Circuito; que los bienes transferidos por esas compraventas pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio que dicha Señora Margarita Prieto de Mendieta contrajo con el Señor Fidel Mendieta; que el Dr. Juanario Gómez debe entregar esos bienes y sus frutos a la expresada sociedad conyugal.

El referido Señor Mendieta, como jefe de la sociedad, vendió, por la precitada escritura N.º 729, al Señor Belisario Mendieta y a las Señoritas Emelina, María Natividad, Edelmira, *Evangelina* y Clementina Mendieta, los terrenos denominados «Butulú,» «Tierras Viejas,» «San Antonio de Cuñutá,» «Aurora,» «Guativá,» «Alto Guativá» y «Buenavista.» El vendedor se reservó el usufructo durante su vida, pero luego lo cedió a los Señores Juanario Gómez y Belisario Mendieta.

Por la antedicha escritura N.º 1400, las Señoritas Emelina, María Natividad, *Evangelina* y Clementina Mendieta y el Señor Belisario Mendieta vendieron al Dr. Juanario Gómez las partes que tenían en los cinco (5) lotes denominados «San Antonio de Cuñutá,» «Aurora,» «Guativá,» «Alto Guativá» y «Buenavista.

El Tribunal declaró absolutamente nulos por simulación los contratos que se hicieron constar en las referidas escrituras N.º 729 y N.º 1400, el primero en cuanto aparece la venta de Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y *Evangelina* Mendieta; y el segundo en cuanto aparece la venta que hicieron estas Señoritas, a Juanario Gómez. Condenó igualmente el Tribunal al Dr. Juanario Gómez a restituir a la sociedad conyugal ilíquida Mendieta-Prieto las tres sextas (3/6) partes de los terrenos que se mencionan en el aparte 6.º de la parte resolutive de la sentencia con los frutos correspondientes, descontando de éstos la suma de \$ 1.000 moneda corriente que Margarita Prieto de Mendieta declaró recibida de Juanario Gómez por la pensión estipulada en favor de ella. El Tribunal ordenó, sin que se le hubiera pedido, la cancelación de las citadas escrituras Nos. 729 y 1400 y de los registros correspondientes a las ventas de Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y *Evangelina* y de éstas a Juanario Gómez.

Paso ahora a expresar cada causal en capítulo separado.

## I.

Alego la primera causal de las enumeradas en el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, por ser la sentencia violatoria de disposiciones legales sustantivas de un modo directo, por interpretación errónea y por indebida aplicación, a consecuencia principalmente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas que señalaré oportunamente.

Cita el Tribunal el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, que dice que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Como deducción de esta cita, contiene el fallo recurrido el siguiente pasaje que amplía más adelante:

«De lo anterior se deduce claramente el derecho que asiste a la demandante para solicitar la nulidad del contrato que se estudia (el contenido en la escritura N.º 729 de 26 de Octubre de 1906. El paréntesis es mío), porque si bien es cierto que él fue celebrado por el cónyuge Fidel Mendieta, en su calidad de representante y administrador de la sociedad Mendieta-Prieto, resulta que se halla hoy tal sociedad disuelta, por la muerte de uno de los cónyuges, y reclamándose los bienes afectos a la nulidad alegada para la sociedad ahora en liquidación, queda de manifiesto el interés actual de la demandante en a acción intentada.»

En el caso de que se trata hay una cuestión que se refiere a la intervención de la sociedad conyugal en el contrato de la escritura N.º 729 cuya nulidad se pide en nombre de la misma sociedad conyugal, la que en conformidad con el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, no puede alegar esa nulidad. Acusaré adelante la sentencia desde este punto de vista cuando exponga el problema con respecto al pasaje análogo del mismo fallo que versa sobre el contrato que consta en la escritura N.º 1400.

Examinando ahora el caso por otro aspecto, se debe saber si el Tribunal, en vista del mencionado artículo 15 de la ley 95 de 1890, y de las disposiciones que determinan la posición jurídica del marido como jefe de la sociedad conyugal y las relaciones de ésta con terceros, puede legalmente y por el hecho de la muerte del marido, colocar a la mujer en capacidad de desconocer, de impugnar y de anular los actos

y contratos de aquella sociedad y todas las convenciones solemnizadas con terceros.

El marido como jefe de la sociedad conyugal puede disponer de los bienes de ésta. Aunque la mujer no concorra personalmente al otorgamiento de un contrato de enajenación de bienes sociales, lo hecho por el marido en ese caso tiene la misma fuerza y alcance que si concurrieran ambos cónyuges.

La letra de nuestra legislación a este respecto ampara a los terceros que contratan con el marido (artículo 1806 C. C.), y el espíritu de esa misma legislación los defiende contra cualquiera combinación o proceder que pueda desvirtuar los actos de terceros de buena fe, para quienes el legislador no ha dejado oculta otra personería de la sociedad conyugal con acción legal para desconocer los actos y contratos del marido una vez que éste fallezca.

El Tribunal interpretó erróneamente y violó los artículos 1805 y 1806 del C. C. en el concepto de restarles toda su fuerza tutelar para aplicarlos contra los demandados señores Januario Gómez, Evangelina Mendieta y otros otorgantes de las escrituras N.º 729 de 26 de Octubre de 1906 de la Notaría 3.ª de este Circuito, y N.º 1400 de 17 de Noviembre de 1916 de la misma Notaría, y aplicó indebidamente el artículo 15 de la ley 95 de 1890.

En confirmación de lo expuesto en relación con la violación de los artículos 1805 y 1806 del C. C. me permito recordar lo que dice el doctor Fernando Vélez (*Derecho Civil Colombiano*. Tomo VII, segunda edición, N.º 117 página 90):

«El inciso 1.º de este artículo (el 1806) identifica, si así podemos decirlo, ante terceros, al marido con la sociedad conyugal de modo que respecto de ellos sólo existe el marido, no obstante que la mujer también tiene parte en los bienes sociales. No hay, pues, respecto de terceros otros bienes como distintos de los del marido: ambos son un mismo patrimonio de que el marido puede disponer sin limitación ninguna.» «Esto se origina, contiúúa el expositor, de que la sociedad conyugal, como toda compañía necesita un jefe, y la naturaleza y la ley indican al marido como el más propio para serlo de aquélla. Y como no podría serlo sin amplias facultades, la ley no le da las de un simple administrador que se limita a conservar y a hacer producir los bienes que administra, sino las de propietario, y por tanto puede disponer, como antes lo hemos dicho, hasta del dominio de los bienes sociales de cualquiera naturaleza que sean y contraer cuantas deudas quiera, respondiéndoles de ellas a los acreedores indistintamente los bienes sociales y los propios del marido. De modo que éste puede arruinar a la sociedad con una administración absurda, sin que tenga que dar cuenta ni siquiera de los bienes

que despilfarra. A la mujer le otorga la ley, para que se libre de los abusos administratorios del marido, el derecho de pedir la separación de bienes, y el de renunciar a los gananciales que la libran de intervenir en la liquidación de una sociedad traída a la ruína por los actos disparatados de su marido.»

Los expositores Aubry & Rau (Droit Civil Francais, 5.<sup>a</sup> edición, tomo VIII, página 85) al tratar del régimen de la comunidad legal, se expresa así:

«La mujer no puede hacer oposición a los actos de administración o de disposición del marido. Ella no tiene otro recurso, para poner sus intereses al abrigo de la mala gestión del marido, que el de provocar la separación de bienes.»

Según la doctrina de los comentadores en este punto, sólo en caso de actos fraudulentos podría la mujer ejercer otras acciones para indemnizarse; pero en el caso de este pleito no aparece fraude alguno, ni la viuda del señor Fidel Mendieta, que ha promovido el litigio por cuenta de la sociedad conyugal, ha alegado fraude de su marido, ni aparece ese elemento incluido en la *litis contestatio*.

El Tribunal transcribe la cláusula 4.<sup>a</sup> del testamento del señor Fidel Mendieta en que éste declara por una parte que hizo cesión o venta a Evangelina y demás compradores de los terrenos por la escritura N.º 729 por \$ 60.000, con la obligación de pagar los créditos hipotecarios, y la cláusula 3.<sup>a</sup> en que declara el testador una cosa opuesta, es decir que la venta fue simulada. El tribunal no le da valor a esas declaraciones contra los compradores, pero a pesar de ser contradictorias, les da fuerza contra el vendedor.

Lo mismo hace el Tribunal con respecto a las copias de las cartas del señor Fidel Mendieta que se citan en el fallo. Y después agrega el Tribunal: «De las pruebas que acaban de analizarse resulta *plenamente comprobada* la simulación respecto de Clementina y Fidel Mendieta, *pero no así* de los demás compradores, porque como ya se dijo, la confesión sólo perjudica a quien la hace, y ellos, en posiciones negaron que el contrato hubiera sido simulado.»

De ahí resultaría el contrasentido de que el mismo contrato es nulo respecto del vendedor y válido respecto de la mayor parte de los compradores. En otras palabras: hay prueba plena de que el contrato es nulo, pero por otra parte no hay prueba de que sea nulo.

Esto implica una mala apreciación por error de hecho y de derecho. El primero consiste en desconocer los propios términos de la convención en la cual los otorgantes formalizaron una compraventa, con

precio recibido y obligación de pagar unos créditos. El segundo consiste en desconocer la eficacia jurídica de ese contrato que es ley entre las partes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales, según lo preceptúa el artículo 1602 del C. C., violado por la sentencia en el concepto expresado, ya que no puede existir como causa legal para invalidar el referido contrato una nulidad divisible como la que plantea el Tribunal.

El error de derecho en este caso procede igualmente del desconocimiento del art. 1759 del C. C. que dice que el instrumento público hace plena fe contro los declarantes. El Sr. Fidel Mendieta es uno de ellos, y no obstante el Tribunal invalidó el contrato y el instrumento N.º 729 cuya cancelación ordena en la sentencia. En ese concepto violó también el citado art. 1759 del C. C.

El Tribunal acude luego a las declaraciones de Manuel Manrique, Roberto Manrique, Eva Albornoz y Silvia Albornoz para deducir de ellas que las Señoritas Evangelina Mendieta y Emelina Mendieta confesaron extrajudicialmente que los bienes que fueron objeto del contrato estipulado en la escritura N.º 729 no salieron nunca del poder del Gral. Fidel Mendieta porque aquel contrato era simulado lo mismo que el formulado en la escritura N.º 1400 con el Dr. Januario Gómez.

El Tribunal apreció mal por error de hecho y de derecho esas pruebas, si así pueden llamarse, como creo poderlo demostrar en seguida:

El testigo Manuel Manrique dice que cuando el Sr. Fidel Mendieta estaba otorgando su testamento, las Señoritas Evangelina, Emelina y Clementina Mendieta manifestaron por venias afirmativas de cabeza que era verdad lo que decía su padre.

Este caso probatorio es novísimo porque se trata de una manifestación muda, más valedera en una película que en un proceso judicial. Y ni siquiera se sabe en qué pasajes del testamento movían las señoritas Mendieta la cabeza. Bien pudieron hacerlo cuando el testador declaró que había vendido los terrenos por \$ 60.000 y entonces, las venias de cabeza acabarían por dejar sin razón al Tribunal. El error de hecho consistió aquí en haber tomado como confesión aquellas venias. El error de derecho consistió en darles valor legal probatorio contra un instrumento público registrado que acredita la compraventa, cual es el número 729 y que hace plena fe contra los otorgantes según el art. 1759 del C. C. que debió aplicarse al caso del pleito y que fue violado en el concepto indicado.

El testigo Roberto Manrique dice que las Señoritas mencionadas *no hicieron ninguna manifestación*, lo que demuestra lo contrario de lo que deduce la sentencia. El Tribunal vió en ese elemento negativo de prueba una confesión extrajudicial y de ahí el error de hecho; le dió fuerza probatoria a ese elemento contra la citada escritura y de ahí el error de derecho. Estos errores indujeron al Tribunal a la violación del citado art. 1759 del C. C. en el mismo concepto atrás expuesto.

La declaración de Eva Albornoz se refiere a desagradados de las Señoritas Mendieta con el Dr. Januario Gómez respecto de unos terrenos, pero de tal testimonio nada resulta que pueda afectar la validez de las escrituras 729 y 1400 de que se ha hecho mérito. Las mismas razones indicativas de errores de hecho y de derecho en la sentencia acusada, apuntadas con respecto a la declaración anterior concurren en el presente caso. Otro tanto cabe decir acerca de la declaración de Silvia Albornoz. Se violó, pues, nuevamente el antedicho art. 1759 del C. C. en el mismo concepto.

Parece increíble que de los testimonios preindicados, el Tribunal haya deducido, como lo hace, una prueba plena de que los bienes que fueron objeto del contrato celebrado por la escritura N.º 729 nunca salieron del patrimonio del General Fidel Mendieta por ser ese contrato simulado lo mismo que el que se solemnizó por la escritura 1400 de 17 de noviembre de 1916.

Los testigos Virginia M. de Mora y Bethsabé F. de Torres dicen que no les conocieron capital a las Señoritas Mendieta, lo que no es suficiente para demostrar la imposibilidad de éstas para comprar en unión de otras personas los terrenos que les vendió el General Mendieta. Además, estas dos declarantes no están de acuerdo en un punto que tiene significación: la primera dice que Emelina, María Natividad y Evangelina *tuvieron un negocio de panadería y un colegio de niñas*; y la segunda dice que *nunca les vió negocio alguno*.

Es claro que éstos que el Tribunal toma como indicios que acaban en su concepto por formar prueba completa, no pueden demostrar la verdad del hecho controvertido.

El Tribunal incurrió en error de hecho al asegurar que las Señoritas Mendieta *«no tuvieron nunca negocio alguno»*, (son sus palabras) fundándose en el testimonio de Virginia M. de Mora, quien declaró que las mismas señoritas *«tuvieron negocio de panadería y un colegio de niñas.»*

Todas las declaraciones que quedan citadas fueron igualmente mal apreciadas en el fallo recurrido, por error de derecho del Tribunal sentenciador, pues les aplicó indebidamente el artículo 590 del C. J.

para convertirlos en plena prueba, sin que tales testimonios alcanzaran a tener el valor de una prueba de indicios vehementes, enlazados entre sí y suficientes en conjunto para demostrar el hecho que se ventila.

Estos errores de hecho y de derecho dieron lugar a que el Tribunal fallara la nulidad de los contratos Nos. 729 y 1400 supradichos, con lo cual violó notoriamente el artículo 1759 del C. C. como lo dejo expuesto.

Por los mismos errores de hecho y de derecho violó el Tribunal el artículo 1934 del C. C. según el cual si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura.

En los autos no aparece ni la nulidad de las escrituras Nos. 729 de 26 de Octubre de 1906 y 1400 del 17 de Noviembre de 1916 otorgadas en la Notaría 3a. de Bogotá, en las cuales se expresó el pago de los precios respectivos, pero ni siquiera pidió el demandante la nulidad de esas escrituras, y sin embargo el Tribunal admitió contra lo expresado en esos instrumentos públicos de venta, las declaraciones contradictorias del otorgante señor Fidel Mendieta y de los declarantes Manriques, Albornoz y demás cuyos testimonios quedan analizados arriba.

El Tribunal apreció mal también los testimonios de Cornelio Vélez, Manuel Manrique, Roberto Manrique y Martín Méndez, que corren a las fojas que se citan en la sentencia, por errores de hecho y de derecho que dieron lugar a la violación de los arts. 1759 y 1934 del C. C. en los mismos conceptos anteriormene expuestos, como paso a explicarlo.

Los referidos testimonios no están de acuerdo unos con otros. Manuel Manrique dice que en el otorgamiento del testamento del Gral. Mendieta las Señoritas Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta hicieron «*venias afirmativas de cabeza* por no interrumpir el acto.» A este respecto repito las observaciones que puse con relación a otras declaraciones análogas.

Roberto Manrique dice lo contrario, o sea que aquellas señoritas «*no hicieron ninguna manifestación.*»

Como se ve estas declaraciones no sólo no concuerdan en el hecho sino que son contradictorias, y no obstante, el Tribunal las estimó como plena prueba, con lo cual incurrió en el error de hecho de no ver la contradicción patente, y en el error de derecho de dar a esa contradicción el valor legal de prueba plena aplicando equivocadamente el art. 607 del C. J.

Martín Méndez dice que no conocía a las personas que presenciaban y aprobaban el testamento, «*pero, agrega, según infiero pare-*

ce que fueran las hijas del General.» Esta es una declaración dubitativa, y, fuera de que no determinó las personas individualmente, se limita a una referencia cuyo fundamento no se expresa, como lo manda el art. 636 del C. J.

El desconocimiento y falta de aplicación de esta disposición legal implica un error de derecho por parte del Tribunal.

De todas las declaraciones que he señalado, y que, como queda expuesto, fueron mal apreciadas en el fallo por los errores preindicados, deduce el Tribunal «la prueba completa—son sus palabras—en relación con la nulidad del contrato contenido en la escritura N.º 729 de 26 de Octubre de 1906 por lo que hace....» a mi poderdante y a otras de las demandas, nulidad que luégo afirma en la parte resolutive de la sentencia recurrida.

El Tribunal estudia la capacidad de la parte demandante para solicitar la nulidad del contrato que consta en la escritura N.º 1400 de 17 de noviembre de 1916 otorgada en la Notaría 3.ª de Bogotá, por la cual la señorita Evangelina Mendieta, a quien represento, y otras personas, vendieron las partes que les correspondía en cinco (5) lotes de la antigua hacienda de La Vega.

Se invoca en el fallo recurrido para resolver este punto, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 según el cual sólo puede alegarse la nulidad absoluta de un acto o contrato, por el que tenga interés en ella. El Tribunal se expresa a continuación así:

«Ya este fallo en su primera parte determinó ampliamente de dónde procede el interés que la parte actora puede tener para instaurar las acciones que implican la parte petitoria de la demanda, interés que puede compendiarse así: Hacer devolver los bienes materia de los contratos cuya nulidad se solicita a poder de la sociedad ilíquida Mendieta-Prieto.» El Tribunal agrega que el interés de la demandante en la nulidad del contrato que se estudia se ha reducido a las tres sextas partes de Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, «pues estas solas serán las que podrían entrar al patrimonio de la sociedad ilíquida, único título alegado por la actora de donde deriva su derecho para establecer esta demanda.»

Queda, pues, establecido claramente por el mismo Tribunal que la entidad interesada en este caso de nulidad es la sociedad Mendieta-Prieto.

Pero ¿quién otorgó el contrato por el cual esas sextas partes pasaron al poder de las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta? La respuesta es clara y se funda en el hecho sexto de la

demanda. Ese contrato lo otorgó la misma sociedad conyugal Mendieta-Prieto.

De donde se deduce que la parte demandante, o sea dicha sociedad conyugal Mendieta-Prieto representada por la cónyuge sobreviviente, no tiene la capacidad que el Tribunal le atribuye para demandar la nulidad absoluta de que se trata, ni en relación con el contrato formalizado en la escritura N.º 729 de que trata la petición a) de la demanda, ni en relación con el contrato que consta en la supradicha escritura N.º 1400 de 17 de noviembre de 1916 de la Notaría 3.ª de Bogotá, porque a ello se opone el mismo artículo 15 de la Ley 95 de 1890, violado por la sentencia por errónea interpretación y por aplicación indebida. En otras palabras: La sociedad conyugal ejecutó el contrato por el cual vendió el señor Fidel Mendieta los derechos a las señoritas Mendieta, quienes a su vez traspasaron una parte al Dr. Januario Gómez; luego por haber ejecutado aquel contrato no puede la propia sociedad conyugal venir ahora a alegar la nulidad del contrato que ella misma celebró ni a alegar la nulidad de un contrato subsiguiente que fue consecuencia del primero, nulidades que violarían el artículo 15 citado o lo harían irrisorio, y establecerían un precedente muy grave en las relaciones que toda sociedad conyugal pretendiera desarrollar de ahí en adelante.

Acuso por tanto la sentencia materia de este recurso, por el nuevo motivo que acabo de exponer.

Para fundar la nulidad de las tantas veces citada escritura N.º 1400 por la cual el Dr. Januario Gómez les compró los derechos a las señoritas Mendieta, el Tribunal, a falta de pruebas perfectas que no aparecen en los autos se empeña en demostrar que dicha nulidad se desprende de una confesión extrajudicial de simulación del mismo Dr. Gómez, confesión que tampoco existe en autos. Sin embargo, el Tribunal toma como base de esa confesión, unas declaraciones del Dr. Alberto Portocarrero y de los señores Patricio Guáqueta, Francisco Vásquez y Constantino Ponce.

Estas pruebas han sido mal apreciadas por el Tribunal por errores de hecho y de derecho que lo indujeron a violar los artículos 1759 y 1934 del C. C. como paso a explicarlo.

De la declaración del Dr. Portocarrero resultaría lo siguiente: Que el general Mendieta estaba en dificultades para pagar una deuda al Dr. Julio Z. Torres; que no habiendo podido arreglar esa deuda por la cual estaba ya ejecutado, le manifestó el deudor al declarante que siempre habían resuelto hacerle la escritura a don Januario; que éste pagó

la obligación del Dr. Julio Z. Torres; que el mismo don Juanuario le dijo al declarante que le habían hecho la escritura para garantizarle el crédito, y que estaba dispuesto a devolver la escritura cuando se le pagara lo que se le debía.

¿Cuál de estas explicaciones del Dr. Portocarrero acredita la simulación de la escritura N.º 1400? Ninguna.

El pasaje tocante a la garantía del crédito y a la devolución de la escritura, no desvirtuaría la fuerza de la escritura N.º 1400, porque el general Mendieta no figuró en este instrumento; porque ni en dicha escritura ni en ningún otro documento, los otorgantes que figuraron como vendedores en aquélla le garantizaron al Dr. Juanuario Gómez deuda alguna; porque aún en la hipótesis que, en gracia de discusión pudiera establecerse, de que los vendedores se hubiesen reservado el derecho de recobrar los derechos vendidos y el comprador se hubiese obligado a devolverlos, no habría nulidad, pues la venta con pacto de retroventa está consagrada como válida y como lícita en los artículos 1939 a 1943 del C. C.; y porque aún en el supuesto de que hubiese hecho determinada confesión (que no la hizo) el Dr. Gómez, esa confesión no podría perjudicar a mi poderdante señorita Evangelina Mendieta, según lo prescrito en el artículo 574 del C. J. violado por la sentencia en lo tocante a dicha señorita, a quien perjudicaría el fallo recurrido con la sanción de nulidad de un contrato en que intervino de buena fe.

Lo que dejo expuesto sobre la declaración del Dr. Portocarrero lo hago extensivo a los testimonios de los señores Guáqueta, Vásquez y Ponce, que no demuestran, como lo pretende el Tribunal que en la venta formalizada por la escritura N.º 1400, no se pagó precio y que tal contrato no fue perfecto.

Se aplicaron, pues, indebidamente en la sentencia los artículos 606 y 607 del C. J., lo que constituye un error inicial de derecho en la apreciación de las pruebas señaladas; se extendieron en el mismo fallo aquellos testimonios al hecho, del pago del precio y al perfeccionamiento del contrato de la escritura N.º 1400, cuando de un modo evidente en los autos aparece que tales testimonios no se refieren al pago del precio ni al caso de si se perfeccionó o no se perfeccionó el contrato, lo que implica un error de hecho; y se incurrió finalmente en el error de derecho consistente en considerar que la imaginaria confesión extrajudicial del Dr. Gómez podía perjudicar a la señorita Evangelina Mendieta y demás otorgantes vendedoras.

Esos errores indujeron al Tribunal a la violación de los precitados artículos 1759 y 1934 del C. C. que le dan a la escritura N.º 1400 y a su contenido una fuerza jurídica que el fallo materia de este recurso ha eliminado con presunciones o indicios inconducentes.

Tan inconducente como las anteriores resulta la que el Tribunal llama «confesión indirecta» del Dr. Januario Gómez en las preguntas en que conainterrogó a Patricio Guáqueta (folio 80 cuadro N.º 5). Las preguntas referidas no contienen afirmación, ni confesión de un hecho, ni nada positivo, de donde pudiera inferirse ni remotamente la simulación del contrato que consta en la escritura N.º 1400 de 17 de noviembre de 1916. Si de un interrogatorio o de unas preguntas se dedujera el hecho que se averigua, sería muy sencillo probar todos los hechos imaginables, pues bastaría con hacer las preguntas del caso para que éstas se transformaran en otros tantos testimonios. No es explicable cómo el Tribunal ha podido reconocer como elemento probatorio un simple cuestionario, y al hacerlo incurrió en error de hecho consistente en tomar las preguntas como si fueran respuestas, y en error de derecho procedente de haber concedido a un conainterrogatorio la virtud legal de acreditar un hecho.

Tampoco tiene nada que ver con la simulación del contrato el hecho que invoca el Tribunal de que el señor Pantaleón Vargas compañero del Dr. Ramón Vanegas Mora apoderado en el juicio, del Dr. Gómez, hubiese ido en alguna ocasión a casa de Roberto y Aura Manrique a decirles que no declararan en este asunto. Pero ¿cómo es posible que la sentencia saque de ahí la conclusión de que el contrato en cuestión es simulado? Hubo error de derecho al aplicar en el fallo a las declaraciones de los citados Manriques el artículo 590 del Código Judicial.

De los errores apuntados surgió la violación de los antedichos artículos 1759 y 1934 del Código Civil.

Estudia, finalmente, el Tribunal sentenciador la acción reivindicatoria planteada en la demanda y dice: «En el presente caso como el derecho del actor para reivindicar se deduce de la nulidad de los contratos demandados y ya estudiados en este fallo, y decretada la nulidad de todos los contratos por lo que hace a las tres sextas partes de los bienes que fueron materia de ellos, es lógico que la demandante tiene la acción reivindicatoria en las partes de los bienes que fueron vendidos por Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a Januario Gómez.»

Como creo haber demostrado anteriormente, la sentencia recurrida carece de base legal para declarar la nulidad de los contratos mencionados, y al decretarla, como lo hace, viola las disposiciones sustantivas que repetidas veces he señalado.

Por consiguiente, si no aparece probada la simulación y si en consecuencia no hay nulidad, queda sin fundamento la reivindicación, y al declararla el Tribunal en la parte resolutive del fallo, nuevamente viola aquéllas disposiciones por los motivos preindicados.

Han sido violados también en esta parte los artículos 946 y 950 del Código Civil, porque según el primero reconoce la acción reivindicatoria al dueño de una cosa singular, y la demandante señora de Mendieta no es dueña de las cosas de cuya reivindicación se trata ni ha probado serlo, y porque conforme al segundo, aquella acción corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa, y tampoco tiene nada de eso la señora mencionada.

Ni vale decir que es la sociedad conyugal Mendieta-Prieto la dueña, pues las cosas salieron de su patrimonio en virtud de la referida escritura N.º 729 y no puede, como se ha visto, alegar esa sociedad la nulidad de tal escritura ni la reivindicación en referencia.

El Tribunal citó el artículo 950 del Código Civil para aplicarlo indebidamente al caso del pleito. Ese artículo y el 946 de la misma obra se han debido aplicar para negar la acción reivindicatoria en vista de que la señora Prieto de Mendieta no era dueña de la cosa y de que la sociedad conyugal Mendieta-Prieto tampoco lo era por haber enajenado los bienes citados y por no tener acción de nulidad contra una convención solemne celebrada por el legítimo representante de la misma sociedad.

Por las razones expuestas os pido respetuosamente que os sirváis infirmar el fallo recurrido en cuanto declara absolutamente nulo por simulación el contrato que consta en la escritura N.º 729 de la Notaría 3.ª de Bogotá, de 26 de Octubre de 1906, en cuanto declara absolutamente nulo por simulación el contrato que consta en la escritura N.º 1400 de la misma Notaría de 17 de noviembre de 1916 y en cuanto decreta la reivindicación.

## II.

Alego la segunda causal de las enumeradas en el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896 por no estar la sentencia en consonancia con la parte petitoria de la demanda, dado que dicho fallo resuelve sobre puntos que no han sido objeto de la controversia y condena a más de lo pedido.

En el numeral décimo de la parte resolutive de la sentencia se ordena la cancelación de las escrituras números 729 y 1400 de 26 de Octubre de 1906 y 17 de Noviembre de 1916, respectivamente, de la Notaría 3.ª de Bogotá y de los registros correspondientes en lo relativo a las ventas que hizo Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta y éstos últimos a Januario Gómez.

Entre las peticiones del libelo no hay ninguna que corresponda a ese punto del fallo. Hay pues incongruencia manifiesta de la demanda y la sentencia, la que notoriamente violó en ese sentido el artículo 835 del Código Judicial.

Si encontrareis justificada esta segunda causal, os pido respetuosamente que modifiquéis la sentencia haciendo las restricciones del caso.

Bogotá, noviembre 19 de 1929.

Señores Magistrados,

PEDRO M.<sup>a</sup> CARREÑO.

---

---

## ALEGATO DEL DR. ALBERTO GOENAGA

---

*Señores Magistrados:*

La señorita Emelina Mendieta recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 15 de diciembre de 1928, proferida en el juicio promovido y seguido por la señora Margarita Prieto de Mendieta, contra Januario Gómez, Emelina Mendieta y otros, y en mi calidad de apoderado de la expresada demandada, fundo y amplío de la manera siguiente y con el debido respeto el recurso:

I.

La señora Prieto de Mendieta demandó la nulidad de la compraventa celebrada entre su cónyuge premuerto-general Fidel Mendieta y Emelina, María Natividad, Edelmira, Evangelina, Clementina y Belisario Mendieta, por escritura número 729 de 26 de octubre de 1906 en la Notaría tercera de Bogotá; la nulidad de la compraventa celebrada entre su mismo cónyuge y los señores Januario Gómez y Belisario Mendieta, por escritura número 363 de 27 de septiembre de 1909 en la Notaría de la Vega, Departamento de Cundinamarca, y demandó también la nulidad de la compraventa celebrada entre el señor Januario Gómez y Emelina, María Natividad, Evangelina, Clementina y Belisario Mendieta, por escritura número 1400 de 17 de noviembre de 1916 en la Notaría tercera de Bogotá.

La demandante se presentó demandando en su nombre propio y para la sociedad conyugal ilíquida preexistente entre ella y el general Fidel Mendieta, y la sentencia recurrida le reconoció la personería sustantiva para ejercitar la acción de nulidad intentada contra los precita-

dos contratos de compraventa, con lo cual violó directamente por errónea interpretación y por mala aplicación las disposiciones 1805, 1806, 1808, Código Civil, 15 de la ley 95 de 1890 y 1933, 1934 del C. C.

La ley habla de la *sociedad conyugal*, de compensaciones del marido y también de la mujer a la sociedad y viceversa, pero no hay que dejarse sugestionar por las formas del lenguaje legislativo, porque en la llamada *sociedad conyugal* no hay una sociedad propiamente dicha, ella no constituye una persona moral o jurídica distinta de la persona de los cónyuges. La expresión *sociedad conyugal* que se lee en la ley no está usada para indicar la idea de un ser de razón distinto de los esposos, sino para designar a los esposos mismos en cuanto son comunes en bienes y sujetos de derechos colectivos opuestos a los intereses o derechos individuales de cada uno de ellos en particular, pues la mujer no es socio del marido ni éste de aquélla, ni el uno es heredero del otro en esos bienes o derechos colectivos cuando ocurre la muerte de cualquiera de los dos. Nada hay en la ley colombiana ni en ninguna legislación extranjera que infirme esto que se acaba de decir, ni la razón jurídica puede aconsejar lo contrario.

El marido es el jefe y señor de esa colectividad; él la representa ante terceros exclusiva y absolutamente, sin subordinación alguna hacia la mujer, de manera que sin el concurso de ésta y apesar de ella puede disponer válidamente de los bienes colectivos, a cualquier título. Así es en derecho y así lo establecen los artículos 1805 y 1806 del C. C.

El marido administra soberanamente aquellos bienes colectivos o *bienes sociales* como los llama nuestra ley, según precepto del artículo 1805 precitado; y respecto de terceros es dueño de ellos en el mismo grado en que lo es de sus bienes particulares y unos y otros forman conjuntamente el patrimonio del marido respecto de terceros, según precepto del artículo 1806. De manera que la mujer no puede impedir ninguna conducta del marido con objeto en los bienes colectivos, ni nunca puede tener acción contra la efectividad de las convenciones o actos jurídicos llevados a cabo por el marido con objeto en ellos, ni antes ni después de disuelta la comunidad o colectividad, porque la estabilidad de los derechos de los terceros que consultan estas dos disposiciones sería nugatoria enteramente.

Durante la existencia de la comunidad la mujer no puede oponerse a ninguna conducta del marido con objeto en aquellos bienes, porque el marido es el representante de la colectividad y el único que como tal puede disponer de ellos sin sujeción a la mujer ni a nadie y porque él es el dueño exclusivo de esos bienes respecto de los terceros con quienes contrate. Durante la existencia de la colectividad la mujer no tiene ningún derecho sobre los bienes colectivos o como dice

el artículo 1808 del Código Civil: no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad; en este tiempo solamente tiene el derecho de compartir los bienes colectivos que existan el día que se termine o disuelva la colectividad, la expectativa de asociarse en la partición de ellos, pues *non est proprie socia, sed esperatur fore*.

La consecuencia jurídica de esto es que las enajenaciones que el marido hace con objeto en los bienes colectivos o sociales, no están expuestas a ninguna acción de la mujer encaminada a su ineffectividad, es decir, su resolución o anulación. No lo están en el tiempo de la colectividad o *sociedad*, porque en ese tiempo la mujer no tiene derecho alguno sobre ellos y en ese tiempo los bienes comunes se reputan de propiedad y libre disposición del marido respecto de los terceros con quienes celebre aquellos contratos; y tampoco lo están después de disuelta la colectividad o sociedad, porque las enajenaciones se hicieron cuando ella carecía en absoluto de derechos sobre los bienes materia del contrato o contratos, y porque al momento en que la mujer tiene derecho sobre los bienes colectivos, que es el momento de la disolución de la comunidad, ya no hay propiamente colectividad o sociedad, ni los bienes enajenados son colectivos desde mucho antes de disolverse ésta.

Durante la sociedad puede concebirse que la mujer tenga cierto interés en que los actos del marido que tengan por materia los bienes *sociales* se ajusten al concepto y a la realidad de una buena administración, porque en ese tiempo tiene ella la expectativa de compartir los que existan el día de la disolución de la colectividad conyugal de bienes, y ese interés es suficiente para justificar una acción en su favor encaminada a salvarlos de toda mala administración que asuma caracteres de fraudulenta, como es la acción que tiene para demandar la separación de bienes, de conformidad con el artículo 200 del Código Civil. De manera que el señorío del marido sobre los bienes *sociales* y su absoluta independencia en la administración de ellos están subordinados a la condición de no obrar fraudulentamente, porque en este caso y con fundamento en el fraude la mujer puede intervenir para ponerle fin a la comunidad de bienes y a la administración marital; pero no tiene acción contra los actos ya ejecutados por el marido, cualquiera que sea el ánimo o la ética con que los haya llevado a cabo. Y si durante la existencia de la sociedad no puede la mujer sino pedir la separación de bienes o terminación de la colectividad de bienes, pero de ninguna manera la resolución o anulación de los actos ya cumplidos, menos podrá hacer esto último después de extinguida la comunidad por cualquiera causa.

Si aquel interés que la mujer puede tener en la buena administración del marido ha sido suficiente para concederle la acción de separación de bienes o terminación de la comunidad de bienes, la ley no

lo estimó de suficiente entidad para darle con fundamento en él una acción de resolución o de nulidad de los actos ejecutados ya por el marido, porque efectivamente ese interés de la mujer es inferior al derecho perfecto de los terceros que adquirieron por virtud de aquellos actos del marido o señor exclusivamente capaz de ejecutarlos, e inferior también, en mayor grado, a la conveniencia general u orden público que consulta la garantía que establece el artículo 1806 del Código Civil de la estabilidad de los derechos adquiridos de esos terceros.

Ni siquiera con fundamento en dolo o fraude podría la mujer tener la acción que ha intentado la señora Prieto de Mendieta o la acción de nulidad de las enajenaciones de bienes sociales hechas por el cónyuge premuerto, porque cuando ellas se hicieron la mujer carecía de todo derecho sobre los bienes materia de tales enajenaciones y en ese mismo tiempo dichos bienes se reputaban pertenecer exclusivamente al marido vendedor, y nadie puede obrar por dolo contra sí mismo. Habría que predicar ese dolo no solamente del marido vendedor como ejecutado por él contra sí mismo, cosa imposible de probar, sino también del tercero comprador como ejecutado también por él y también contra sí mismo, cosa todavía menos al alcance del plano de los procedimientos judiciales y de la ley (1).

El interés que un acreedor tiene en las buenas conductas administrativas de su deudor porque todos los bienes presentes y futuros de éste le responden o son garantía de su crédito cuando se haga exigible, es un interés mayor que el que constituye para la mujer casada la expectativa de compartir los bienes sociales tan pronto como desaparezca la comunidad; pero aquel interés del acreedor no le sirve a éste para pedir la nulidad de las enajenaciones que con cualquier ánimo haya hecho el deudor hasta quedarse sin bienes, porque tal interés no es el interés jurídico que hay que tener necesariamente para poder intentar prósperamente aquella acción. Aquel interés o expectativa de la mujer casada es o constituye todavía menos ese interés jurídico.

El Tribunal sentenciador no se dió cuenta de esta analogía que hay entre el referido interés de la mujer casada y el del acreedor de que se habló antes; pero forjó una analogía entre ese interés de la mujer casada y el interés del heredero, sobre lo cual y aplicando el artículo 15 de la ley 95 de 1890 le reconoció a la demandante la personería sustantiva para pedir la nulidad que demandó, cuando esa analogía no existe, porque el interés de la mujer o su expectativa a compartir los bienes sociales al final de la comunidad no es el interés jurídico que se necesita tener para ejercitar esa acción, en tanto que el interés

(1) La señora Prieto de Mendieta no funda la nulidad en dolo.

del heredero sobre los bienes que estuvieron en el patrimonio del causante sí constituye el interés jurídico necesario para demandar la nulidad de cualquiera de las enajenaciones efectuadas por éste. El heredero es la persona del causante continuada después de la muerte de éste, cosa que no es el cónyuge sobreviviente con relación al muerto. El presunto heredero es completamente extraño a los actos jurídicos ejecutados por su presunto causante con objeto en los bienes de su propio patrimonio, es un tercero respecto de él y de esos actos, no intervino en ellos personalmente ni jurídicamente o representado por el autor, de manera que a la muerte de éste puede demandar la nulidad de cualquiera de esos actos que considere perjudiciales, porque ante todo no concurrió a su celebración en ninguna forma. Con la mujer casada no separada de bienes sucede otra cosa respecto del marido y los actos de éste sobre los bienes comunes, porque el marido tiene la representación de la mujer y en los actos jurídicos del marido con objeto en los bienes de la *sociedad* concurre la mujer representada por el marido mismo, motivo por el cual ella no puede en ningún tiempo demandar la nulidad de esos actos.

La ley francesa dispone que la hipoteca legal de la mujer casada, cuando el matrimonio se sujeta al régimen de la comunidad (1), se extiende a los bienes propios del marido y a los bienes comunes; y los expositores y la jurisprudencia de todos los tiempos han elevado a canon lo siguiente: que la mujer casada bajo el régimen de la comunidad de bienes no puede ejercer su hipoteca legal sobre los bienes comunes enajenados por el marido durante la existencia de la comunidad, porque la mujer que acepta el régimen de la comunidad de bienes se debe considerar como representada por su marido en todos los actos de administración o de disposición relativos a los bienes comunes, de manera que su garantía hipotecaria sobre esos bienes tiene que sufrir las consecuencias necesarias de su calidad de comunera en bienes y las que se derivan de aquellos actos de enajenación. «La femme qui accepte la communauté est censée avoir été représentée par le mari dans les actes et jugements relatifs aux biens communs. Ils lui profitent et lui sont opposables, comme si elle y avait figuré ou concouru en personne; et si elle n'est tenue des dettes qui en derivent, que jusqu'à concurrence de son émolument lorsqu'il y a eu bon et fidèle inventaire, c'est là un bénéfice, dont l'objet tout spécial n'a aucun rapport a la question que nous examinons. Or, le concours légalement présumé de la femme aux actes concernant les biens communs doit, sous ce rapport, produire le même effet qu'une intervention réelle. Le système contraire nous paraît incompatible avec les pouvoirs qui appartiennent au mari, comme chef

(1) Es lo mismo que el régimen nuestro de la sociedad conyugal.

de la communauté, en vertu du mandat que femme, commune en biens, est censée lui avoir donné, lorsqu'elle conserve cette qualité.»

Esta doctrina jurídica francesa confirma la exactitud de la teoría que se viene exponiendo en este memorial con fundamento en la ley colombiana misma, o sea, que la mujer no tiene ni puede tener la acción de nulidad de las enajenaciones hechas por el marido con objeto en los bienes comunes o de la *sociedad* conyugal, en ningún tiempo, es decir, durante la sociedad ni después de disuelta por cualquiera causa.

Esta teoría es la que corresponde al significado propio de las disposiciones 1805, 1806, 1808 y 1742 del Código Civil — reformada ésta por el artículo 15 de la ley 95 de 1890 —, de manera que la sentencia recurrida viola estas disposiciones por cuanto las interpretó erróneamente atribuyéndoles un significado distinto al que les corresponde conformemente con lo que se ha expuesto, y además aplicó indebidamente la última de tales disposiciones.

El Tribunal cita en la sentencia una sentencia de la Corte que contiene una doctrina que el sentenciador se apropia; pero el asunto está tratado en esa sentencia con demasiada superficialidad, con exagerado simplismo, y ha llegado la hora de rectificarla o de confirmarla, pero de la manera que le obliga a la sabiduría de una Corte de Casación.

La sentencia recurrida es también violatoria de los artículos 664 a 667 del Código Civil, porque la acción de nulidad no se puede intentar contra terceros que adquirieron de buena fé, de manera que la señora Prieto de Mendieta, ni sobre el supuesto de que tuviera personería sustantiva para pedir la nulidad que pidió de las compraventas que constan en las escrituras 729 de 26 de octubre de 1906 y 363 de 27 de septiembre de 1909, precitadas, ni como consecuencia de esta nulidad, podía intentar la acción de nulidad que intentó del contrato que consta en la escritura N.º 1400 de 17 de noviembre de 1916, también precitada, contra el señor Januario Gómez, adquirente tercero y contra el cual, por lo mismo, no tiene esa acción la demandante; pues la acción de nulidad es personal y no real, de conformidad con el significado propio de las disposiciones civiles que se acaban de citar, las cuales han sido erróneamente interpretadas o directamente violadas por el Tribunal sentenciador al admitir la acción de nulidad contra terceros adquirentes, cosa que implica estimar la acción de nulidad como real.

Con la admisión de esta misma acción de nulidad contra el señor Gómez o tercero adquirente y con objeto en su contrato de adqui-

sición que consta en la referida escritura N.º 1400 o sea, al reconocerle la sentencia personería sustantiva a la demandante para intentar esa acción, violó también el artículo 1934 del Código Civil, porque la nulidad por simulación intentada contra las enajenaciones hechas por el general Fidel Mendieta y que constan en las prenombradas escrituras números 729 y 363, expresando como expresan ellas el haberse pagado el precio, no puede extenderse ni producir efectos sobre o contra las adquisiciones hechas por terceros, ni menos fundar una acción de nulidad contra esas adquisiciones. El mismo general Fidel Mendieta, que viviera y que estuviera en su calidad de vendedor simuladamente de los que luego fueron vendedores de Januario Gómez por la escritura 1400, pidiendo la nulidad de la venta hecha por él, no tendría acción para que esa nulidad se extendiera a la adquisición de Gómez, o para demandar a éste en acción de nulidad de su contrato de compraventa por el cual había adquirido; y si esto no hubiera podido hacerlo el mismísimo marido de la demandante, por contrario al artículo 1934 citado, muchísimo menos ha podido hacerlo prósperamente su cónyuge sobreviviente. De modo que la sentencia recurrida viola en este concepto dicho artículo 1934.

## II.

Suponiendo que la mujer casada tiene personería sustantiva para demandar la nulidad de los contratos celebrados por el marido con objeto en los bienes comunes, vivo o muerto éste, se pregunta: ¿tuvo esa personería la señora Prieto de Mendieta para pedir la nulidad del contrato celebrado por su cónyuge premuerto, contrato que consta en la escritura número 729 de 26 de octubre de 1906 — de la Notaría tercera de Bogotá? — *No la tuvo*, porque en ese contrato se estipuló como parte de precio la carga para los compradores de pagar a la expresada señora, como cónyuge sobreviviente del vendedor, la cantidad de cien pesos oro mensuales por todo el tiempo de su vida, y en la demanda confesó o declaró ella misma que había recibido la cantidad de mil pesos oro en cumplimiento de tal estipulación. De manera que además de la aquiescencia de la mujer a todos los actos jurídicos del marido con objeto en los bienes comunes o de la sociedad conyugal, aquiescencia que se presume por razón de la misma comunidad, en el presente caso existe la aquiescencia tácita de la mujer, efectuada con posterioridad al acto de enajenación y con posterioridad a la muerte del marido vendedor, es decir, en tiempo de plena libertad o capacidad para disponer de lo propio. La percepción de aquella suma por parte de la demandante, es prueba de su conocimiento del contrato en que ello estaba estipulado, e implica una ejecución por su parte de lo esti-

pulado, y constituye un indicio muy grave contra la veracidad del fundamento de la nulidad, porque aceptó las cuotas o ejecutó de su parte la obligación después de conocer o saber que su marido había dicho al morir lo que aparece en su testamento.

La sentencia recurrida no tomó en consideración la prueba que constituye aquella declaración hecha por la demandante en la demanda, al resolver sobre su interés y su personería para intentar la acción de nulidad ejercida, con lo cual la sentencia incurrió en mala apreciación de dicha prueba por error de hecho y por error de derecho; lo primero, porque prescindió en absoluto de la consideración de esa prueba, y lo segundo porque si la tuvo en cuenta, no le reconoció el valor probatorio pleno que tiene del consentimiento o ratificación por parte de la demandante del contrato cuya nulidad solicita después. Por consecuencia de esta mala apreciación de la referida prueba constituida por la declaración de que se trata hecha por la demandante en la demanda, la sentencia recurrida viola los artículos 1754, 1755 del Código Civil, conforme con los cuales, por ministerio de la ratificación que tal declaración o confesión implica, la demandante no tiene derecho para pedir la nulidad del contrato de la escritura N.º 729 precitada, y viola también el artículo 15 de la ley 95 de 1890 por la errónea interpretación y la indebida aplicación que constituyen el aceptar como interés jurídico cualquier provecho consecuencial de la acción de nulidad una vez aceptada o declarada y el recibir a la demandante a ejercer tal acción habiendo ratificado el contrato o sea sabiendo o debiendo saber el vicio de éste.

### III.

La sentencia recurrida, fundándose en la confesión de Clementina Mendieta, en las declaraciones que aparecen en el testamento que se le atribuye al general Fidel Mendieta relativas a sinceridad de las ventas que constan en las escrituras 729 y 363 muchas veces citadas y en cartas dirigidas o escritas por el vendedor Mendieta sobre este mismo particular, declara probada la simulación de la compraventa que consta en la dicha escritura 729 en lo que respecta al vendedor Fidel Mendieta y a la compradora Clementina Mendieta. — Pero con ello la sentencia incurrió en mala apreciación de dichas pruebas por error de derecho, porque les atribuyó un valor probatorio que no tienen.

Las declaraciones y la confesión misma de un vendedor y las de su comprador en el sentido de no haberse estipulado y recibido precio alguno, cuando de la escritura aparece fijado uno y dice que fue recibido, no sirven para probar que no hubo precio, sino a lo sumo que éste no fue pagado, y así lo tiene declarado la doctrina de esa supe-

rioridad en virtud de lo dispuesto por los artículos 1759 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887.

Las cartas presentadas y que se dijeron escritas por el vendedor general Mendieta, carecen de la prueba de ser escritas por éste o de haberlas firmado habiéndolas mandado escribir, cuestión que es de derecho y que hace próspero el recurso de casación contra la sentencia que las admite y estima como pruebas de las indicadas en el artículo 1763 del Código Civil sin estar acompañadas de aquella comprobación esencial; y al admitirlas como prueba de la simulación de un acto del mismo autor de ellas, es darles valor probatorio en favor de quien las escribió, contrariamente al precepto del citado artículo 1763.

De manera que por efecto de esta mala apreciación de dichas pruebas, la sentencia recurrida violó los artículos 1759 y 1769 del Código Civil y 91 de la ley 153 de 1887, y el artículo 1763 del mismo código.

#### IV.

Fundándose en las declaraciones de Manuel Manrique, Roberto Manrique, Eva Albornoz, Silvia Albornoz, Virginia M. de Mora, Bethsabé F. de Torres, Angel María Bonilla, Aura Manrique, Ana Castilla, Martín Méndez y Cornelio Vélez, el tribunal sentenciador dió por comprobada la simulación que se alega respecto del contrato que consta en la precitada escritura 729, porque las declaraciones de Manuel Manrique, Roberto Manrique y Cornelio Vélez acreditan una confesión extrajudicial de Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta de ser cierto lo dicho en el testamento que se le atribuye al general Fidel Mendieta, hecho por ellas en el acto del otorgamiento, confesión que constituye un indicio que agregado a la prueba de lo que los demás declarantes dicen sobre la pobreza de Tránsito C. de Barrera y la falta de recursos de las dichas Emelina, Evangelina y Clementina Mendieta y también al indicio de la confesión extrajudicial que esos testimonios todos establecen respecto de la simulación que se alega del contrato de venta a Januario Gómez que consta en la escritura 1400 precitada, constituye la prueba iniciaria suficiente para constituir plena prueba según la ley.

El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar todos y cada uno de esos testimonios, porque ellos no prueban confesión alguna y están muy lejos de contener lo que tiene que ser materia de una declaración de testigo encaminada a probar una confesión extrajudicial.

La confesión extrajudicial, como toda confesión, tiene que ser expresa y real, lo que quiere decir que los testimonios que la acrediten deben contener y versar sobre las expresiones emitidas por el confesante,

y en este particular deben guardar los testigos un acuerdo perfecto y también en las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que corresponde a todo testimonio para ser atendible y que especialmente se requiere en los testimonios con los cuales se quiere establecer una confesión extrajudicial, desde luego que versan o deben versar sobre las palabras o las expresiones constitutivas de la confesión o declaración del confesante que se considera tal.

Las declaraciones de Manuel Manrique y de Roberto Manrique no reúnen estas condiciones ni tampoco las reúne la declaración de Cornelio Vélez, pues aquéllas son diferentes en su contenido y lo son también respecto del contenido de ésta. Efectivamente: Manuel Manrique dice que oyó leer el testamento en presencia de varias personas y que las señoritas Emelina, Evangelina y Clementina Mendietas manifestaron que era verdad lo que decía su padre, manifestación que hicieron con venias de cabeza por no interrumpir el acto. — Se nota a primera vista que esta declaración no contiene nada que pueda constituir una confesión, porque no acredita las palabras o expresiones de las referidas señoritas, de modo que queda sin saberse si es o no acertado el concepto del declarante de que con lo que dijeron quisieron y entendieron decir su voluntad de aceptar como cierto en perjuicio propio lo dicho por su padre, aparte de que no se puede saber que fue lo dicho por éste, lo que se leía u otra cosa que expresara en ese momento; contiene esta declaración un juicio propio, un concepto o una interpretación del declarante, pero no la revelación de haber escuchado determinadas expresiones con manifestación de esas expresiones tal como fueron emitidas a fin de que el juzgador determinara la existencia o no de una confesión en ellas; y dice el declarante que todo ello lo hicieron las confesantes por venias afirmativas de cabeza, lo cual repugna a todo concepto de confesión según la naturaleza jurídica de ésta, porque ella debe ser expresa e inequívoca. — Por otra parte, la interpretación que el declarante le da a los movimientos de cabeza que viera en las confesantes, no es atendible, porque el testimonio no se compone o no versa sobre conceptos del testigo, sino sobre hechos; por testigos hubiera podido acreditarse que las confesantes hicieron determinados movimientos de cabeza, y una vez acreditados esos movimientos y para saber qué significaban o qué quisieron significar con ellos las personas que los ejecutaron, era menester apelar a una prueba pericial.

El testigo Roberto Manrique no dice lo mismo que el anterior, es decir, tiene conceptos distintos en su testimonio, pues dice que el testamento fue leído varias veces, cosa que no dice el anterior testigo, y dice su concepto de que se leyó varias veces para que lo oyeran las señoritas, quienes no hicieron ninguna manifestación, cosa que está en

desacuerdo con el otro testimonio que hicieron manifestaciones por venias afirmativas de cabeza; afirma el testigo que las señoritas «únicamente dijeron que estaban contentas del testamento que hacía su padre a ver si en esa forma volvían sus bienes a su poder», lo que quiere decir que las señoritas sí hablaron, pero el otro testigo afirma que no hablaron sino que se manifestaron por venias afirmativas de cabeza. Lástima que el testimonio que se analiza, que es el de Roberto Manrique, no contenga las palabras que las señoritas dijeron, para ver si hubo o no hubo confesión; pero como no las contiene, no es testimonio sobre los hechos que deben ser materia de un testimonio encaminado a probar una confesión extrajudicial.

El testigo Cornelio Vélez tampoco está de acuerdo con los dos anteriores, porque dice que él leyó la póliza del testamento significando que la leyó una vez, en tanto que Roberto Manrique dice que se leyó varias veces; Vélez dice que se leyó la póliza, en tanto que los testigos Manriques dicen que se leyó el testamento; dice que aprobaron la póliza que él redactó, pero no afirma que aprobaran el testamento, y agrega que las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, tan pronto como él terminó la lectura de la póliza, «le manifestaron estar de acuerdo la póliza con la verdad,» pero lo que dice Roberto Manrique que ellas dijeron fué en presencia de todos y no a persona determinada, y lo que dice Manuel Manrique es que ellas manifestaron, lo que interpreta el declarante, por medio de venias de cabeza y en presencia de todos. El testigo Vélez tampoco expresa en su declaración las palabras proferidas por las confesantes, de manera que su testimonio tampoco es idóneo para comprobar una confesión extrajudicial.

Conclusión de todo lo dicho es que los tres testimonios de que el Tribunal hace depender la prueba de la confesión extrajudicial de las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta, no versan sobre hechos sino sobre conceptos, deducciones o interpretaciones de los declarantes; no están de acuerdo en hecho alguno y sus circunstancias, ni tampoco en los conceptos, de que se componen sus declaraciones, y no son prueba de nada que pueda considerarse como constitutivo de una confesión extrajudicial. — De manera que el Tribunal violó, por efecto de la errónea apreciación de esos testimonios o por efecto del error de derecho en esa apreciación, el artículo 607 del C. J., puesto que le atribuyó a esas declaraciones valor de plena prueba de lo que constituye una confesión judicial, y los artículos 555 del C. J. y 561 del mismo al aceptar como elementos constitutivos de una confesión extrajudicial todo aquello que esos testimonios dicen.

Lo que estos mismos testimonios y los demás que considera la

sentencia dicen respecto de lo que dijeran las señoritas Clementina, Evangelina y Emelina Mendieta relacionado con la venta hecha al doctor *Januario Gómez*, no es lo que debe decir una declaración de testigo encaminada a probar una confesión extrajudicial, pues contiene conceptos de los declarantes o interpretaciones, pero no consignan las expresiones emitidas a fin de que el *Juzgador* pueda determinar si tales expresiones constituyen o no una confesión, aparte de que carecen de uniformidad o del debido acuerdo necesario entre unos y otros sobre los hechos y las circunstancias de éstos. Al considerar el *Tribunal* que tales testimonios demuestran una confesión extrajudicial de las referidas señoritas, incurrió en error de derecho en la apreciación de ellos, por consecuencia del cual violó los artículos 607, 555, 561 del C. J.

De entre estos mismos testimonios hay unos que hablan de la pobreza de la señora *Tránsito C de Barrera* y de la falta de recursos de las señoritas *Mendieta* vendedoras del *Dr. Januario Gómez* y compradoras del *General Fidel Mendieta*, y con fundamento en ellos el *Tribunal* dió por probado que las referidas señoritas eran pobres y que por lo mismo no tuvieron con que pagar el precio de la compraventa que consta en la escritura 729 precipitada. Pero tales testimonios no están de acuerdo unos con otros o no versan todos sobre los mismos hechos, si hechos pueden llamarse los juicios o los conceptos que propiamente los integran, de manera que el *Tribunal* incurrió en error de derecho al apreciarlos y por efecto de esa apreciación violó el artículo 607 del C. J. — En estos testimonios no hay nada y muchísimo menos unos hechos de donde pueda deducirse que las señoritas *Mendieta* no tuvieron ni pudieron tener el dinero — precio de aquella compraventa, — sino que versan sobre apreciaciones de los testigos en el sentido de que dichas señoritas estaban pobres.

Con los tres indicios que consideró el *Tribunal* constituídos por la doble confesión extrajudicial de que se ha hablado y por la pobreza de las señoritas *Mendieta*, creyó haber encontrado la prueba plena o verdad de la simulación, por parte de los compradores, del contrato de compraventa que consta en la escritura 729 tantas veces citada, de conformidad con el art. 590 del C. J. — Pero el *Tribunal* incurrió en error de derecho en la apreciación de esta prueba indiciaria, a consecuencia de haber cometido error de derecho en la apreciación de la prueba de cada uno de los indicios que forman la prueba indiciaria total en que se apoya la sentencia, como se ha demostrado ya, y por consecuencia de esta mala apreciación ha violado el art. 590 del C. J. porque se fundó en una prueba indiciaria compuesta de indicios no probados.

## VI.

El Tribunal le reconoció personería sustantiva a la demandante para pedir la nulidad que pidió de la compraventa que consta en la escritura 1400 ya citada, por la cual Januario Gómez adquirió de los sucesores a título singular de Fidel Mendieta; pero la demandante carece de esa personería, porque no todo el que deriva provecho de la declaración de una nulidad puede tener, por eso, interés jurídico para demandarla o acción para pedirla. El señor Januario Gómez es un tercero y contra éstos, cuando la escritura de venta expresa haberse pagado el precio, no hay acción fuera de los casos de los artículos 1547, 1548 del C. C.

Entre los contratantes se puede probar la simulación con toda especie de prueba, pero contra terceros hay que probarla con prueba escrita, cuando sea posible intentar la acción; y cuando la escritura dice que se ha pagado el precio, no es admisible prueba alguna de simulación contra terceros poseedores.

De manera que la sentencia recurrida, al resolver lo que ha resuelto respecto del contrato de la escritura 1400, por la cual Januario Gómez adquirió de los sucesores a título singular de Fidel Mendieta, violó por mala interpretación e indebida aplicación en el sentido en que lo hizo, los artículos 15 de la ley 95 de 1890, 91 de la ley 153 de 1887, 1934, 1547, 1548 y 955 del C. C.

El Tribunal toma en consideración una declaración de Clementina Mendieta respecto de la sinceridad de la venta que consta en la escritura 1400, declaración que considera como una confesión, pero que estima como testimonio inhábil porque la confesante deriva interés de lo confesado, estimación que agrega a la prueba de la simulación de la venta hecha a Januario Gómez. Pero con esta apreciación de la referida declaración de Clementina, la sentencia recurrida incurrió en error de derecho a consecuencia del cual violó los artículos 555 del C. J. y 1769 del C. C., porque ha reputado como confesión la declaración de un hecho jurídicamente provechoso al declarante, atribuyéndole un valor probatorio de que carece, por no ser confesión. Y al atribuirle valor probatorio de presunción conformemente con lo dispuesto por el art. 606 del C. J., incurrió también en error de derecho en la apreciación de la misma prueba, error por el cual violó el art. 606 citado, por indebida aplicación, desde luego que ese tampoco es un testimonio, ni su autora es un testigo hábil.

Al mismo tiempo el Tribunal prescinde de la carta que con fecha 6 de mayo de 1920 dirigieron a Januario Gómez sus vendedores, reconocida judicialmente bajo de juramento por todos éstos, entre ellos por Clementina Mendieta, quien no probó la afirmación que hizo de no ser cierto el contenido de dicha carta. Esta carta, así reconocida, constituye una confesión propia y tiene el valor de tal, y el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en su apreciación, porque no la tuvo en consideración, y por consecuencia de este error violó el art. 1769 del C. C.

La escritura 1400 a que se viene haciendo referencia, es al mismo tiempo prueba de la compraventa que se expresa en ella como realmente efectuada, de manera que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciarla sin darle valor probatorio de la sinceridad de la estipulación y pago del precio a las partes que tratan de los seis mil pesos que quedan en poder del comprador para pagar un crédito a favor del Dr. Julio Z. Torres y de los cuatro mil pesos que también quedan en poder del comprador para pagarse éste un crédito suyo contra el vendedor Belisario Mendieta; e incurrió en error de hecho evidente al no tomar en consideración esas declaraciones de la escritura, las cuales establecen la sinceridad de la estipulación del precio y de la declaración del pago de éste. E incurrió, además, en error de hecho evidente al no tomar en consideración la escritura número 466 de 24 de abril de 1917 — de la Notaría 3a. de Bogotá, — por la cual consta que Januario Gómez pagó al Dr. Julio Z. Torres aquella parte del precio de la compraventa. Por consecuencia de estos errores de hecho en la apreciación de las referidas pruebas y también de derecho en esa apreciación, el Tribunal desconoció la realidad misma del contrato que consta en la referida escritura 1400 y violó el art. 1602 del C. C.

Con la demanda se presentó la escritura número 1400 prenombrada y también la 729 ya citada, y todos los demandados, con excepción de Clementina Mendieta, presentaron la excepción de prescripción, especialmente el demandado Januario Gómez y el apoderado Dr. Vanegas Mora en su alegato de segunda instancia, trató de ella como era del caso hacerlo. Pero el Tribunal ha considerado tal excepción para decir que el excepcionante no alegó ningún hecho en su apoyo y que él tampoco encuentra ese hecho en todo el proceso. Fundado en esto, el Tribunal declaró infundada la excepción; pero con ello incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las referidas escrituras 729 y 1400, porque prescindió del hecho de su existencia en los autos y de los hechos de su otorgamiento y su fecha que acreditan, hechos que fueron alegados en apoyo de la excepción.

Por consecuencia de este error, la sentencia recurrida viola los arts. 753, 778, 2527 y 2528 del C. C.

Para el caso de que la Corte estime que el Tribunal no ha resuelto sobre la excepción perentoria alegada, pues así parece, en subsidio de lo anterior y con fundamento en la omisión del sentenciador, alego contra la sentencia la causal segunda del artículo 2.º de la ley 169 de 1896.

Todos estos puntos referentes al demandado Januario Gómez serán ampliamente tratados por su apoderado especial y por respeto a la obra de éste me he limitado a lo que se ha expuesto en el capítulo anterior, a manera de anticipada cooperación por la solidaridad que existe entre los demandados, menos Clementina.

La forma extraña de la sentencia es la causa de la extensión de este memorial, el cual someto a la consideración serena e ilustrada de esa Superioridad, con el debido respeto.

Señores Magistrados,

ALBERTO GOENAGA

## ALEGATO DEL DR. JANUARIO GOMEZ B.

---

*Señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.*

(Sala de Casación).

Sr. Magistrado Dr. NANNETTI.

Deseoso de contribuir a la ilustración de vuestro sereno criterio, pero sin infirmar o contradecir en nada las alegaciones que haga el ilustre jurisconsulto que me representa en el recurso ante esa Superioridad, me he decidido a presentaros esta exposición que llevará luz a vuestro espíritu en la obra de solucionar el problema que constituye el pleito que se estudia, porque está fundada en la verdad de los hechos, en la sinceridad de mi conducta siempre honrada y en la razón de la justicia.

Se trata de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 15 de Diciembre de 1928, en el juicio ordinario que la señora Margarita Prieto de Mendieta promovió contra las señoritas Emelina, Evangelina, María Natividad y Clementina Mendieta, contra las señoras Edelmira Mendieta de Mendieta en representación de sus menores hijas María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta, y Edelmira Mendieta de Gómez y contra el suscrito, para que se declarara la nulidad por simulación de unos contratos de compraventa y se decretara la entrega de los bienes respectivos a favor de la demandante, quien demandó en representación de la sociedad conyugal formada con su difunto esposo señor Fidel Mendieta. Pero debe tenerse en cuenta que la demandada Clementina Mendieta ha estado en un todo de acuerdo con la demanda porque saca mayor provecho de ser condenada que absuelta, de manera que de hecho es demandante.

## I.

## ANTECEDENTES

El General Fidel Mendieta contrajo matrimonio con la señora Margarita Prieto y aportó a éste bastantes bienes que tenía y con los cuales adquirió después de casado la propiedad plena de siete lotes de terreno situados en el Municipio de la Vega, denominados San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Buena-vista, Tierras Viejas y Butulú.

El General Mendieta tenía cinco hijos naturales llamados Belisario, Emelina, Evangelina, María Natividad y Edelmira; y de su matrimonio con la señora Margarita Prieto nacieron varios hijos, de los cuales sobrevivió únicamente la señora Clementina Mendieta.

En el año de 1906 el General Mendieta resolvió vender, seguramente por razones de conveniencia, la nuda propiedad de los siete lotes mencionados, a sus cinco hijos naturales y a su hija legítima, reservándose el usufructo de ellos por el resto de su vida. La venta se hizo por medio de la escritura pública N.º 729 de ese año, tiempo en que yo no conocía a ninguno de los miembros de la familia Mendieta, a ninguna de las partes contratantes de ese contrato de compraventa, pues yo me casé con Edelmira, mi actual esposa, en 1908, y mis relaciones con la familia principiaron en 1907. De modo que en la debida oportunidad no pude tener conocimiento de los pormenores que hubiera, si los hubo, en el contrato de compraventa celebrado entre el General Mendieta y sus hijos, tanto naturales como legítimos.

La escritura N.º 729 en que se hizo constar dicha compraventa (fol. 30, cuaderno 1), contiene la constancia expresa de que el vendedor *recibió de manos de los compradores* la parte del precio que éstos se obligaron a pagar al contado en dinero, quedando obligados dichos compradores a pagar, como parte del precio, una pensión vitalicia de cien pesos (\$ 100) mensuales a la señora Margarita Prieto de Mendieta y a cancelar las hipotecas que gravaban las fincas vendidas, hipotecas que existían en favor del Banco Central una y de D. Pedro A. López la otra. Tan pronto como quedó perfeccionado el contrato mencionado, los compradores procedieron al cumplimiento de sus obligaciones exigibles entonces, es decir, a atender a la amortización de los referidos créditos hipotecarios.

El General Mendieta siguió poseyendo las fincas vendidas, en virtud del derecho de usufructo total que se había reservado; pero en el año de 1909 vendió ese derecho de usufructo a su hijo Belisario Mendieta y al suscrito, de conformidad con la escritura N.º 363 que obra en autos, folio 34, cuaderno 1. — En esta escritura consta la declaración que hizo el vendedor de haber recibido de manos de los compradores el dinero estipulado como precio de la cosa vendida, porque así sucedió realmente.

En el año de 1916 y de conformidad con la escritura N.º 1400 que obra en los autos (fol. 41, cuaderno 1), Belisario Mendieta me vendió la parte de usufructo que había adquirido de su padre, según lo que se acaba de expresar, y el mismo Belisario y sus hermanas Eme-*lina*, *Evangelina*, *María Natividad* y *Clementina* me vendieron la nuda propiedad sobre cinco lotes llamados *San Antonio de Cuñutá*, *Auro-*ra**, *Gualivá*, *Alto Gualivá* y *Buenvista*, con lo cual quedé dueño absoluto de las cinco sextas ( $\frac{5}{6}$ ) partes de los citados cinco lotes (la otra sexta parte corresponde a mi esposa *Edelmira Mendieta de Gómez*) y usufructuario de los otros dos lotes llamados *Tierras Viejas* y *Butulú*.

Tiempo después de estar en posesión de aquellos bienes en la calidad jurídica indicada, en el año de 1920 o sea once años después de haber adquirido el derecho de usufructo que me vendió el General Mendieta, éste se hallaba ya en decadencia mental y, debido a eso y por sugerencias de *Alberto Sabogal C.*, quien principiaba a pretender el afecto de *Clementina*, comenzaron a aparecer publicaciones contra mí, suscritas por el mismo General Mendieta, considerando simulados los contratos prenombrados y tratando de infirmar, por consiguiente, lo hecho por él libremente desde catorce años antes, o sea cuando gozaba de razón y personalidad completas. A medida que perdía su voluntad el General Mendieta a causa de la progresiva enfermedad mental que padecía, — demencia senil —, crecía el poder de sugestión del señor *Sabogal* sobre él y aumentaba en éste el interés de aprovecharla, porque ya se hallaba cerca de entablar formales relaciones con *Clementina*, y de todo ello, y al tiempo de la muerte del anciano, forjaron la memoria testamentaria que hacen aparecer como testamento verdadero, en la cual tuvieron buen cuidado de consignar declaraciones ajenas a un acto de esa naturaleza, pero muy propias al fin perseguido que era el de preestablecer elementos de donde promover el pleito de que ahora se trata; pero la sola redacción denuncia la falsedad del documento y su origen bastardo.

Los sentimientos que el General Mendieta tuvo para conmigo durante su vida normal, nunca me autorizaron ni autorizaron a sus hijos

para aceptar que fueran sinceras las calificaciones adversas que me prodigaba en aquellas publicaciones; pero con todo ello los hijos del General se mortificaban y espontáneamente me dirigieron una carta concebida en los siguientes términos:

“.....*Estimado Januario: Hemos visto algunas publicaciones de papá referentes a la finca de San Antonio. Le suplicamos encarecidamente no le haga caso a papá; Ud. sabe, más que nosotros, que él no está en sus cabales y seguramente por los tantos años que pesan sobre él, se ha dado a la la tarea de necear. El cree que la venta que le hicimos a Ud. no es cierta, pero qué le interesa a Ud. eso, si Ud. tiene sus títulos perfectos y nosotros recibimos de Ud. el precio total de la venta? Le reiteramos nuestras súplicas y para su defensa, puede Ud. hacer de ésta, el uso que a bien tenga. Excuse a sus afectísimos cuñados. - Bogotá, mayo 6 de 1920. - Belisario Mendieta. - Clementina Mendieta. - Emelina Mendieta. - María Natividad Mendieta. - Evangelina Mendieta.*”

Con este documento que es una expresión fiel de la verdad quedé tranquilo y resolví no responder más a las publicaciones del General Mendieta, que tenía ya 79 años, muy avanzada la demencia senil que padecía y obraba, además, sugestionado por terceros interesados.

Nótese que en la referida carta se dice *que mis títulos son perfectos* y que lo dice Clementina, porque élla suscribe también esa carta; pero ahora sostiene lo contrario, porque ese es el interés de su marido el señor Sabogal.

El General Mendieta falleció en el año de 1921, en plena decrepitud mental causada por avanzadísima demencia senil, por lo cual los interesados forjaron, a título de testamento, las declaraciones que exhiben como tal; y tan pronto como murió principié a cumplir la obligación de pagarle a la viuda doña Margarita Prieto de Mendieta la pensión vitalicia de cien pesos mensuales, pensión que recibió dicha señora por espacio de diez meses consecutivos, habiendo expedido los recibos correspondientes, y ni ella ni tampoco su hija Clementina manifestaron en ese tiempo objeción alguna contra los contratos que en parte se ejecutaban con el pago que le hacía de esa pensión.

En mi alegato de 2ª instancia no dije nada respecto del testamento que se atribuye al General Mendieta y para el cual éste carecía de capacidad tanto material como moral, por el convencimiento en que estaba de que no valía como prueba de nada y por haberlo considerado así la sentencia de primera instancia; pero como el Tribunal lo tomó en consideración para darle fuerza de indicio en pro de la demanda, me veo en la necesidad de decir algo sobre el particular, para que se vea claramente que el tal testamento fué obra de terceros, realizada

como medio de sus fines torcidos, al amparo de la inconciencia en que se hallaba el supuesto testador.

Lo primero que se advierte es el caso original de que el testador hubiera llamado facultativos para que acreditaran que se encontraba en su entero y cabal juicio, lo cual, como obra de extraños que fué el mentado testamento, comprueba la certeza en que estaban esos extraños acerca de que el testador no tenía capacidad para hacerlo o para otorgar un documento de éstos; y en el supuesto testador, si realmente partió de él la idea de llamar esos facultativos, hace ello ver que no estaba en su sano juicio.

Examinando las declaraciones de los testigos Méndez y Manriques, testigos que se dicen presenciales del acto, se encuentra la prueba de que aquel supuesto acto testamentario fué fruto u obra del interés de Sabogal y de la demandada Clementina contra los bienes materia de este pleito y sus legítimos dueños.

En efecto: el testigo Dr. Martín Méndez, al ser interrogada sobre si el General Mendieta había rogado a alguien para que firmara por él el testamento, contestó: «*No recuerdo de una manera perfecta si el General Mendieta rogó a alguna persona para que firmara el testamento por él, aun cuando, en mi concepto, después del detenido examen, quedó en un estado de fatiga que bien hubiese podido estar imposibilitado momentáneamente para firmar el testamento y haber exigido a otra persona que lo hiciera por él* (fol. vuelto, Cuaderno 5). Es cosa bien extraña que este testigo que se dice presencial del acto no hubiera presenciado que el testador rogase a alguna persona para que firmara por él y que en cambio sí afirme que oyó leer el testamento y que estuvo al pié del lecho del testador presenciándolo todo!

El testigo Manuel Manrique (folios 84 y 85 Cuaderno 5), dijo lo siguiente respecto del mismo hecho: «*El General Mendieta trató de firmar pero no pudo, y el Notario manifestó al testador que podía rogar a alguna persona para que firmara por él, y si mal no recuerdo fué a un señor Sabogal que le rogó que firmara por él y firmó.*»

Y al ser repreguntado este testigo por mí sobre las palabras con las cuales rogara el General Mendieta a Sabogal para que firmara por él, contestó: *No recuerdo con precisión las palabras con que le rogó.*

El testigo Roberto Manrique (folio 38, Cuaderno 5), al ser repreguntado si como testigo presencial que fué del otorgamiento del testamento recordaba si el General Mendieta había firmado o no el testamento, contestó: «*No recuerdo.*» Repreguntado: «*oyó el testigo claramente que el General Mendieta rogara a alguna persona para que firmara por él su testamento?*» contestó: «*No recuerdo.*» Y éste es

el testigo que más dice recordar los hechos referentes al otorgamiento del supuesto testamento.

Es muy curioso que todos los que se dicen testigos instrumentales del acto de ese testamento, lo mismo que los facultativos Méndez y Albornoz que concurrieron a su otorgamiento, manifiesten no recordar las palabras del General Mendieta con las cuales rogara a Sabogal que firmase por él, a pesar de que dicen haber estado al pie del lecho del testador, como si hubieran estado sordos en esos momentos. Solamente el testigo Manuel Manrique dice que *trató de firmar pero no pudo*.

No hay dato alguno de que los testigos presenciales estuvieran atacados de inconciencia y antes bien se trata de individuos conocidos como de aparente buen uso de razón, lo cual hace inexplicable lo que allí sucedió; pero no lo es en realidad, porque lo que aconteció fué sencillamente lo siguiente: se convino entre el señor Sabogal, la señora Margarita de Mendieta y su hija Clementina, en que el General debía otorgar testamento; pero como sabían que no tenía capacidad para hacerlo válidamente, y con el fin de precaverse de futuros litigios, llamaron al Dr. Luis López de Mesa para que examinara al paciente, quien lo examinó y dijo que éste padecía de demencia senil; lo sometieron luego al examen del Dr. Tiberio Rojas quien manifestó que realmente el General Mendieta se hallaba en estado de demencia senil y que no podía testar. Pero ante la necesidad en que estaban de un concepto médico que se prestara a sus planes indebidos, llamaron al Dr. Roberto San Martín, quien declaró que se hallaba en un todo de acuerdo con el Dr. Tiberio Rojas.

Desesperados de no poder obtener la complicidad de ninguno de los facultativos a que acudieron, y habiendo confeccionado ya el texto de lo que iban a llamar testamento del General Mendieta, un día dijo Sabogal lo siguiente: "*Digan lo que quieran los señores médicos, el General está en su entero y cabal juicio y esta tarde se firma el testamento*." Y al efecto prepararon todo e hicieron concurrir al Notario, a los testigos Cornelio Vélez, Manuel Antonio González V., Manuel y Roberto Manrique propios para las circunstancias y a los señores Guillermo Albornoz y Dr. Martín Méndez con quienes contaban como facultivos para la realización de los planes de Sabogal, siendo de advertir que Albornoz no es graduado en Medicina. Pero el certificado que estos dos señores expidieron deja ver que para ellos verdaderamente el presunto testador no se hallaba en su sano juicio, pues dijeron (folio 54, Cuaderno N.º 1): "*Hacen constar que esto es así, aun a pesar de que en otras ocasiones se hayan observado ideas incoherentes que se deben generalmente a excitaciones provocadas*." Qué quiere decir esto?

Sencillamente que el General Mendieta no era capaz para testar, porque no se hallaba en su sano juicio como lo afirmaron los doctores López de Mesa, Rojas y San Martín, que no se prestaron ni se hubieran prestado nunca a los designios de Sabogal y sus cómplices Clementina y doña Margarita.

Llegado el momento anunciado por Sabogal y una vez todos en casa del testador se principió a realizar la pieza testamentaria que sirve de base a este pleito. El paciente estaba acostado, inerte casi y dominado ya por la muerte; el señor Albornoz se le colocó detrás y lo levantó, a tiempo que Sabogal se había situado a un lado con todos los elementos para hacerlo firmar, pero como el enfermo no pudo hacerlo porque no daba muestras de vida regular, Sabogal se colocó al lado de Albornoz en posición adecuada para tomarle la mano al moribundo y dibujar la firma de éste como se hace con un niño infante; pero una de mis cuñadas (Evangelina), que se hallaba presente protestó contra tal iniquidad exigiendo que se le dejara en libertad. Naturalmente el enfermo no pudo firmar, porque ya estaba moribundo; mas entonces alguno de los interesados dijo que firmara Sabogal por él y como eso esperaba oírlo Sabogal porque estaba convenido, se apresuró a firmar por el supuesto testador y sin que éste le hubiera rogado, pues ya se hallaba fuera del dominio de este mundo. Téngase presente que el señor Sabogal es el marido de la demandada Clementina Mendieta, quien de hecho es parte *demandante*.

Así fué como se forjó el llamado testamento del General Mendieta en los momentos en que éste se hallaba rindiendo la jornada de la vida, sin fuerzas físicas y sin uso de razón por causa de la demencia senil que padecía y que había llegado al más alto grado de su constante progreso, pues es bien sabido que la demencia senil es una enfermedad de naturaleza progresiva y que quien la sufre no puede ejecutar actos jurídicos válidos. Y como el tal testamento fué forjado, es decir, como el supuesto testador no hizo realmente testamento, ni suscribió acto alguno ni rogó a nadie que lo suscribiera por él, por eso los testigos del drama no recuerdan que el moribundo le hubiera rogado a Sabogal que firmara por él. En este punto los testigos no se supieron bien la lección y tuvieron que decir algo perjudicial a su maestro Sabogal, quien aparece firmando a ruego sin que nadie se lo hubiera exigido.

Todo es mentira y falsedad del señor Sabogal y de Clementina la demandada, quienes sobre la base de semejante conducta reprobable pretenden hacerse, por medio de este pleito, a los bienes legítimamente adquiridos por terceros.

El estilo de ese supuesto testamento está diciendo que es inventado y comprueba que lo inventaron Sabogal y Clementina con la com-

plicidad de la viuda señora de Mendieta, para promover este pleito con antecedente en las alegaciones que consignaron allí. Y como Sabogal pensaba que todo lo que yo tenía había sido propiedad del General Mendieta, aparece diciendo lo siguiente: «*Declaro ser mi voluntad que el señor Dr. Januario Gómez le otorgue a la señorita Clementina Mendieta mi hija legítima, la escritura referente al terreno denominado Piluma situado en jurisdicción del Municipio de Sasaima, Departamento de Cundinamarca, en atención a que la escritura de venta que yo le hice de la finca al mismo Dr. Gómez fué una escritura de confianza, un contrato simulado o ficticio entre los dos, verdad sabida y buena fé guardada, en donde no medió pago del precio estipulado.*»

Pero mis derechos sobre los terrenos de Piluma los adquirí por adjudicación que se me hizo en la sucesión del señor Cándido Ortega, sucesión que continué hasta su terminación en el Juzgado 1.º del Circuito de Facatativá, en mi calidad de cesionario de los derechos de los herederos del causante, por cesión que me hizo Paulo Emilio Castro, a quien le fueron cedidos primeramente por Víctor Ortega, Cruz Gómez, Policarpo Riaño, Jesús Ortega, Pedro Cruz, Natividad Bulla y otros y por eso se me adjudicaron parte de los terrenos de Piluma, lo mismo que también se les adjudicaron parte de esos terrenos a la señora Edelmira Mendieta de Mendieta y al señor Ramón Méndez.

Para Sabogal y sus cómplices tenían que ser ficticios todos los contratos celebrados con objeto en bienes que habían sido del General Mendieta y celebrados por él y los celebrados por sus sucesores particulares con terceros hasta el infinito y hasta los contratos celebrados por mí con otras personas y con materia en bienes que nunca fueron del General Mendieta; pero válido el supuesto testamento, porque era la base de sus designios inmorales, aunque hubiera sido, como fué, la suplantación más dolosa que se haya realizado.

Consumado todo aquello, procedió el señor Sabogal a la preparación y presentación de la demanda o iniciación del pleito que os ocupa, por el cual estipuló el cincuenta (50 %) por ciento de su valor como honorarios, según consta de la escritura que obra en autos (fol. 4 vto. cuaderno 6). No hay, pues, obra de inmoralidad y de fraude más perfecta que ésta que se quiere sellar con el error judicial que los demandantes persiguen en este pleito.

## II.

## LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal al sentenciar partió de bases falsas y el error consiguiente de ello lo condujo a fallar condenando a los demandados. Para comprobar esa falsedad de los puntos de partida del fallo, basta llamar la atención acerca de lo siguiente que se lee en el folio 167 del cuaderno 4: *“... Dos son las acciones instauradas en la demanda: es la primera la de nulidad de los contratos habidos entre el Señor General Fidel Mendieta, cónyuge permuerto de la demandante y que constan en las escrituras números 729, 363 y 1400 ...”* El fallo recurrido declara la nulidad del contrato que consta en la citada escritura 1400, lo que quiere decir que para el sentenciador, el General Mendieta fué parte contratante de este contrato, y así lo afirma claramente en el aparte transcrito. Pero basta leer el contrato para comprobar lo contrario, pues las partes contratantes en él, fueron material y jurídicamente distintas del General Mendieta y de la sociedad conyugal Mendieta Prieto.

Al tratar de las pruebas presentadas por la parte demandada, dice lo siguiente: *“... En cuanto a las pruebas presentadas tanto en primera como en segunda instancia por el demandado Dr. Januario Gómez, tan sólo se advierte que ellas no desvirtúan las pruebas que se han tenido en cuenta como fundamento de este fallo y presentadas por la parte actora, porque si se tiene en cuenta la carta firmada por los cinco hijos del General Fidel Mendieta, la afirmación que allí hacen de haber recibido el precio estipulado en el contrato de diez y siete de noviembre, no tiene valor alguno, por tratarse de personas interesadas en la validez de aquel contrato ...”* Quiere decir esto que para el Tribunal todos los cinco hijos del General Mendieta tienen interés en que sea válido el contrato que reza la escritura número 1400, y como entre esos cinco hijos figura Clementina, que tiene interés en lo contrario, en vez de condenar el Tribunal ha debido absolver a los demandados.

El Tribunal, en su afán de condenar a los demandados, sóloamente le dió crédito a las pruebas o declaraciones de Clementina, y se olvidó de que había partido de la base de que Clementina es la única heredera de D. Fidel y de doña Margarita, es decir, la única persona que vendría a recoger los bienes, materia de este pleito en el caso im-

probable de que lo pierdan los demandados, la única interesada en que se anule el contrato que consta en la escritura 1400. Una sentencia que se apoya en extremos tan contradictorios, no es un fallo de justicia sino una composición de prejuicios judiciales.

Refiriéndose el Tribunal a la acción que, según él, me queda contra los demandantes por razón del contrato que consta en la escritura número 1400, dice: "... Si se tienen en cuenta las cancelaciones hechas por el Dr. Januario Gómez de créditos contraídos por la sociedad Mendieta Prieto, ellos tan solo implicarían un derecho para exigir lo pagado ..." Reconoce, pues, que yo hice cancelaciones de créditos contraídos por la sociedad conyugal Mendieta-Prieto; pero como las hice en cumplimiento de estipulaciones contractuales y en calidad de pago del precio de la compraventa materia de esas estipulaciones o contratos, no es posible que esa compraventa sea nula por simulación o falta de precio real. Sin embargo el Tribunal declara la nulidad, porque parece que para él no se trataba de administrar justicia sino de favorecer por un lado y lesionar por el otro, a fin de llegar a algo que libertara de la carga de hacer el estudio científico que requiere este pleito y que por eludirlo el Juzgador dictó este fallo que parece más bien del mal componedor.

Si el contrato que reza la escritura 1400 hubiera sido simulado, como lo declara la sentencia, si en él no se hubiera pactado precio real y no se hubiera estipulado realmente como pago de parte del precio la cancelación de las escrituras hipotecarias a que alude el Tribunal, yo no habría hecho esas cancelaciones, porque me eran indiferentes las deudas de la sociedad Mendieta-Prieto.

Pasemos ahora a examinar el razonamiento del Tribunal para determinar "si los compradores no contrajeron en realidad la obligación de pagar el precio estipulado como valor de los lotes de terreno de que habla el contrato," es decir, de la compraventa que consta en la escritura 729.

Principia el Sentenciador por reconocer que los demandados que fueron compradores según ese contrato, con excepción de Clementina, negaron la simulación demandada, al absolver las posiciones que les promovió el abogado de la parte demandante. Y ciertamente esos demandados, con excepción de Clementina, declararon firmemente la verdad de haberle pagado el precio al vendedor Mendieta o de haberlo consignado en su poder, exactamente lo mismo que sobre el particular expresó el General Mendieta en la escritura respectiva catorce años antes; Clementina dijo que no era cierto que sus hermanas y ella hu-

bieran pagado precio alguno por razón del referido contrato, porque a ella le interesaba faltar así a la verdad.

De esa mentirosa declaración de Clementina deduce el Tribunal, por lo que hace a la sexta parte de los bienes vendidos por la escritura 729, que "*existe comprobada la nulidad alegada, porque tal hecho dice se halla comprobado por la más excelente de las pruebas, cual es la confesión,*" es decir, la confesión de Clementina, contraria a la confesión que encierra la carta que conjuntamente con sus hermanos me dirigió para dar testimonio de la verdad de haber recibido el precio de la venta que me hicieron por medio de la escritura número 1400 de los terrenos que adquirieron por medio de la escritura 729. Si se consideró dueña legítima para suscribir la venta de esos bienes y recibir el precio correspondiente, hasta el punto de confirmarlo en los términos de aquella carta, es porque lo era, de manera que cuando manifiesta que no adquirió porque no hubo precio en el contrato 729, manifiesta una cosa falsa.

En vista de la falta de pruebas que acrediten la simulación del contrato que consta en la escritura 729 — por falta de pago, — el Tribunal prueba esa simulación por medio de lo que llama *indicios vehementes y diversos* con manifiesto desacierto, porque toma como indicios elementos que jurídicamente no tienen ese carácter.

Cómo sería la confusión que tuvo el Tribunal en este asunto y cuán apartado estaría de un criterio de justicia, que la sentencia declaró "*absolutamente nulo por simulación el contrato que se hizo constar en la escritura pública No. 1400..... en cuanto por él aparecen vendiendo Clementina, Emelina y Evangelina a Januario Gómez y éste comprando a aquéllas tres sextas partes a razón de una sexta parte cada una, de la nuda propiedad de los lotes de terreno llamados San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Butulú, Tierras Viejas y Buenavista, situados en jurisdicción del Municipio de la Vega.....,*" cuando es lo cierto que los terrenos de Butulú y Tierras Viejas no fueron objeto del contrato que consta en la escritura 1400!

Pero hay más todavía: la sentencia me condena a *restituir, dentro de los tres días siguientes de notificado este fallo, a la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Fidel Mendieta y Margarita Prieto de Mendieta o por quien sus derechos represente hoy, las tres sextas partes o sea la mitad de los terrenos llamados San Antonio de Cuñutá, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá, Buenavista, Butulú y Tierras Viejas, situados en jurisdicción del Municipio de la Ve-*

ga..... Pero como yo no soy dueño ni nunca adquirí los terrenos de Butulú y Tierras Viejas, es imposible que pueda restituírlos o que se me condene a ello.

Respecto de lo que es de mi propiedad o sea las cinco sextas partes de los terrenos que compré, el Tribunal me condena a perder las tres sextas partes, es decir, me condena a perder lo que legítimamente es mío, con sus mejoras y todos sus frutos desde que lo tengo en mi patrimonio, lo cual ni es de justicia ni es una garantía jurídica. — Si la sentencia que a tales cosas me condena hubiera de quedar firme por cualquier error de la justicia de los hombres, se cometería con ello el más evidente de los atentados contra el derecho de propiedad, de irrespeto al trabajo y de asalto a la riqueza de otro, pues en la finca de que se trata planté y sembré con inauditos esfuerzos mas de 100.000 matas de café que vinieron a reemplazar las que formaban el cafetal viejo las cuales estaban enlamadas, empalizadas y enchamizadas y no daban para los gastos de deshierba; también los edificios de la finca han sufrido de entonces para acá reformas costosas, hechas, hasta donde era posible, de acuerdo con las necesidades de la hacienda; se ha desmontado y desbrozado lo que antes era maleza bravía, viniendo todo esto a aumentar considerablemente el valor de la finca; aguas, luz, cercas y caminos han sido arreglados a pesar del costo cuantioso que han requerido. En suma: se ha procedido en la finca bajo la impresión de que las instituciones de NOTARIATO y REGISTRO garantizan plenamente la propiedad y de que existe la facultad de mejorar los bienes que se hallan en nuestro patrimonio sin temor a la mala fe de los extraños porque nuestras leyes respaldan esa facultad.

## PROCEDERES DE LA PARTE DEMANDANTE

La base de este pleito por parte de los demandantes es una confabulación de ellos contra la propiedad legítimamente adquirida por otros, tan solo porque unos derivan su derecho del General Mendieta, como sus hijas, y otros, como yo, lo derivan ya directamente de él, ya de sus sucesores a título singular.

Pero como Clementina no podía ser demandante por haber sido parte en los contratos cuya nulidad debía demandarse, resultó ello muy oportuno y conveniente, porque figuraría entre las personas demandadas y así se tendría un demandado que estaría de acuerdo con los demandantes y que actuaría en el pleito de manera opuesta a la verdad de la defensa de la parte demandada, todo lo cual constituye un acuerdo inmoral de la parte demandante con elementos de la parte deman-

dada. — Debido a esto, la demandada Clementina Mendieta no contestó la demanda, porque convenía a sus intereses derivados de ese acuerdo el ser condenada en la sentencia; alegó tímidamente en la primera instancia y luego en la segunda se presentó alegando conformemente con la parte demandante.

La demandada Clementina Mendieta suscribió aquella carta que me dirigieron sus hermanos con fecha 6 de mayo de 1920, en que me dicen: .....*Le suplicamos encarecidamente no le haga caso a papá; Ud. sabe más que nosotros que él no está en sus cabales y seguramente por los tantos años que pesan sobre él se ha dado a la tarea de necear.* Esa carta obra en los autos y tiene carácter de reconocida por Clementina, pero el haberla escrito no le impidió sostener que el general Mendieta estaba en su sano juicio cuando la maniobra del testamento, porque ya el interés en faltar a la verdad le había nacido. Es imposible que aquella demencia senil (que la misma Clementina reconoce en la referida carta) que padecía su padre, demencia de naturaleza progresiva, no hubiera progresado, de manera que a su muerte, diez y siete meses después de la fecha de aquella carta, se encontrara en sano juicio. — Es evidente que cuando Clementina hace la afirmación de que su padre estaba en sano juicio en la época del forjado testamento, estaban ya en pugna en su espíritu la verdad y la mentira, habiendo triunfado ésta, por el interés que ya tenía en faltar a la exactitud de aquélla. En pocas palabras: Dn. Fidel estaba en estado de demencia senil diez y siete meses antes de su muerte y ya para morir, cuando se hallaba en estado agónico, se alentó para otorgar su notable testamento.....!

La demandada Clementina Mendieta ha observado el cuidado de hablar en *plural*, como para dejar inclusas en sus discursos a sus dos hermanas Emelina y Evangelina y dar a entender que han obrado siempre en armonía y de acuerdo con ella, cosa que no es cierta, pero que conviene a la mala fe que inspira a aquélla en todo lo que se relaciona con este pleito.

Y como suprema combinación de inmoralidad para los fines de este pleito, se sucedió el matrimonio entre Alberto Sabogal y la dicha Clementina, no obstante estar casado Sabogal y estar viva su legítima esposa en la ciudad de Cartagena, en donde vive con sus tres hijos, abandonada por quien labró la desgracia de ese hogar que santificó la virtud de la madre y manchó la indignidad del padre.

Clementina sabía que Sabogal era casado en Cartagena, con la señora María de Jesús Amador de Sabogal, porque sus hermanas y muchísimas personas se lo informaron; pero no se abstuvo de la inmoralidad de casarse con él y hacerse así cómplice del delito de bigamia, porque ese matrimonio era medio necesario para ellos de la obra combinada de

asaltar en cualquier forma el derecho de otros, el que pretenden por medio de este pleito.

Resumiendo tenemos: que Clementina Mendieta y Alberto Sabogal se crearon por sí y ante sí el derecho que hoy reclaman, pues le forjaron testamento a Dn. Fidel aprovechándose del estado agónico e inconsciente del supuesto testador, para que en él se declarara heredera universal a Clementina; que ese testamento no fue obra de Dn. Fidel, quien se hallaba en estado de inconsciencia y al borde del sepulcro, sino de Alberto y Clementina; que quien firmó ese documento no fue Dn. Fidel sino Alberto Sabogal, sin que Dn. Fidel le hubiera rogado; que Clementina Mendieta se hizo demandar para crearle a la señora Margarita, su madre, las pruebas de que ésta carecía; que la misma Clementina dejó de contestar la demanda con el fin de que se le condenara en el litigio y poder así ganar el pleito; que ella fue quien declaró, por convenirle, que los contratos tachados de nulos eran simulados; que ella fue quien, figurando como demandada, alegó en primera y en segunda instancia como demandante; quien ha hablado siempre en plural para comprometer a sus dos hermanas Emelina y Evangelina; quien declaró no haber recibido suma alguna en virtud del contrato 1400; quien meneó la cabeza en nombre de sus hermanas; quien pretendió desconocer lo que ya había declarado en carta privada que en compañía de sus hermanas me dirigió; quien ha hecho publicaciones en defensa de los derechos alegados en la demanda y quien, por último, ha constituido el alma del pleito proporcionando todas las pruebas a su alcance como demandada a favor de la demandante que es ella misma. Suprimid, pues, por un momento, los simulacros de pruebas suministrados por esta señora y no hallaréis de seguro nada en medio de tanta palabrería, porque la sentencia de los doctores Bernal Méndez, Escallón y Gacharná, no tiene más fundamento que los indicios falsos suministrados por esta señora en forma de declaraciones de oídas y contradictorias.

—

La señora Margarita Prieto, demandante, en su alegato de segunda instancia (folio 117, Cuaderno 4), e inspirada por Sabogal y Clementina, tuvo la audacia de decir que yo ocultaba maliciosamente y con marcada mala fe los recibos que ella me había expedido de las sumas que le había suministrado en diez meses consecutivos, porque tales recibos no habían sido expedidos *a cuenta de pensión alguna sino de frutos de la finca*. Pero el texto de tales recibos es el siguiente que tomo de uno de ellos y que podéis verificar: *Recibí del Dr. Januario Gómez B. la cantidad de cien pesos (\$ 100) m/l correspondientes al mes que vence el diez y ocho de septiembre por causa de la renta*

constituída a mi favor por mi finado esposo el señor Fidel Mendieta, por escritura pública. Bogotá, agosto de 1922. Margarita Prieto de Mendieta.

Esto demuestra que la parte demandante en este pleito viene apoyada sobre una serie de falsedades, sobre una obra de artificio y de mentiras suficientes para constituir una estafa, porque fué combinada y se ha venido realizando con perjuicio de legítimos derechos de terceros.

Y por qué la parte demandante se esfuerza en demostrar que aquellos recibos no se expidieron *a cuenta de pensión vitalicia alguna*? Porque sienten que es cierto que las sumas respectivas fueron recibidas a título de esa pensión y que por ello mismo la señora Margarita no puede pedir la nulidad del contrato 729, alegando falta de pago del precio, porque ella recibió, hasta cuando quiso, la prestación equivalente a parte de precio del contrato estipulado en él.

Si esta señora no recibió antes sus pensiones, que eran parte del precio de lo vendido, se debió a que todavía no había muerto el General Mendieta; pero después de la muerte de éste, la señora Margarita aceptó expresamente lo estatuido en el contrato 729, no solamente una vez sino diez veces consecutivas, recibiendo el dinero por causa de la pensión estipulada y expidiendo los recibos correspondientes por esa misma causa, recibos que comprueban que en el contrato número 729 sí hubo precio, porque la misma demandante que lo niega recibió sumas que se estipularon como parte de ese precio.

Después de la celebración del contrato N. 729 sobrevivió bastante el General Mendieta y durante todo ese tiempo la señora Margarita estuvo muy conforme con ese contrato que conocía y sabía que se había celebrado, y después de la muerte del General Mendieta recibió lo estipulado en su favor en ese mismo contrato, de manera que en todos los momentos oportunos la señora Margarita aceptó aquella convención, cuya nulidad no puede ser pedida por ella y menos invocando falta de precio.

Los referidos recibos se me traspapelaron durante las instancias y por eso fué que la señora Margarita se atrevió a decir que yo los ocultaba maliciosamente, porque creyó que se habían perdido; pero los encontré y los presento para que esa Superioridad vea que lo que yo digo se conforma con la verdad y para pedirlos, con fundamento en ellos y ante el antecedente de la confesión misma de la demandante en la demanda, que dictéis auto para mejor proveer a fin de que vengan esos recibos a los autos.

La señora Margarita de Mendieta, demandante, no probó en el juicio que yo fuera deudor de ella *a título de frutos* y a la cual deuda debía imputarse el pago que le hice de aquellas cantidades, y an-

te la inexistencia de esa prueba la sentencia ha debido justificar la confesión que hizo la demandante de haber recibido unas cantidades de dinero, de conformidad con lo dicho en las escrituras números 729 y 1400, que expresan la causa del pago de esas sumas recibidas.

Ni la señora viuda del general Mendieta, ni su hija Clementina hubieran pensado en toda esta obra de asalto y menos se hubieran atrevido a tratar de realizarla por el medio público y solemne de un pleito, sin la instigación de Sabogal, quien llegó a apoderarse de la voluntad de ambas, hasta el extremo de seducir a Clementina, pues no a otra cosa equivale el matrimonio que celebró con ella, estando como está casado y teniendo como tiene viva a su esposa legítima en Cartagena.

Podéis juzgar de la moralidad de este pleito en su preparación y en sus fines, que realmente son de asalto contra la propiedad ajena, teniendo en cuenta la personalidad de su verdadero y, puede decirse, exclusivo promotor y sostenedor, señor Sabogal, personalidad que aparece de todo lo que llevo dicho en esta exposición y que resumida y neta se presenta en el siguiente documento expedido por el Inspector de la cárcel de sumariados de Bogotá: *República de Colombia. Dirección de la cárcel de sumariados. Bogotá. Por el secretario y examinados los libros respectivos, expídase el certificado solicitado, a costa del interesado. Por el Director, F. Angulo.*

*El suscrito secretario de la cárcel de sumariados certifica: que examinados los libros respectivos aparece que Alberto Sabogal, hijo de Ciriaco Sabogal y Rosa Orozco o Castellanos, ha sido preso de esta cárcel en las siguientes ocasiones y sindicado de varios delitos: en 26 de junio de 1920, sindicado de seducción por orden del inspector 2.º municipal; en 21 de marzo de 1921, sindicado de estafa y abuso de confianza, por orden de la inspección 2.ª municipal; en agosto 13 de 1921, sindicado de falsedad y falsificación por orden de la inspección 2.ª municipal. Por el secretario, V. Vásquez.*

Este pleito es una obra más de éste tipo en quien la criminalidad vive latente, un caso en que halló pábulo esa disposición natural al delito que caracteriza al señor Sabogal; pero si ha tenido de cómplices a dos señoras que no pudieron resistir a su arte de criminoso encantamiento, hasta el extremo de llevar a la una a indebida unión con él, no tendrá a los jueces ni a la justicia.

## ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE

Los demandantes incurren constantemente en falsas afirmaciones y en contradicciones palmarias en sus alegatos, porque la obra de menti-

ra que edificaron para levantar sobre ella este pleito inicuo, los conduce a ese extremo necesariamente.

Clementina dice en su alegato, refiriéndose a la carta que conjuntamente con sus hermanas me dirigió para confirmar la realidad de las convenciones que constan en las escrituras 729 y 1400, *que esa carta me fue escrita para que pudiera vindicarme ante la sociedad de los cargos que me hacía el general Mendieta, y agrega que el contrato de la escritura número 1400 fue ficticio y que tuvo por causa efectiva el garantizarme una cantidad de dinero que había prestado para pagar al Dr. Julio Z. Torres.*

Pero si la carta me fué dada para vindicarme de los cargos que me hacía el general Mendieta, es porque esa carta dice la verdad y los cargos no eran ciertos; pero no fué para eso que se me escribió, sino para demostrarme todos los hijos del general Mendieta que ellos no estaban de acuerdo con lo que éste decía bajo la sugestión ya del ingenio criminal del señor Sabogal y para confirmarme su rectitud de no estar apoyando nada contrario a la verdad de la realidad del contrato.

No dice la demandante a quién le prestara yo esa suma, y como el contrato que consta en la escritura 1400 estipuló que yo quedaba con la obligación de pagar la hipoteca constituida a favor del Dr. Julio Z. Torres, el pago que le hice a éste fué por razón de dicho contrato, es decir, como parte del precio allí convenido. Si fuera cierto lo que afirma Clementina, no habría sido yo el que le hiciera el pago al Dr. Torres, sino la persona a quien le había dado en préstamo el dinero, ni se le habría hecho ese pago al Dr. Torres con posterioridad a la referida escritura 1400; ni hubiera pedido la demanda la nulidad del contrato que consta en esta escritura por simulación a causa de falta de precio, sino que habría demandado una declaración en el sentido de que ese contrato era de garantía por naturaleza y no de compraventa, pero no la declaración de que no hubo contrato de ninguna especie, pues a esto equivale la petición de nulidad por simulación a causa de inexistencia de precio.

—

El pago que le hice al Dr. Torres tuvo lugar en abril de 1917, cinco meses después de celebrado el contrato de la escritura 1400, y se lo hice en ejecución de la obligación que contraí por el mismo contrato y a título de precio. — De manera que yo no le dí dinero a nadie en préstamo y menos para pagarle a otro deudas a su favor, menos todavía al Dr. Julio Z. Torres, a quien le cancelé yo el crédito hipotecario posteriormente a la celebración del contrato de la escritura

1400 y para pagar yo parte del precio de dicho contrato con esa cancelación.

Sucede, pues, que las afirmaciones que hace Clementina en su alegato no tienen lado de verdad y no solamente son contradictorias entre sí y con las peticiones de la demanda misma, sino con lo que Sabogal le hacía decir al General Mendieta contra mí, o sea, que la venta de que trata la escritura 1400 era ficticia y que me la habían hecho para que yo doblara mi capital y después les devolviera a los hijos las propiedades. — Difícil generosidad esa, pero en el orden de las mentiras que son la base de este pleito, eso se puede decir.

Todas esas mentiras han sido los recursos de los demandantes para llevar al ánimo de la justicia que la escritura 1400 fue simulada por falta de precio; pero yo no solamente le cancelé el crédito al Dr. Torres, sino que pagué parte del crédito que se le debía al Banco Central y parte de la pensión vitalicia estipulada a favor de la señora Margarita de Mendieta, hasta el día en que la recibió ella, conservando a la orden lo que no quiso recibir, y pagué a los vendedores lo que se estipuló para ellos. Todos estos dineros que desembolsé en ejecución del contrato, qué son si no son precio del mismo contrato?

La misma Clementina, en su alegato y refiriéndose al contrato que consta en la escritura 729 dice que este contrato también fue simulado y que tuvo por causa exclusiva el poner el General Mendieta sus fincas que aparece vendiendo allí *a salvo de futuras contingencias que él temía*. — Pero en el testamento que le forjaron y con relación a este mismo contrato, aparece diciendo que el tal contrato *obedeció a una determinación espontánea suya, queriendo o deseando heredar y asegurar en vida a sus hijos, con la distribución por partes iguales de los citados inmuebles*.

Ambas afirmaciones son mentirosas y contradictorias entre sí; y como los mentirosos no sacan buen partido de sus embustes sino cuando tienen memoria exacta de éstos en todo momento para que el uno no se contradiga con el anterior o anteriores, al decir aquello que dice Clementina en su alegato no se acordaron ella y su director Sabogal, de que cuando juntos combinaron el testamento falso que le atribuyen al General Mendieta, consignaron en el texto y como dicha por el supuesto testador una falsedad contraria a la que en el alegato estaban expresando.

La demandante señora Margarita habla en su alegato de las preciosas *siete* haciendas y de su enorme valor de *medio millón de pesos*, sin pensar que nada de eso sería cierto cuando el General Mendieta no pudo pagar con los tan famosos productos de ellas los dos mil pesos que debía en el Banco Central, ni la deuda que existía en favor

de D. Pedro A. López; ni jamás le produjeron para atender bien a las necesidades de la familia y menos para el funcionamiento productivo de las mismas bellas haciendas. Además, cuando yo las compré no eran preciosas y necesité mucho tiempo, mucho dinero y mucho trabajo para ponerlas en el estado en que se encuentran de cierto tiempo a esta parte, estado al cual se debe la desesperación de Sabogal por hacerse a ellas, porque son una buena presa para él que gusta hacerse a lo ajeno sin trabajo ni costo alguno. — ¿Cómo se explica que no haya podido pagar el General las pequeñas sumas que debía, siendo así que según él, *las cosechas de café eran enormes (dos al año) y los grandes cañaduzales, los pastos de más de cincuenta potreros, el valor efectivo que pagan más de cien arrendatarios mensualmente, el arrendamiento de la montaña, etc. asciende a más de \$ 30000 al año?* ¿Cómo es posible esto, si según él, *solamente en café producen las fincas esa suma?* Y sin embargo no pudo pagar lupias que debía....!

También habla dicha señora demandante de que cuando yo fui a pagarle al Dr. Julio Z. Torres les manifesté a éste y al Dr. Portocarrero, que la escritura 1400 era una escritura simulada; pero esta afirmación es también falsa, primero porque no pude yo decir tal cosa, desde luego que no podía estar pagando sumas de dinero a cuenta o como precio de un contrato, no existiendo jurídicamente ese contrato, y segundo, porque el Dr. Portocarrero no dice haberme oído tal afirmación. Lo que dice Portocarrero es que el general Mendieta le hizo esa manifestación al Dr. Julio Z. Torres cuando éste le exigió que le hipotecara todas las fincas para garantizarle el dinero que le pedía; pero si tal cosa dijo el general Mendieta, lo diría para darle una excusa al Dr. Torres sin mostrarse completamente desprovisto de derechos a fin de no desanimarlo en darle el dinero que le pedía prestado, porque el contrato de la escritura 1400 es uno de los contratos más reales que se han celebrado y por razón del cual hice todos los gastos que he hecho, tanto a los vendedores como a terceros, a título de pago de precio.

Entre los recursos a que han apelado los demandantes está el de decir que Clementina se halla completamente en la miseria, cosa que no es cierta, pues dicha señora tiene en mi poder y a su orden una cantidad de cerca de siete mil pesos (\$ 7.000) por virtud de las pensiones que dejó de recibir su mamá y que hoy le pertenecen a ella, más lo que le corresponde por arrendamiento de los terrenos de Tierras Viejas y Butulú, arrendamientos que ascienden a más de dos mil pesos; tiene el valor de su condominio en los expresados terrenos de Tierras Viejas y Butulú que no es menos de cinco mil pesos, y cinco

mil pesos que le pagué por lo que le correspondía por razón de la compraventa que consta en la escritura 1400. De modo que la dicha Clementina es una persona acomodada pecuniariamente hablando, aunque la ambición de Sabogal no lo vea así y le parezca todo ello demasiado poco fruto de su delito de unirse a ella en matrimonio estando casado y habiendo abandonado a su esposa legítima y a sus hijos.

La señora Margarita Prieto, en su alegato, pregunta por qué en la escritura 1400 se redujo a \$ 80,00 la pensión de \$ 100,00 y se le suprimió maliciosamente la garantía del gravamen real con que se amparó por medio de las fincas que aparecen vendidas en el fingido contrato número 729, sin pensar que el contrato 1400 tuvo por materia las cinco sextas partes de cinco lotes, de manera que de los cien pesos de la pensión me tocarían a mí, como comprador, ochenta pesos y a los demás obligados compradores en el contrato 729 veinte pesos. Esos veinte pesos los he recibido de esos obligados, excepto de Clementina, y a la señora se le entregaron siempre mensualidades de cien pesos durante el tiempo que las recibió, y a razón de cien pesos mensuales desde ese tiempo hasta su muerte tengo en mi poder la suma correspondiente a la orden de su heredera que es Clementina. La garantía no se suprimió, porque siempre fué a título de precio que se estipuló esa pensión, tanto en la escritura 729 como en la 1400, y a ese título fué aceptada por la señora Margarita, se le entregó hasta cuando quiso y a ese título expidió los recibos correspondientes.

Pero la señora Margarita, cuando pregunta aquello, manifiesta que su pensión tuvo una garantía real en el contrato 729 sobre las fincas materia del contrato, es decir, la garantía de quedar resuelta la compraventa si no se le pagaban las pensiones, porque éstas se estipularon a título de precio de la compraventa; pero después dice *el fingido contrato 729*, sin darse cuenta que no puede reclamar nada estipulado en ese contrato y menos reconocer que eso que reclama tiene en él una garantía de tal especie, para decir luégo que el tal contrato es fingido o nulo por falta de precio efectivo.

La misma señora Margarita se manifiesta en su alegato muy admirada de lo que se estipula en la cláusula 4.<sup>a</sup> del contrato que consta en la escritura 1400 y que hubiera tenido el precio de \$ 40.000. Pero dicha señora no tuvo el cuidado de llevar al proceso la prueba de que en el momento de ese contrato los derechos que fueron materia de la compraventa que acredita valieran mucho más, sino la ingenuidad de decir que eso era muy poco para que fuera efectiva la compra que yo hacía de tan preciosas propiedades. Las cuatro mujeres, vendedoras y Belisario recibieron cinco mil pesos (\$ 5.000) cada uno por su derecho de NUDA PROPIEDAD; Belisario cinco mil pesos

(\$ 5.000) más por su derecho de USUFRUCTO; seis mil pesos (\$ 6.000) para el doctor Torres y cuatro mil pesos (\$ 4.000) que Belisario tenía en mejoras, las cuales le fueron pagadas con los cuatro mil pesos que a mí se me dejaron para tal efecto; mas como él me debía cuatro mil pesos, vino a efectuarse una compensación y así se completaron los \$ 40.000 de precio que yo pagué. Pero de que aquella compraventa se hubiera hecho por un precio menor del que pudieron tener las fincas al tiempo de la venta, no se sigue que el contrato sea simulado por falta de precio efectivo.

Por último. La señora Margarita dice en su alegato que sería una injusticia que se reconocieran mis derechos y que al suceder así quedarían implantados el bolcheviquismo y el socialismo de estado. Es curioso que el autor de ese alegato, el señor Sabogal, que es un presidiario suelto, haya hecho preocupar a la que aparece como autora de él de semejantes cuestiones y que se haya preocupado él mismo de ellas. Qué tiene que ver el bolcheviquismo o el socialismo ruso con este pleito en que la justicia tiene que decidir entre los derechos legítimos, que legítimamente adquirieron unos, los demandados, y la voracidad inmoral de otros que quieren que sean de ellos sin trabajo, los demandantes?

## II.

### CAUSALES DE CASACION.

PRIMERA. Acuso la sentencia recurrida por la causal 2.<sup>a</sup> del ordinal 2.<sup>o</sup> del art. 2.<sup>o</sup> de la ley 169 de 1896 que dice: «No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya porque se resuelva sobre puntos que no han sido objeto de la controversia o se deje de resolver sobre alguno de los que lo han sido, se condene a más de lo pedido o no se falle sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas si fuere el caso de hacerlo.» Los demandados propusimos, dentro del término legal, las excepciones perentorias siguientes: Falta de acción o derecho de la parte demandante para promover la acción: Prescripción como subsidiaria de la anterior y como nuevo título adquisitivo; y cualquier otra excepción que indique la falta de derecho de la parte demandante para promover la acción.

El sentenciador consideró la primera excepción y resolvió en sentido contrario a ella con manifiesta violación de la ley sustantiva; pero no

consideró ni se pronunció sobre la excepción de prescripción, razón por la cual es deficiente el fallo y consiguientemente casable por la segunda causal, según principio de jurisprudencia de esa Superioridad que dice: «Es deficiente y por tanto casable, un fallo pronunciado sin haberse tenido en cuenta una excepción de prescripción alegada por el demandado» (Casación 7 de abril de 1904, G. J., tomo XVI pág. 344).»

La sentencia recurrida dice lo siguiente: «El excepcionante Dr. Gómez no alega ningún hecho en que funde la excepción de prescripción alegada y el Tribunal tampoco lo halla en todo el proceso.»

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que no es deficiente el fallo y por consiguiente no es casable por la segunda causal cuando el sentenciador no se pronuncia en la parte dispositiva de la sentencia sobre cualquiera de las excepciones propuestas, pero siempre que la haya considerado en la parte motiva. En el caso presente el sentenciador no ha considerado la excepción de prescripción, porque lo que dice sobre ella no es considerarla sino precisamente omitir su consideración, al tiempo que en la parte dispositiva no dijo nada.

La excepción de prescripción basta presentarla o alegarla sin que sea necesario expresar hecho alguno en que se funde, porque su fundamento y ella misma son un hecho que se enuncia con su misma enunciación, hecho que consiste en un transcurso de tiempo. De manera que desde que se propone la excepción de prescripción se presenta el hecho en que se apoya, hecho que le corresponde al juzgador examinarlo para determinar si es legítimo o si la prescripción es legítima o se ha realizado, porque esa determinación es de derecho y le corresponde hacerla privativamente al Juez.

Existiendo en los autos el título del demandado que se acusa de nulo o inválido por el demandante, le basta a aquél decir que opone la excepción de prescripción, para que el juzgador tenga que examinar si el tiempo que constituye la prescripción ha transcurrido o no, es decir, si la prescripción es o no es legítima, para aceptarla o negarla. Pero decir en semejante caso, como lo hace el Tribunal en el presente, que no halla *el hecho* en que funde el excepcionante la prescripción alegada es no considerar la excepción o fallar deficientemente, siendo el fallo, en tal caso, atacable por la causal 2ª de casación.

Esta deficiencia del fallo ocurre, respecto del suscrito demandado, a cuya prescripción alude el Tribunal en términos que solamente sirven para confirmar la tesis que sostengo, de que dejó de considerarla. Respecto de los demás demandados la deficiencia es más manifiesta, porque todos propusieron la excepción de prescripción y la sentencia ni siquiera hace la menor alusión de ese hecho.

No creo que no prospere esta acusación que hago contra la sentencia por la segunda causal, pero si la Corte estimare lo contrario porque a su juicio entraña, lo que dice la sentencia, consideración y resolución sobre la excepción de prescripción, entonces y con fundamento en el texto, existe un error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas que en autos acreditan la excepción alegada, que dan la noción del tiempo transcurrido y que constituye la excepción o prescripción alegada, es decir, las escrituras 729 y 1400, contentivas de los contratos cuya nulidad se demandó.

Si el Tribunal, con relación a la excepción de prescripción alegada, hubiera considerado o apreciado tales documentos o pruebas, habría visto que la prescripción se había consumado por el transcurso del tiempo y de conformidad con los artículos 2518 y 2529 del C. Civil; pero no lo hizo e incurrió, si no en deficiencia al fallar, seguramente que sí en error de hecho evidente, por mala o ninguna apreciación de la prueba constituida por aquellas escrituras, error por causa del cual la sentencia violó, por falta de aplicación, los precitados artículos 2518 y 2529 del C. Civil.

En consecuencia, y subsidiariamente a la acusación por deficiencia que hago por la causal segunda, acuso la sentencia por violación de ley sustantiva a causa de error de hecho evidente por mala apreciación de la prueba indicada, es decir, por la causal primera.

SEGUNDA. Acuso la sentencia por la causal primera del artículo 2.º de la ley 169 de 1896, porque reconoció la personería sustantiva de la demandante, para pedir como pidió, unas veces en su propio nombre y otras en representación de la sociedad conyugal, la nulidad de los contratos materia de la demanda.

Los demandados, y el suscrito principalmente entre ellos, propusimos oportunamente la excepción de *falta de acción de la parte demandante*, excepción que falló el Tribunal desfavorablemente, o sea aceptando la personería sustantiva de la parte demandante, con lo cual violó las disposiciones contenidas en los artículos 1805, 1806 y 1808 del código Civil, por las razones que paso a expresar a continuación.

La demandante señora Margarita Prieto de Mendieta, hablando en su propio nombre, segun dice al encabezar la parte petitoria de la demanda, pide que se declaren nulos de nulidad absoluta, varios contratos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por su esposo, General Fidel Mendieta, como jefe de la sociedad conyugal, y por los sucesores de éste a virtud de esos contratos con terceros; que como consecuencia de esa declaración de nulidad, se declare que los bienes

materia de dichos contratos pertenecen a la sociedad conyugal que la demandante formó con el General Fidel Mendieta, sociedad inexistente o disuelta desde la muerte de éste, y que se ordene al tercer comprador, consecuencialmente, que restituya a la demandante, como representante de la sociedad conyugal ilíquida, los bienes materia de la acción de nulidad.

Vale hacer presente la contradicción de los términos de la demanda en cuanto a la calidad con que se presenta la señora Prieto de Mendieta a demandar, pues primero dice que promueve la demanda *en su propio nombre* y después manifiesta que las declaraciones que pide y la entrega que reclama deben hacerse *a favor de la sociedad ilíquida representada por la demandante misma*. De esta doble manera de presentarse a un mismo tiempo la demandante resulta que no puede determinarse fijamente lo que el Sentenciador llama la personería sustantiva del demandante, pues no puede saberse en definitiva si la acción se ha ejercitado a nombre propio, como lo dice al principio la demanda, o en representación de la sociedad conyugal ilíquida, como lo dice después. Y téngase en cuenta que los efectos jurídicos de una y otra calidad son perfectamente diversos, porque si la demandante obra a nombre propio, reclama para sí y la sentencia no puede reconocerle un derecho que no le corresponde a ella exclusivamente; y si obra como representante de la sociedad conyugal, pide para un tercero, (la entidad representada) y la sentencia no podía reconocerle los derechos demandados por falta de representación legítima, pues el cónyuge sobreviviente carece de derecho para promover una acción como la intentada por la señora Prieto de Mendieta.

Por el hecho del matrimonio se forma entre los cónyuges una sociedad de bienes que se gobierna por reglas especiales, y de conformidad con esas reglas el marido es el único representante de tal sociedad y el único administrador de los bienes que componen su haber, con facultades dispositivas irrestrictas y considerándose ante terceros como dueño exclusivo de los bienes de ese haber. La mujer no tiene ninguna ingerencia en la administración de la sociedad conyugal, salvo en circunstancias extraordinarias y de manera subsidiaria; tampoco tiene derecho alguno sobre los bienes sociales mientras dura la sociedad. Disuelta la sociedad conyugal por cualquier causa, deberá ponerse inmediatamente en liquidación para adjudicar a cada cónyuge o a sus herederos lo que les corresponda por gananciales, o sea, la mitad de los bienes adquiridos durante la sociedad y existentes en el momento de la disolución. Cuando la sociedad se disuelve por muerte del marido, las facultades administrativas que tuvo éste *no se transmiten* a su mujer ni a sus herederos, quienes no pueden ejercerlas, porque esas facultades *son per-*

*sonales del marido* en su calidad de tal. Desaparecida la entidad jurídica denominada "Sociedad conyugal", desaparece al mismo tiempo la representación de ella y solamente queda una masa de bienes indivisa que carece de representante legal. En esta masa de bienes tienen derechos indeterminados de cuota el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge muerto, pero no puede decirse que aquel ni estos tienen la representación de dicha masa, porque la ley no lo autoriza, y si cualquiera de ellos asume la representación, lo hace sin derecho para ello, sin personería sustantiva para hacerlo.

Estos principios los he encontrado luminosamente expuestos en un estudio reciente del famoso profesor francés, Mr. Henry Capitant, autor en colaboración con Mr. Colin de la conocida y ponderada obra sobre derecho civil francés, estudio que se halla publicado en el número correspondiente a los meses de enero y febrero del año de 1929 de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. — Dice así el célebre profesor: «.....Por lo demás es necesario anotar, para evitar toda confusión, que la indivisión que se establece entre el padre o la madre sobreviviente y sus hijos no es, por ningún título, una comunidad continuada. Es una simple indivisión, no es una comunidad y como toda indivisión se encuentra estancada, en el sentido de que no progresa, no es susceptible de acrecerse con nuevos aportes, en tanto que si fuese una comunidad continuada se enriquecería con todas las adquisiciones nuevas que hiciera el autor sobreviviente.»

« En la indivisión, todo acto referente a la administración o enajenación de una de las cosas indivisas exige el asentimiento de todos los copartícipes. Los derechos coexistentes de los copartícipes se paralizan, si éstos no se ponen de acuerdo. En la comunidad la ley le confiere al marido poderes casi absolutos; le permite hipotecar, vender, comprometer los bienes, sin tener que consultar a su mujer. En cambio la mujer, excluida de la administración, goza de ciertos favores, tales como el pedir separación de bienes, renunciar a los gananciales..... »

« Además, desde el día en que la comunidad se disuelve se forma entre los esposos o sus representantes, un estado de indivisión análogo al que se origina entre coherederos, muy diferente, por consiguiente, del estado anterior y que se va a prolongar hasta la partición.... »

» Supongamos que queden hijos nacidos del matrimonio. Como lo hemos dicho, la indivisión que se establece entre los hijos y su autor sobreviviente, dura, de ordinario, bastante tiempo, pues es raro que se proceda inmediatamente a la partición y liquidación de la comunidad. De hecho el cónyuge sobreviviente es quien administra la masa de los bienes comunes, los propios del difunto y los del sobreviviente. Para

saber cuáles son los poderes de aquél importa distinguir si los hijos son mayores o menores de edad..... »

« Cuando los hijos son mayores y se abstienen de pedir la partición de la comunidad, se establece entre ellos y el cónyuge sobreviviente una convención tácita de indivisión que no vale sino por el tiempo que dure este acuerdo. Por tanto, cada uno puede ponerle fin cuando quiera y pedir la partición, a menos que haya intervenido una convención expresa por un término que no pase de cinco años. El cónyuge sobreviviente es entonces mandatario de sus hijos y hay lugar a aplicar el artículo 1988 del C. C., porque se trata en este caso de un mandato de administración. El sobreviviente no puede ejecutar ningún acto que exceda el concepto de administración propiamente dicha, sin la autorización expresa de sus hijos. »

Tenemos pues, que el cónyuge sobreviviente o cualquiera de los herederos mayores del cónyuge premuerto, solamente tienen sobre los bienes de la masa indivisa, facultades administrativas propiamente dichas, como dice Mr. Capitant, o sea, las facultades a que se refieren los artículos 2158 y 2159 del C. Civil Colombiano. Estas facultades excluyen los actos dispositivos, para los cuales es necesario un poder especial, y como el hecho de presentarse en juicio como demandante o demandado, que implica el cuasicontrato de LITIS-CONTESTATIO, es un acto de disposición, la parte demandante en este pleito, por tratarse de bienes que interesan a la heredera del cónyuge premuerto, debió presentarse con un poder de esa heredera, es decir, de Clementina Mendieta.

Sobre el supuesto de la validez del testamento falso que se le forjó al General Mendieta, la hija legítima de éste es la heredera universal del difunto, es decir, su hija Clementina, que era mayor de edad el día del fallecimiento de su padre o al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. De manera que en el hecho de esa disolución por la muerte del marido y padre, se formó entre el cónyuge sobreviviente, demandante de este pleito, y la heredera o hija demandada una indivisión de los bienes pertenecientes a la sociedad en la fecha de su disolución.

De acuerdo con los principios jurídicos anteriormente expuestos y suponiendo que entre las dos copartícipes de aquella masa de bienes o indivisión, la señora Margarita Prieto y su hija Clementina Mendieta, hubiera habido un mandato tácito para que la primera administrara los bienes de la sociedad ilíquida Mendieta-Prieto, tal mandato no le conferiría personería legal suficiente para promover las acciones de nulidad y reivindicación contenidas en la demanda, por que el ejercicio de estas acciones implica un verdadero acto de disposición que no queda

comprendido entre las facultades del madato tácito, como lo vimos ya. Para que la demandante o cónyuge sobreviviente señora Margarita Prieto, tuviera el derecho de promover las acciones que intentó por la demanda que presentó, sería necesario que se hallara en cualquiera de las siguientes dos condiciones jurídicas: de mandataria especial de la heredera universal del cónyuge premuerto, para promover las acciones materia de la demanda, o de adjudicataria, con la hijuela correspondiente, de los bienes objeto de las acciones intentadas.— Pero sucede que no se presentó en la calidad primera, ni podía presentarse porque no le fué conferido aquel mandato, ni le podía ser conferido, de conformidad con el precepto del artículo 325 del C. Judicial; ni se presentó en la segunda calidad en la cual tampoco podía presentarse, porque no se ha efectuado el juicio de sucesión en que se expidiera esa hijuela. — Por consiguiente, la demandante ha carecido del derecho o de personería sustantiva para pedir las declaraciones que solicitó en la parte petitoria de la demanda, y la sentencia, al reconocerle esa personería violó los artículos 2142 y 2149 del C. C. y 322 y 525 del C. Judicial, disposiciones estas dos que son de naturaleza sustantiva, a pesar de hallarse en el Código de Procedimiento. —

Por otra parte, la reivindicación o acción de dominio, la tiene solamente el que es dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea obligado a restituírsela. La demandante ejerció esta acción, pero ella no es dueña de las cosas cuya restitución reclama o no dió la prueba de serlo, ni podía darla, porque no se ha liquidado la sociedad conyugal a que pertenecieron mediante el juicio de sucesión del cónyuge muerto, de manera que el derecho de la demandante constara en la hijuela respectiva de adjudicación. De modo que estamos en presencia de un fallo que resolvió favorablemente una acción reivindicatoria intentada por quien no ha sido ni es dueño de la cosa reivindicada, es decir, un fallo que le reconoció a la demandante la personería sustantiva para ejercitar dicha acción sin ser dueño de las cosas singulares materia de esa acción, con la cual violó los artículos 946 y 950 del C. Civil.

La sentencia es casable por este motivo, porque la demandante a lo sumo podrá tener acciones o derechos indivisos sobre los bienes materia de la demanda, pues la sucesión del causante general Mendieta no se ha liquidado y los bienes del patrimonio de éste se hallarían en estado de <sup>inclusion</sup> ~~comunidad~~, sin que ninguno de los supuestos herederos tenga sobre ellos cuota alguna determinada. Como la demandante no reivindica ningún cuerpo cierto al cual tiene derecho declarado a su favor, ni cuota alguna reconocida especialmente, no puede ejercer la acción reivindicatoria, pues carece de personería para ello.— Así lo

tiene reconocido la jurisprudencia de la Corte, preferida en varias ocasiones y especialmente en la sentencia de casación del 4 de agosto de 1916, en la cual dijo: «*El dueño de acciones y derechos indivisos en un predio, cuya cuota no está determinada, no puede ejercer acción reivindicatoria de todo el inmueble ni de parte determinada de él*». — Pero la sentencia recurrida reconoció el derecho de la demandante de ejercitar la acción reivindicatoria de cosas sobre las cuales no puede tener, en caso de ser nulos los contratos, sino derechos o cuotas indivisas, luego la sentencia es casable por violación de los artículos 946 y 950 del C. Civil.

Pero ni siquiera en el caso de que la demandante fuera dueña de las fincas cuya reivindicación ejercita, hubiera podido hacerlo legalmente, es decir, ni en el caso de que se declararan las nulidades pedidas y se le adjudicaran a ellas tales fincas en la liquidación de la sociedad conyugal, porque esas fincas las vendió el cónyuge premuerto a sus hijos y éstos la mayor parte me las vendieron a mí después, y la Corte tiene resuelto, como aparece de la sentencia de casación de 9 de agosto de 1909, lo siguiente: «*Declarada la nulidad de una venta por simulación, la restitución de la cosa vendida se hace imposible si el fingido comprador la ha vendido a terceros. En tal caso el demandante tiene derecho a que el comprador contra quien se pronuncia la nulidad, le pague el precio que recibió de los terceros, con los respectivos intereses.*» — El fallo es violatorio, por este aspecto, del artículo 955 del C. Civil.

—

TERCERA. Acuso la sentencia por la causal del numeral primero del art. 2.º de la ley 169 de 1896, en cuanto el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y en error de hecho evidente en la estimación de otras. A continuación paso a referirme a dichas pruebas, señalando en cada caso la disposición legal sustantiva violada por efecto de tal apreciación o estimación.

La demanda intentada, que es de nulidad por simulación de los contratos que constan en las escrituras números 729, 363 y 1400, se funda en la afirmación que hace la parte demandante de que no hubo precio y por consiguiente pago de éste.

El contrato que consta en la escritura 729 fue otorgado el 26 de octubre de 1906 y en su texto se estipuló como precio de la nuda propiedad que fué materia de la compraventa, la suma de *sesenta mil pesos* (\$ 60.000), la obligación para los compradores de cancelar las dos hipotecas que afectaban las fincas, a favor del Banco Central la una y de D. Pedro A. López la otra, más la obligación a cargo de

los compradores de pagar a la señora Margarita Prieto, una pensión vitalicia de cien pesos (\$ 100) mensuales por todo el tiempo que dicha señora sobreviviera al vendedor General Mendieta.

Respecto de los sesenta mil pesos estipulados en dinero como parte del precio, consta la declaración expresa del vendedor de *haberlos recibido de manos de los compradores*; respecto de las hipotecas, consta que fueron canceladas por los compradores, pues yo mismo pagué al Banco Central lo último que había que pagarle o que exigía que le fuera pagado para hacer la cancelación de la hipoteca a su favor, como aparece del recibo que dicha entidad comercial me expidió y que dice: « Número 289. — Bogotá 29, de diciembre de 1911. » — Recibimos del Dr. Januario Gómez Barriga la cantidad de cuatro mil veintiocho pesos pp/mda. por valor de los gastos causados en el juicio ejecutivo que hubimos de seguir contra el General Fidel Mendieta, según liquidación formulada por el Dr. Montaña el 5 del presente mes y sin que en esta suma quedaran incluidos los honorarios de dicho Dr. — \$ 4.028 pp/mda. — Banco Central. — El Secretario, Esteban Jaramillo, » y este dinero me fué reembolsado por el doctor Belisario Mendieta en su propio nombre y en el de sus hermanas también compradoras, y respecto de la pensión vitalicia estipulada a favor de la señora Margarita Prieto, tan pronto como falleció su marido y vendedor, se le pagó por todo el tiempo que la quiso recibir, pago que me tocó efectuar a mí como sucesor de aquellos compradores, conservando como conservo y a la orden de sus herederos, la cantidad a que ascienden las pensiones por todo el tiempo que vivió desde el día en que no quiso recibir mas dicha pensión. El pago de esta pensión consta por confesión misma hecha por la demandante en la demanda.

La declaración del vendedor, de haber recibido los sesenta mil pesos de mano de los compradores, la cancelación de las hipotecas constituídas a favor del Banco Central y de D. Pedro A. López y la confesión de la demandante de haber recibido la pensión durante 10 meses consecutivos, constituyen prueba de que hubo precio real en la compraventa de que trata el contrato de la escritura 729 y de que ese precio se ha pagado o que ha habido pago de él, pues no trajo la parte demandante prueba alguna en contrario de aquellos hechos y menos que su ejecución por los compradores y sucesores hubiera tenido lugar a título jurídico distinto del de pago del precio estipulado en aquel contrato. De manera que la sentencia, al declarar la simulación de la referida escritura 729 por falta de precio, no tuvo en consideración las indicadas pruebas, o pasó por sobre ellas, es decir, incurrió en error evidente en su apreciación, porque dejó de apreciarlas,

y a causa de ese error violó los artículos 1759, 1933, 1934 y 1769 del C. Civil y 556 del C. Judicial.

Desde la fecha de la celebración de ese contrato de la escritura 729 que fue en el año de 1906, hasta el tiempo en que el vendedor General Fidel Mendieta principió a sufrir la enfermedad mental que lo condujo a hablar contra la validez de tal contrato por las sugerencias de Sabogal, que fue en 1920, mediaron 14 años durante los cuales el General Mendieta conservó su identidad y jamás dijo nada en contrario de la legalidad o realidad de tal contrato que estimó verdadero. La parte demandante no ha dado la prueba contraria de esto, ni siquiera se ha atrevido a insinuar que alguna vez el General Mendieta le exigiera a sus hijos la devolución de la escritura por haber sido ficticia, cosa ésta que le habría bastado al General para que ellos lo hicieran, por el respeto que siempre le tuvieron y la obediencia que siempre le tributaron; pero nunca se le ocurrió a él, porque su conciencia, que entonces la tenía, no se lo permitió. La parte demandante no ha traído una prueba de la simulación de este contrato, emanada del General Mendieta en el tiempo de la celebración del contrato mismo, ni en el tiempo posterior en que conservó intacta su razón, y todo lo que ha presentado es del período de su progresiva enajenación o demencia senil, lo cual prueba en el sentido de la falsedad de los fundamentos en que se apoyan los demandantes en este pleito.

El sentenciador, para fallar de conformidad con lo resuelto por la sentencia recurrida, incurrió en error de derecho en la apreciación de los siguientes elementos que acogió como pruebas:

a) Las declaraciones contenidas en el testamento que se atribuye al General Mendieta, especialmente la relativa al contrato que consta en la escritura 729: «... fue simplemente un contrato simulado o ficticio, una convención entre familia, entre el padre y los hijos, no habiendo recibido suma alguna de ellos como precio de la venta... Tal contrato obedeció a una determinación espontánea de su parte, queriendo o deseando heredar en vida a sus hijos, distribuyéndoles por partes iguales los mencionados inmuebles y con el preciso y deliberado fin de que las fincas no salieran de poder de la familia.»

Esta declaración no es una confesión propiamente o lo que se llama en derecho una confesión, de manera que el sentenciador al haberla estimado y valorado como tal, incurrió en error de derecho y por causa de este error en violación de los artículos 1729 del C. Civil y 556 del C. Judicial.

No es una confesión porque no es la declaración de un hecho perjudicial al declarante hecha con la intención de dar la prueba jurí-

dica de tal hecho, sino que como la aprecia la sentencia constituye la manifestación de un hecho favorable al manifestante; porque no fué hecha ante Juez ni en acto judicial de ninguna especie, y porque al ser cierta tal manifestación del supuesto testador ella constituye una confirmación testamentaria del contrato que consta en la escritura 729, desde luego que expone el hecho de la compraventa que acredita esta escritura y revela la causa, o sea, «el deseo de heredar a sus hijos en vida, distribuyéndoles por partes iguales los mencionados bienes,» motivo que constituye suficiente causa del contrato o suficiente prueba en contrario de su nulidad por simulación o falta de causa.

Si tal declaración constituyera una confesión, siempre queda la sentencia incurso en error de derecho en su apreciación, porque la sentencia la dividió, siendo indivisible, de donde se le atribuyó un sentido contrario al que le corresponde interpretándola como confesión indivisible, es decir, conjuntamente con su segundo elemento, el cual sirve para acreditar su significación de una confirmación testamentaria del contrato que consta en la escritura 729, como queda dicho. Con esta división de la supuesta confesión, el sentenciador cometió error de derecho en su apreciación, error por el cual violó los mismos artículos precitados y el 567 del C. Judicial, inciso 3°.

Esta supuesta confesión fué fundamento importante del fallo recurrido porque el Tribunal dice que ella, por venir del autor de la demandante, releva a ésta de la prueba de la simulación por lo que toca a la parte vendedora en el contrato 729 cuya nulidad fué demandada, y fué fundamento en el sentido de una confesión que resulta favorable al confesante, porque así tuvo que ser en la mente del Juez, desde luego que reconoce un vínculo o una unidad entre el vendedor y la demandante para efecto de que lo dicho por aquél aproveche a ésta, y nada menos que respecto de actos de aquel mismo, cual es, el vendedor General Mendieta, cónyuge de la demandante.

b) La declaración, de la demandada Clementina Mendieta en las posiciones que la parte demandante solicitó de todos los demandados porque esa declaración aunque haya sido hecha por Clementina como absolución de posiciones, no constituye una confesión, desde luego que todo lo que dijo para responder al interrogatorio afirmativamente, no revela o no contiene la expresión de ningún hecho perjudicial a ella, sino conveniente o en pró de su propio patrimonio, porque siendo como es la única hija legítima del General Mendieta y habiendo sido instituída como la heredera universal de éste en el forjado testamento, la manifestación de ser cierto que la escritura 729 contiene un contrato ficticio o simulado por falta de estipulación real de precio, al ser de prueba de dicha nulidad, mantiene en el patrimonio de

ella el mismo derecho que le correspondió por aquel contrato y hace que pasen a ser de su dominio exclusivo los derechos que le correspondieron a los demás compradores. La circunstancia de ser demandada y declarar en tales posiciones conformemente con lo demandado no es criterio para calificar la naturaleza jurídica de su declaración como de confesión, porque no siempre el demandado en un pleito tiene provecho o deriva enriquecimiento de la absolución, sino que hay casos, como el presente, en que el perjuicio para el propio patrimonio o el menor provecho para éste se halla en no ser condenado. Por consecuencia de haber estimado o apreciado como una confesión esa declaración de Clementina, es decir, por efecto del error de derecho de considerar y valorar como prueba de confesión una declaración que no lo es, el sentenciador violó los artículos 1769 del C. Civil y 556 del C. Judicial.

c) De los testimonios de los testigos que se dicen presenciales del acto del otorgamiento del supuesto testamento, en cuanto el juzgador los consideró y valoró como prueba de una confesión extrajudicial de parte de algunas de las demandadas, pues tales testimonios no versan uniformemente sobre ningún acto o hecho, menos todavía sobre un acto de naturaleza capaz de constituir una confesión extrajudicial, pues tales testimonios solamente tienen por materia conceptos o juicios propios de los testigos.

Uno de aquellos testigos dice que Emelina, Evangelina y Clementina hicieron *meneos de cabeza*, para deducir dicho testigo que asistieron a lo que se leía como disposición testamentaria sobre la nulidad del contrato 729; pero además que ese declarante ni los demás que se hicieron testigos presenciales emitieron declaraciones capaces de ser prueba del hecho que llaman « meneos de cabeza, » este acto de menear la cabeza no es acto constitutivo de una confesión extrajudicial, ni puede serlo, porque no hay confesiones mudas o implícitas, sino explícitas y los actos capaces de constituir las tienen que ser expresos, jurídicamente hablando.

Por efecto de este error en la apreciación de los expresados testimonios como prueba de la materia propia de una confesión extrajudicial y del error de haber estimado y valorado como acto constitutivo de una tal confesión el hecho equívoco de menear la cabeza, la sentencia es violatoria de los artículos 607 y 561 del C. Judic. que son disposiciones sustantivas.

Para demostrar que aquellos testimonios están en desacuerdo y que por lo mismo no comprueban nada, basta examinarlos aunque sea ligeramente. — El testigo Manuel Manrique, folio 84 vto. Cuaderno 5, refiriéndose a lo que la sentencia llama confesión extrajudicial de las

señoritas Mendieta, es decir, al acto de los movimientos de cabeza, dice que ellas « manifestaron en presencia de todos los circunstantes que era verdad lo que decía su padre, manifestación que hicieron por venias afirmativas de cabeza, por no interrumpir el acto. » — Y el testigo Roberto Manrique, folio 38 cuaderno 5, dice que el testamento de D. Fidel fue leído varias veces para que lo oyeran las señoritas Mendieta, quienes no hicieron ninguna manifestación, a pesar de que fue leído varias veces.

De manera que respecto de los tales movimientos de cabeza no existe acuerdo en los dos únicos testigos que declaran con objeto al momento en que se estaba otorgando el testamento, pues el uno dice que aquellas señoritas hicieron manifestaciones aprobatorias de lo que decía su padre por medio de venias afirmativas de cabeza, y el otro dice que no hicieron manifestación alguna, a pesar de haberle sido leído varias veces el testamento, ni que hicieran movimientos de cabeza. Ambos testigos se hallaban presentes en el mismo momento y cuando sucedían las mismas cosas, de manera que presenciaron los mismos hechos; pero el uno da testimonio de unos y el otro de otros distintos, inconciliables entre sí, lo que significa en derecho que juntos no prueban nada, pero el Tribunal los apreció como plena prueba de los « movimientos de cabeza » y luego estimó esos movimientos como una confesión extrajudicial.

Manuel Manrique dice que las señoritas Emelina y Evangelina Mendieta le comunicaron a él personalmente, después de otorgado el testamento, lo mismo que manifestaron en el otorgamiento del acto por medio de las venias afirmativas de cabeza, venias que interpretó el testigo como expresivas de la frase « es verdad lo que dice mi padre; » pero no da testimonio acerca de las palabras proferidas por dichas señoritas para comunicarle a él eso que llama *lo mismo* que habían manifestado por medio de las venias afirmativas de cabeza.

Roberto Manrique dice que las señoritas Mendieta « únicamente dijeron que estaban contentas del testamento que hacía su padre, a ver si en esta forma volvían sus bienes a su poder, » lo cual no concuerda con lo que dice el testigo otro sobre lo que dijeron dichas señoritas, y ninguno de los dos testigos alude a las circunstancias en que las señoritas dijeran eso, ni la manera como pronunciaron sus palabras, lo que quiere decir que tales testimonios son ineficaces para probar nada.

Manuel Manrique, folio 84 vto. Cuaderno 5, dice que las señoritas Mendieta manifestaron que « estaban disgustadas con el Dr. Januario Gómez porque éste no les había devuelto la escritura de confianza que le habían hecho respecto de unos terrenos que habían sido del General Fidel Mendieta y que éste a su turno les había transmitido en

escritura de confianza; » y Roberto Manrique afirma que las dichas señoritas « manifestaron su desagrado por la conducta del Dr. Gómez quien se quería apoderar de sus bienes, por razón de una escritura de confianza, bienes que son los mismos relacionados en la pregunta. » Sobre el supuesto de que las señaritas Mendieta hubieran dicho algo, cosa que no es cierta, no se ha probado lo que dijeron, porque los dos testimonios relacionados están en completo desacuerdo y se hallan fuera de las prescripciones que establece el artículo 609 del C. Judicial para que los testimonios sobre palabras tengan valor.

Además son incompatibles las dos cosas, porque lo dicho por las señoritas, según el testigo Manuel Manrique, se refiere a la escritura 729, que no puede ser prueba contra un tercero que adquirió de ellas, y lo dicho por las mismas, según el testigo Roberto Manrique, se refiere a la escritura número 1400 o contrato por el cual ellas me vendieron las propiedades que habían adquirido. Según el primer testigo dicen que la escritura por la cual compraron a su padre es simulada, y según el segundo de los testigos expresados, aquella compraventa no fué simulada, sino que esos bienes eran de ellas, luego la compraventa fué verdadera y que lo simulado es la venta que consta en la escritura 1400. Pero esas manifestaciones no pueden ser prueba contra terceros adquirentes, caso de que fueran ciertas y de que se pudieran dar por probadas con los testimonios que se examinan, porque las referidas señoritas son parte contratante tanto en el contrato de la escritura 729 como en el de la escritura 1400.

El testimonio de Eva Albornoz está en desacuerdo con éstos de los Manriques en lo que se refiere a manifestaciones de las señoritas Mendieta sobre disgustos de ellas a causa de temores de que no les devolviera las fincas, pues la Albornoz dice que esas manifestaciones se las hicieron « en presencia de Silvia mi hermana y muchas veces cuando estábamos solas, unas veces en la calle y otras en la casa, » es decir, en lugar y tiempo diferentes, y como la declaración de la Albornoz no está de acuerdo con ninguna otra y es de palabras y no reúne las condiciones de un testimonio de esta especie, no puede ser prueba de nada.

Los testigos, pues, no concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, ni versan sobre el hecho del no pago por efecto de inexistencia de precio real, de manera que el sentenciador incurrió, al apreciarlas, en error de derecho y por efecto de ese error incurrió en la violación de las disposiciones legales sustantivas citadas arriba.

El testimonio de Cornelio Vélez, abogado del general Mendieta, tiene además el característico de referirse a una póliza presentada por él, no al supuesto testamento o a lo que se fraguó como tal, y no hay

prueba de que esa póliza sea la que sirviera para la obra del testamento.

Con todos estos elementos el Tribunal formó una prueba adicional de indicios, en la cual se fundó para considerar nulo el contrato de la escritura 729, pues dice: «..... es claro como la luz meridiana que el hecho de que las señoritas Mendieta no protestaran, sino que, antes bien, asintieran a las manifestaciones que se les atribuyen, está diciendo, con la fuerza de un indicio casi necesario, que D. Fidel no decía mentira en sus aseveraciones testamentarias,» y que por consiguiente aquel contrato había sido simulado y no había habido precio real.

Pero esos elementos no están probados adecuadamente, porque las pruebas con las cuales se ha querido hacer esa prueba no prueban, y de ahí las acusaciones por error de derecho en su apreciación que he venido presentando. Y como el hecho indicador de la prueba indiciaria o el hecho primario en que se funda una presunción o un indicio, deben estar plenamente comprobados y comprobados por pruebas diferentes de la misma prueba indiciaria, el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar como prueba de indicio una que no lo es y que no puede serlo, por falta de prueba del hecho fundamental o indicador. Por consecuencia de esa errónea apreciación, la sentencia es violatoria del artículo 587 del C. Judicial, que es sustantiva.

Todos los indicios a que apeló el Tribunal como recurso para fundar su fallo, adolecen del vicio del anterior, lo que quiere decir que incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba en que se fundó llamándola de indicios, porque todos esos indicios carecen de la naturaleza jurídica y filosófica de tales, desde luego que los hechos de donde parten carecen de prueba o no están probados, es decir, no son hechos conocidos y ciertos. De manera que la sentencia es casable por violación del artículo 587 del C. Judicial producida por error de derecho en la apreciación de la llamada prueba indiciaria en que se fundó el fallo recurrido.

Con respecto a la escritura en que consta el contrato por el cual me vendieron los hijos del general Mendieta parte de la fincas mismas que ellos habían adquirido de su padre, escritura número 1400, que declara nula la sentencia por simulación, digo a esa Superioridad que acuso al fallo por violación de ley sustantiva en cuanto hace esa declaración de nulidad, porque yo soy un tercero y como tal estoy amparado en los términos de los artículos 1547, 1548, 1933 y 1934 del C. Civil, disposiciones éstas que violan la sentencia, así como la del artículo 15 de la ley 95 de 1890.

La escritura número 729 dice que los compradores pagaron parte del precio y acredita que el resto de ese precio se estipuló en obliga-

ciones que aparecen cumplidas por los compradores o por mí como sucesor de ellos a título singular, de manera que la nulidad del contrato 729 no puede afectar mi título que es la escritura 1400; ni la parte demandante en este pleito es parte contratante en ese contrato de la escritura 1400, de manera que no puede pedir ni declararse a favor de ella la nulidad o resolución de tal contrato por simulación, pues ni siquiera era heredera de ninguno de los que fueron partes en tal contrato.

Yo, como parte contratante compradora en el contrato que consta en la escritura 1400, no tengo nada que sufrir o no debo sufrir nada en mi derecho con causa en la mayor o menor sinceridad de las cláusulas esenciales del contrato por el cual mis antecesores o vendedores adquirieron lo que me vendieron, si en ese contrato por el cual ellos adquirieron consta expresamente, como consta en el número 729, que se pagó el precio o lo recibió el vendedor en la porción estipulada de dinero. De manera que el tribunal violó aquellas disposiciones al declarar la nulidad del contrato que consta en la escritura 1400, a petición de personas que no pueden ser admitidas a probar contra dicho contrato o que son terceros respecto de mí en los derechos que adquiriré por ese contrato.

Sobre este particular tiene establecido lo siguiente la doctrina de la Corte, que se conforma enteramente con lo que acabo de exponer: «Si en la escritura de venta se expresa haberse recibido el precio, aunque después se demuestre que ese precio no había existido, y que por lo mismo no había podido pagarse, la nulidad declarada en virtud de esa simulación, que es causa oculta que no aparece en el contrato no puede perjudicar a terceros.» G. J. Tomo XVI, pág. 314, 2.<sup>a</sup> Y en varias sentencias de casación ha sentado y fallado de conformidad con el siguiente principio: «La expresión de haberse recibido el precio, en el caso del artículo 1934 del C. Civil, no admite prueba en contrario respecto de terceros, pero sí la admite respecto de los otorgantes,» lo que significa que la nulidad o simulación del contrato 729 no produce efectos contra mí, comprador por la escritura número 1400, y que solamente los que fueron contratantes en este contrato 1400 o los herederos de ellos pueden probar contra mí respecto de la realidad de ese contrato, pero no la demandante, es decir, la señora Margarita Prieto de Mendieta.

Con respecto a este mismo contrato que consta en la escritura número 1400, que la sentencia declaró también nulo, acuso el fallo por error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y por error de hecho evidente en la apreciación de otras, así:

a) Por error de derecho en la apreciación de la declaración

del Dr. Alberto Portocarrero, a la cual le atribuye la sentencia valor probatorio de grave presunción, siendo así que no debe hacer fe de nada en vista de lo dispuesto en los artículos 608 y primera parte del 610 del C. Judicial, disposiciones éstas que resultan violadas a consecuencia de esa errónea apreciación. Estas disposiciones del C. Judicial son sustantivas porque establecen y valoran pruebas legales.

b) Por error de hecho evidente en la apreciación de la escritura 363 de 27 de septiembre de 1909 y demás documentos auténticos que obran en autos, documentos que hacen fe irrevocable sobre el hecho de su fecha, fe que se opone o que no puede ser infirmada por ninguna otra prueba y menos por la prueba testimonial. El Tribunal, al darle valor de grave presunción al testimonio del Dr. Portocarrero, incurrió en el error de hecho evidente de no tomar en consideración la citada escritura y aquellos documentos, que acreditan verdades a las cuales se opone el expresado testimonio, y por consecuencia de ese error violó el artículo 1759 del C. Civil. — Y al mismo tiempo y por cuanto le atribuyó un valor probatorio a tal testimonio contra la fecha de aquellos documentos, incurrió la sentencia en error de derecho en la apreciación de esas pruebas, error por el cual violó la misma disposición 1759 precitada.

El Dr. Portocarrero dice en su declaración, folio 39 vto. cuaderno número 2 lo siguiente: «El general Mendieta me manifestó que sus hijos estarían dispuestos a concurrir con él a garantizar el crédito, ellos como nudos propietarios y él como usufructuario de los inmuebles; y en esa forma se otorgó la escritura de seguridad.» Pero la escritura de seguridad a que se refiere el testigo, no es cierto que fuera firmada como lo manifiesta él, cosa que acredita la misma escritura, o sea la escritura por la cual el general Mendieta recibió prestado el dinero del Dr. Julio Z. Torres; ni podía firmarse, porque el Dr. Torres le dió en préstamo ese dinero al general Mendieta, dos años después de haber vendido éste su derecho de usufructo a su hijo Belisario Mendieta y al suscrito.

De manera que lo dicho por el testigo Dr. Portocarrero se opone a la fe que hace la escritura 363 de 1909, de conformidad con el artículo 1759 del C. Civil.

El mismo testigo Dr. Portocarrero dice: «Me consta que tanto la escritura respecto del usufructo como la de la nuda propiedad tuvieron por causa la exigencia que hizo el Dr. Gómez de que se le garantizara, en forma de venta de esas propiedades, la suma que pagaba al Dr. Torres.» Pero esta declaración del exponente se opone a la fe que se debe al hecho del otorgamiento o fecha de las escrituras por las cuales el general Mendieta me vendió parte del usufructo

y sus hijos me vendieron la nuda propiedad de las fincas, es decir, a las escrituras número 363 y 1400 que son, respectivamente, de septiembre de 1909 y de noviembre de 1916, porque en 1909 el general Mendieta no recibió préstamo alguno del Dr. Torres, sino en 1911, y en 1916 no le hice yo pago alguno al Dr. Torres, sino en 1917, y para garantizarme un pago que hice en 1917 no se me pudo hacer ni la escritura de usufructo en 1909 ni la de la nuda propiedad en 1916.

Posteriormente, en la segunda instancia, el Dr. Portocarrero quiso enmendar sus faltas y dijo que las tales escrituras de venta del usufructo y de la nuda propiedad « se otorgaron poco antes de que el Dr. Gómez hipotecara su casa y pagara al Dr. Julio Z. Torres, la suma que como apoderado del Dr. Torres le estaba cobrando ejecutivamente; pero « poco antes » es un tiempo de semanas que no llega a un mes, mucho menos puede llegar a un año que media entre la venta de la nuda propiedad o escritura N.º 1400 y el pago al Dr. Torres en 1917, y menos todavía a los ocho años que median entre ese pago y la fecha de la venta del usufructo en 1909 o escritura N.º 363.

Además, el usufructo lo vendió el General Mendieta a su hijo Belisario y al suscrito conjuntamente y por partes iguales, y si esa venta fue una garantía y se dice que esa garantía, en lo tocante al suscrito, era de un pago, de qué fue en el otro comprador Belisario Mendieta? — Se le pasó al testigo Dr. Potocarrero, en sus mentiras, este punto tan chico como grande.

c) Por error de derecho en la apreciación de los testimonios de Patricio Guáqueta, Francisco Vásquez G. y Constantino Ponce, error por el cual violó la sentencia el art. 607 del C. J. por indebida aplicación, y por errónea aplicación de los artículos 562, 608 y 609 del mismo Código.

Dice la sentencia « .....De estas tres declaraciones contestes en un todo y uniformes en cuanto al tiempo, modo y lugar, sí se desprende claramente, y son plena prueba a virtud de lo dispuesto en el art. 607 del C. J., el hecho de que Januario Gómez confesó ante los tres declarantes, que el contrato estipulado en la escritura número 1400 de 17 de Noviembre de 1916, no fue un contrato de venta perfecto, sino que él obedeció al respaldo de una deuda,..... »

En primer lugar los tres testigos indicados no concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sobre un mismo hecho, pues cada uno declaró diferentemente en cada instancia y no sobre el mismo hecho, cosa ésta que es necesaria para que sea aplicable el art. 607 del C. J., sino que declararon sobre expresiones o palabras que dicen

haberme escuchado, y para que esta clase de testimonios sean verdaderos testimonios, es decir, para que puedan admitirse como tales, deben llenar además las condiciones prescritas por el art. 609 del mismo Código, esto es, que la uniformidad de los testigos debe referirse a las palabras y a las circunstancias que puedan alterar su significación. Y basta leer las declaraciones en cuestión, tanto de primera como de segunda instancia, para ver que ninguno de los testigos concuerda consigo mismo en la segunda instancia con lo dicho en la primera, ni los tres concuerdan entre sí en ninguna de las instancias.

El testigo Francisco Vázquez, dijo en su declaración de primera instancia lo siguiente: «.....Es verdad que cuando veníamos de vuelta de la hacienda para esta ciudad en compañía de Patricio Guáqueta y Constantino Ponce, el Dr. Gómez nos dijo que LE DEBIAN sobre las tierras de que se ha hablado una suma como de catorce mil pesos y que mientras no le devolvieran esa suma con sus intereses no devolvería a la familia Mendieta la escritura de los terrenos.» Y el testigo Patricio Guáqueta dice: «Es cierto que, a nuestro regreso de la hacienda mencionada, el Dr. Gómez nos manifestó, QUE DEBIA sobre la hacienda una suma de dinero y que si no podía llevar a cabo con nosotros el negocio en cuestión, tendría que vender unas fanegadas de tierra para pagar<sup>fol. 50 C. 2</sup>» — De manera que en el mismo momento, en el mismo lugar, ante los dos testigos indicados y ante Ponce, según Vázquez, y solamente ante los dos indicados, según Guáqueta, yo dije aquellas dos cosas tan opuestas entre sí. El uno afirma que yo dije que si no me pagaban lo que me debían, no devolvería las escrituras de los terrenos; y el otro dice que yo manifesté que si no podíamos hacer el negocio en cuestión, el de arrendamiento de la montaña, tendría que vender unas fanegadas de tierra para pagar lo que debía sobre la hacienda. De manera que Vázquez me hace pasar como ACREEDOR de una suma y Guáqueta como DEUDOR, cosas que son diametralmente opuestas. Nada hay pues más opuesto entre sí que estos dos testigos y sus testimonios. Lo que en verdad y realmente dije a esos hombres, fue que si no llevábamos a cabo el negocio de arrendamiento citado, lo que a ellos les convenía era comprarme el pedazo de montaña, que se lo daría por catorce mil pesos.

El mismo testigo Guáqueta, en segunda instancia dijo que yo le había dicho que «me debían sobre las tierras una suma como de catorce a diez y ocho mil pesos y que mientras los Mendieta no me pagaran tal suma no les devolvería la escritura,» de manera que ya fué otra cosa la que dijo, y agregó el testigo, ratificándose de lo que había dicho en primera instancia: «es cierto que el señor Dr. Januario Gómez me manifestó que le debía a un Banco la cantidad de catorce

mil pesos,» cuando eso no lo dijo él en su primera declaración ni consta en ella. (Declaraciones de Vásquez y Ponce, flios. 80 v C. 5)

El testigo Constantino Ponce declara aproximándose a lo dicho por Vásquez, pero ambos testigos no coinciden en los términos en que debe existir esa coincidencia, para que ellos sean prueba de expresiones o palabras dichas por mí.

En todo caso y sobre el supuesto de que los tres testimonios de los expresados testigos sean prueba de las palabras que copia la sentencia, probarán las palabras, pero en ningún caso el hecho de la simulación del contrato que consta en la escritura número 1400 por falta de precio real o de causa.....

La sentencia recurrida incurrió también en error de derecho en la apreciación de las expresadas pruebas testimoniales, al estimar tales testimonios como prueba de una confesión extrajudicial mía, pues una confesión, judicial o extrajudicial, tiene que tener necesariamente por materia hechos jurídicos perjudiciales al confesante, expresados por éste con ánimo de darle la prueba de ellos a aquel a quien favorece la confesión, y los testimonios de los indicados Vásquez, Guáqueta y Ponce, al ser capaces de comprobar algo no pasan de comprobar unas palabras, pero no un hecho suficientemente capaz de ser materia de una confesión.

Si con los dichos testimonios se dan por probadas las palabras que ellos me atribuyen, todavía no se ha constituido la confesión porque no emití las palabras ante mis acreedores con ánimo de darles una prueba, sino ante terceros extraños y ante quienes pude decir eso, al haberlo dicho, por conveniencia propia, no para confesar. Con declaraciones de esa especie no se puede dar por probada una confesión judicial, porque de esa manera desaparecería la estabilidad de los derechos completamente.

Sobre el supuesto de que tales testimonios sean prueba de la confesión extrajudicial que la sentencia me atribuye, no podría tomarse como prueba en contra mía de la nulidad de un contrato en que soy tercero respecto del demandante, en que éste no fué parte de tal contrato ni heredero de esas partes, de manera que no puede aprovecharse de ella, y menos contra la realidad de un contrato de compraventa que consta por escrito y por escritura pública. Contra la prueba escrita no es admisible la prueba de confesión extrajudicial, la cual no es admisible sino contra los actos que se prueban por medio de la prueba oral; y si entre las partes contratantes puede apelarse a cualquiera prueba para acreditar una simulación, cuando el demandante de esa simulación no es parte contratante ni heredero de éstas, no puede servirse en apoyo de su demanda de la prueba oral o de la prueba

de confesión extrajudicial. La señora Margarita, demandante, no puede aprovecharse de una confesión extrajudicial de ninguna de las partes contratantes del contrato 1400, para fundar en ella una acción de nulidad de ese contrato.

Sobre el supuesto de que aquellos testimonios lo sean verdaderamente, que prueben las expresiones que me atribuyen, que constituyan una confesión extrajudicial comprobada, que la demandante pueda aprovecharse de ella y que pueda probar con confesión extrajudicial o prueba oral en contra de actos auténticos como es la escritura 1400, la sentencia incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba constituida por tal confesión extrajudicial, a la cual le atribuyó valor de plena prueba, cuando una confesión extrajudicial no tiene ese valor probatorio sino cuando se le hace al acreedor mismo con las circunstancias que expresa el art. 562 del C. J.

Por consecuencia de estos errores de derecho en la apreciación de la prueba de que se viene tratando, la sentencia violó las siguientes disposiciones y es casable por ello mismo: artículos 555, 562, 607, 608 y 609 del C. J., y 1759 del C. Civil y 91 de la ley 153 de 1887.

Es imposible y no existiría la garantía jurídica si contra la realidad del contrato que consta en la escritura 1400 se admitiera a pedir su nulidad, por simulación, a la señora Margarita Prieto, que no intervino en ese contrato, y que se declare la nulidad en vista de confesiones extrajudiciales que se me atribuyen como comprador en aquel contrato y en oposición no solamente al texto de la escritura pública sino del documento o carta de los vendedores al suscrito y de las confesiones de los vendedores, en que manifiestan lo propio a la realidad y existencia legal del contrato.

Fue tanto el deseo del Tribunal de componer una sentencia, no de dictar un fallo en justicia, que aquella parte de la declaración del Dr. Portocarrero que dice: « El General Mendieta me manifestó que sus hijos estarían dispuestos a concurrir con él a garantizar el crédito, ELLOS COMO NUDOS PROPIETARIOS y él como USUFRUCTUARIO de los inmuebles, » no le sirvió sino para ver una grave presunción en pro de la demanda o de la simulación demandada, pero no vio la prueba de la realidad de los mismos contratos en la confesión del General Mendieta de que sus hijos eran NUDOS PROPIETARIOS y como tal los presentaba para que garantizaran con su derecho un crédito, es decir, que el contrato N.º 729 había sido cierto. Por eso esta sentencia no solamente es ilegal y contraria a todo derecho, sino que obedece a convicciones judiciales formadas fuera del proceso y por ilustraciones distintas de las que éste suministra.

d) Por error de derecho en la apreciación que hizo la sentencia de la siguiente pregunta que hice al testigo Guáqueta, al contrainterrogarlo: «Cuando yo a Ud. le hice la manifestación de que mientras no se me pagaran esos catorce mil pesos no devolvería la finca a las Mendieta, sabe Ud. a qué familia me referí? »

El Tribunal estima aquella pregunta como confesión o aceptación de mi parte de la declaración del testigo Guáqueta, estimación peregrina y contraria a todo derecho, porque para contrainterrogar no es posible principiar por negar, y si alguno declara que yo estuve en determinado día en Chapinero y para contrainterrogarlo le digo que con quién estuve, ello no significa que acepto que estuve; y porque las actuaciones de las partes en juicio se interpretan en el sentido de su propia defensa, no en contra o como confesiones o aceptaciones de hechos perjudiciales, porque tales cosas significan renunciaciones del derecho o de la defensa y por lo mismo deben ser expresas y con las mismas formalidades del acto correspondiente.

Por causa de este error en la estimación del texto de aquella pregunta, el sentenciador violó los artículos 555 y 556 del C. J., pues tal pregunta no puede entrañar o constituir una confesión de mi parte; ni puede darse fuerza a ningún testimonio para probar con él en contra de lo que consta en un documento auténtico como lo es la escritura 1400, con lo cual violó la sentencia, además, el artículo 1759 del C. C. y el artículo 91 de la ley 153 de 1887.

e) Otro indicio, dice el Tribunal, que concurre a demostrar la simulación alegada, es el hecho comprobado en autos, por la declaración de los testigos Roberto Manrique (fol. 38 cuaderno 5) y Aura Manrique (fol. 66 cuaderno 5), de que «el señor Pantaleón Vargas compañero de oficina del Dr. Ramón Vanegas Mora, apoderado en este juicio del Dr. Gómez, fue en alguna ocasión a casa de los testigos mencionados a manifestarles que no declararan en este asunto, ante cuya propuesta los testigos declararon que todos declararían lo que les constara.»

Sin comentario y para que se vea lo falso de las declaraciones citadas, copio a continuación la carta que me dirigió el Dr. Pantaleón Vargas a este respecto:

«Bogotá, enero 12 de 1929. — Señor Dr. D. Januario Gómez B. — Pte. — Muy estimado Dr.: He tenido conocimiento de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario seguido por la señora Margarita Prieto de Mendieta contra Ud. y otros.

»Como en la referida sentencia del Tribunal hacen mención de una constancia que dejaron Roberto y Aura Manrique al rendir sus

declaraciones ante el mismo Tribunal, constancia en la cual dicen que yo fuí a su casa con el fin de disuadir a todos los miembros de la familia para que no dieran sus declaraciones en este juicio, me veo en la necesidad de repetirle por escrito lo que le dije verbalmente, tan pronto como tuve conocimiento de la referida constancia. Es decir, que en la época en que fueron llamados los miembros de la familia Manrique a declarar ante el Tribunal, *hacía bastante tiempo que yo no frecuentaba ya la casa de esa familia*, por RAZONES que no es del caso exponer aquí.

«También le repito que cuando yo frecuentaba la casa de la familia Manrique, la señorita Aura se expresaba en términos impropios respecto de Ud. y del Dr. Vanegas Mora, porque sabía que con eso me mortificaba, toda vez que ella tenía conocimiento de que yo trabajaba en la oficina del Dr. Vanegas Mora, apoderado suyo. Como es natural, yo tenía que reprocharle ese modo de ser y le aconsejaba que no se expresara en esos términos y que no se metiera en lo que no sabía. Esto ocurrió, *mucho antes de saber yo que ella iba a declarar y mucho antes de ser citada*, lo que hace ver que la constancia de Roberto y Aura es falsa, mal intencionada e hija de un interés muy distinto al de simples declarantes, ya que, siendo ellos viejos amigos míos, su proceder fue reñido en todo con la caballerosidad, aun suponiendo que hubiera sido cierto lo que ellos afirman en la constancia referida. Estas faltas cometidas por Roberto y Aura son un indicio de que tenían ellos un interés en el juicio, distinto al de simples declarantes.

»Tan falsa es la constancia de los Manriques que estoy en capacidad de comprobarles que cuando ellos y los demás miembros de su familia fueron llamados a declarar, *hacía ya mucho tiempo que yo no frecuentaba su casa*, pues por haber terminado mis relaciones de amistad con la señorita Aura me ví en el caso de no volver a la casa. Cuando dejé de volver a la casa de los Manriques no había salido aún la sentencia de primera instancia. Por otra parte yo procuraba siempre ir a la casa de los Manriques cuando Roberto no estuviera, por razones que no es el caso exponer.

»Afortunadamente la constancia de los Manriques no me ha causado mal alguno, pues Ud. me conoce y sabe que mis actuaciones han sido correctas. Pero si alguna duda tiene al respecto, tengo el mayor gusto en presentarme a un careo con los Manriques, para que vea Ud. que los hago quedar mal.

»Por lo que hace al pleito, en mi concepto, la famosa constancia de los Manriques, a pesar del valor probatorio que le ha dado el Tribunal, ella no producirá el efecto dañino que se propusieron los de-

clarantes, ya que ella no tiene el valor de indicio que le da el Tribunal.

»Sin más sobre el particular, me suscribo de Ud. atento y seguro servidor,

PANTALEON VARGAS T.»

Por todo lo anteriormente expuesto, queda demostrado plenamente, señores Magistrados, que la señora Margarita Prieto no tiene acción, carece de derecho, no tiene personería para pedir la nulidad de los contratos mencionados y mucho menos para reivindicar.

Queda también plenamente demostrado que yo pagué en distintas formas el precio íntegro de la escritura No. 1400. — Queda igualmente probado que la prescripción alegada se efectuó.

Y para concluir presento los siguientes documentos que comprueban lo aseverado por mí:

a) El certificado de defunción de la señora Margarita Prieto de Mendieta, con el cual llamo vuestra atención hacia el hecho importantísimo de que la señora Clementina, su hija, no obstante ser demandada, ocupó desde la muerte de la señora Margarita, de hecho y de derecho, el puesto que le correspondía por fuerza, es decir el de demandante, puesto que ha desempeñado en debida forma alegando ante el Tribunal, siendo así que la señora Clementina no puede continuar gestionando la nulidad de los contratos por la sencilla razón de que intervino directamente en ellos;

b) Los recibos que la señora Margarita Prieto de Mendieta me expidió como correspondientes a las cuentas de pensión vitalicia estipulada en su favor en la escritura N.º 729, por valor recibido de mis manos, como lo expresó en su libelo de demanda. Estos recibos, acordes con lo dicho por la demandante en la demanda, demuestran de manera irrefragable que la señora Margarita recibió parte del precio estipulado en el contrato N.º 729;

c) El recibo que me expidió el Banco Central con el fin de acreditar que yo personalmente pagué a dicha entidad la suma de dinero de que en él se habla, como parte del precio estipulado en el contrato 729;

d) La carta privada que me dirigió el Dr. Pantaleón Vargas con la cual se demuestra lo falso de la constancia que Roberto y Aura Manrique dejaron en sus declaraciones con relación a él;

e) El certificado expedido por el Director de la Cárcel de Sumariados de esta ciudad, por el cual veréis la calidad de persona del señor Sabogal, casado con Clementina, quien firmó el famoso testamen-

to de D. Fidel sin rogarle y quien se hizo parte en el juicio (folio cuaderno).

f) El certificado del Recaudador de la Vega, con el cual se demuestra que D. Fidel Mendieta nunca tuvo ánimo de dueño sobre los bienes materia de este pleito, porque si así hubiera sido habría pagado siquiera una cuota del impuesto Predial correspondiente a alguno de los lotes que forman la hacienda, de lo cual no hay constancia.

Como consecuencia de las razones expuestas en este escrito os pido, señores Magistrados, que caséis la sentencia y absolváis a los demandados de los cargos de la demanda.

Señores Magistrados,

JANUARIO GOMEZ B.

## ALEGATO DEL DR. MIGUEL ARTEAGA H.

---

*Señores Magistrados de la Corte Suprema de Justicia*  
(Sala de Casación en lo Civil).

Magistrado ponente Dr. TANCREDO NANNETTI.

La señora Margarita Prieto de Mendieta promovió demanda ante el Juzgado 2.º en lo Civil del Circuito de Bogotá, para que se declararan nulas las compraventas que aparecen en las siguientes escrituras: a) Número 729 otorgada el 26 de Octubre de 1906 ante el Notario 3.º de este Circuito, por la cual el señor *Fidel Mendieta M.* vende a las señoritas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Edelmira, Evangelina y Clementina Mendieta, y al doctor Belisario Mendieta los terrenos denominados Butulú, Tierras Viejas, San Antonio, Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buena Vista. La venta se limitó a la nuda propiedad de aquellas fincas, pues el usufructo se lo reservó el vendedor. b) Número 363 otorgada el 27 de Septiembre de 1909 ante el Notario del Circuito de la Vega, por la cual el señor Fidel Mendieta M. vendió el derecho de usufructo que se había reservado en las siete fincas antes mencionadas, a los doctores *Januario Gómez B.* y Belisario Mendieta. c) Número 1400 otorgada el 17 de Noviembre de 1916 ante el Notario 3.º de este Circuito, por la cual las señoritas Emelina o Ismelinda, María Natividad, Evangelina y Clementina Mendieta y el doctor Belisario Mendieta, vendieron al doctor *Januario Gómez B.* la parte que cada uno de los otorgantes tenía en cada uno de los cinco lotes siguientes: San Antonio de Cuñutá, La Aurora, Buena Vista, Gualivá y Alto Gualivá. Además Belisario Mendieta vendió al doctor Gómez B. la mitad del usufructo en los lotes.

Como consecuencia de aquellas nulidades la señora Prieto de Mendieta pidió que se declarara que los inmuebles indicados pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio que contrajo con el señor Fidel Mendieta, y que el poseedor de ellos doctor Januario Gómez debía entregarlos, junto con sus frutos, a la mencionada sociedad representada por la demandante como cónyuge sobreviviente.

La demanda fue dirigida contra el doctor Januario Gómez y contra su esposa señora Edelmira Mendieta de Gómez; contra las señoritas Emelina o Ismelinda Mendieta, María Natividad Mendieta, Evangelina Mendieta, y Clementina Mendieta; y contra las impúberes María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta representadas por su legítima madre señora Edelmira Mendieta de Mendieta, viuda del doctor Belisario Mendieta.

Conviene observar que cuando se promovió la demanda, y hoy día mismo, de acuerdo con las escrituras cuya nulidad se demanda, la propiedad plena de las siete fincas mencionadas, se encuentra distribuida así: el doctor Januario Gómez es dueño de las cinco sextas partes de los cinco lotes llamados San Antonio de Cuñutá, La Aurora, Gualivá, Alto Gualivá y Buena Vista; la otra sexta parte de estos cinco lotes pertenece a la esposa del doctor Gómez, señora Edelmira Mendieta de Gómez. Las dos fincas llamadas Butulú y Tierras Viejas son de propiedad por sextas partes de la señora Edelmira Mendieta de Gómez, de los menores hijos del doctor Belisario Mendieta, de la señora Clementina Mendieta de Sabogal, y de las señoritas Emelina, María Natividad y Evangelina Mendieta. En dicha distribución se entiende que se trata de la propiedad plena, sin distinguir entre la nuda propiedad y el usufructo, pues si bien éste estuvo separado de la nuda propiedad hasta la muerte del general Fidel Mendieta ocurrida el 19 de Diciembre de 1921, cuando se inició la demanda en Octubre de 1922, ya el usufructo se había consolidado con la nuda propiedad.

El litigio fue fallado en segunda instancia por sentencia del 15 de Diciembre de 1928, en la cual se resolvió lo siguiente:

a) Se declaró absolutamente nulo por simulación el contrato que se hizo constar en la escritura N.º 729 antes citada, pero sólo en la venta de las tres sextas partes de los siete terrenos que hizo Fidel Mendieta a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta.

b) Pero negó la declaración de nulidad respecto de la venta de las otras tres sextas partes que de los siete terrenos hizo don Fidel, a Belisario, Edelmira y María Natividad Mendieta. Por tanto absolvió a estos demandados de aquel cargo, siendo entendido que Belisario por haber muerto está representado por sus tres hijas menores, representadas por su madre señora Edelmira Mendieta v. de Mendieta.

c) Se negó la declaración de nulidad del contrato que aparece en la escritura N.º 363 citada, y en consecuencia se absolvió a los demandados hijos del doctor Belisario y al doctor Gómez, entre quienes se había celebrado aquel contrato.

d) Se declaró nulo por simulación el contrato contenido en la escritura N.º 1400 antes citada, pero sólo en cuanto a la venta hecha al doctor Gómez por Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta de tres sextas partes de *siete lotes* dice el fallo, incluyendo allí a Butulú y Tierras Viejas que no fueron objeto de la venta.

e) Se negó la declaración de nulidad en cuanto aquella venta fue hecha por Belisario y María Natividad Mendieta. Es de observar que en aquella venta no figuró como vendedora la esposa del doctor Gómez, señora Edelmira Mendieta de Gómez.

f) Se condenó al doctor Gómez a restituir a la sociedad conyugal ilíquida Mendieta-Prieto las tres sextas partes a que se refería la declaración de nulidad antes mencionada.

g) Se condenó a Gómez a restituir frutos como poseedor de mala fe, en contra de la presunción legal, y a contar de la compra que hizo a los Mendieta en 1916, sin tener en cuenta que no se declaró nula la escritura N.º 363 en que compró parte del usufructo de los terrenos, y que tal usufructo no se extinguió hasta la muerte de don Fidel Mendieta que solo ocurrió en 1921. En aquel ordinal la sentencia reconoce que el doctor Gómez pagó a la viuda de don Fidel la suma de \$ 1000 «por razón de la pensión que fue estipulada en su favor.»

h) No se condenó a Gómez a restituir las otras tres sextas partes de las fincas.

i) Se declararon no probadas las excepciones propuestas, y

j) Se ordenaron unas cancelaciones de escrituras de las ventas hechas por don Fidel a Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, y de éstas al doctor Gómez. Sin costas.

Se ha hecho la narración que precede para poner de manifiesto que las únicas partes que en nada se perjudicaron en virtud de la sentencia del Tribunal, fueron las demandadas señora Edelmira Mendieta de Gómez, señorita María Natividad Mendieta y las tres menores hijas del doctor Belisario Mendieta representadas por su legítima madre señora Edelmira Mendieta v. de Mendieta.

La demandante señora Margarita Prieto de Mendieta no obtuvo todo lo que deseaba, en virtud de la absolución de los demandados que se dejan indicados, y por eso interpuso casación.

Los demandados que fueron condenados, señoritas Emelina y Evangelina Mendieta, y doctor Januario Gómez, interpusieron también casación.

La otra demandada hoy señora Clementina Mendieta de Sabogal, aunque aparentemente condenada, no interpuso casación, pues como después se verá dicha señora y su esposo, es la verdadera parte actora en el juicio, y a quienes interesa que la propia Clementina y demás demandados sean condenados.

La señora Margarita, por medio de su apoderado doctor Emilio Ferrero, fundó ya el recurso de casación correspondiente.

La parte demandada recurrente fundó también el recurso de casación, así: Emelina Mendieta por medio de su apoderado, doctor Alberto Goenaga; Evangelina Mendieta por medio de su apoderado, doctor Pedro M. Carreño, y el doctor Januario Gómez, por medio de su apoderado doctor Luis F. Latorre U. y también personalmente.

En seguida se corrió traslado a la parte demandante como opositora, es decir a la señora Margarita, representada por el doctor Ferrero, para que contestara a la parte demandada recurrente, alegato que ya fue presentado.

Después se ordenó correr traslado a la parte demandada como opositora, es decir a los demandados que se oponen al recurso de casación propuesto por la demandante, o sea a los demandados absueltos que como antes se dijo son la señora Edelmira Mendieta de Gómez; las tres hijas menores del doctor Belisario Mendieta, representadas por su madre señora Edelmira Mendieta v. de Mendieta, y la señorita María Natividad Mendieta.

El suscrito es apoderado de todas las personas que acaban de mencionarse, según poderes que aparecen, el uno otorgado ante el Tribunal Superior después de proferida la sentencia, y el otro ante la Corte Suprema.

Siendo así, estrictamente la función del suscrito se limitaría a defender la sentencia en cuanto absolvió a sus poderdantes, y en consecuencia oponerse a la demanda y alegato de casación presentados por el apoderado de doña Margarita, señor doctor Emilio Ferrero. De aquí que no aparezca el motivo por el cual dicho señor apoderado hubiera dicho en su último alegato: «no sin lamentar que se haya omitido correrle a su debido tiempo el traslado al personero de dos de las demandadas, Dr. Miguel Arteaga H., lo cual me habría permitido referirme en un sólo escrito a todas las demandas de casación, con ventaja para el buen orden en la tramitación del recurso.»

El señor doctor Ferrero no tiene porqué contestar mi escrito de oposición, sino que al contrario es a mí a quien corresponde contestar su alegato en que funda la casación por la demandante interpuesta. Por otra parte el suscrito no va a presentar demanda ni alegato de casación, y no es él personero de dos de las demandadas sino de tres,

siempre que se consideren formando una sola persona las tres hijas menores del doctor Belisario Mendieta.

Antes de contestar la demanda de casación propuesta por el señor doctor Ferrero, hago algunas observaciones previas que estimo necesarias.

## OBSERVACIONES.

I. Dijo el Tribunal en la sentencia que no advertía causal ninguna de nulidad en el proceso.

Realmente existía una: la demanda fue propuesta, entre otras personas, contra las impúberes María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta, hijas del doctor Belisario Mendieta y representadas por su madre legítima Edelmira Mendieta de Mendieta.

Pues bien: la demandante no se cuidó de comprobar que dichas demandadas eran menores; que eran hijas legítimas del matrimonio Mendieta-Mendieta y que el padre había muerto.

Para subsanar aquel defecto que produciría una causal de nulidad presunta en el litigio por falta de personería adjetiva de las tres menores demandadas, presento a la H. Corte las siguientes partidas de origen eclesiástico: a) El matrimonio de Belisario Mendieta con Edelmira Mendieta celebrado el 29 de Octubre de 1914; b) El bautismo de María Olga, nacida el 14 de Septiembre de 1915 de aquel matrimonio; c) El bautizo de Blanca Cecilia nacida del mismo matrimonio el 23 de Septiembre de 1917; d) El bautizo de Lilia Mercedes nacida del mismo matrimonio en el año de 1919; y e) La defunción de Belisario Mendieta, ocurrida el 29 de Enero de 1921.

Con estas partidas se pone de manifiesto que la presunta causal de nulidad no ha existido; que la señora Edelmira v. de Mendieta representa a las tres niñas demandadas, y que por tanto el suscrito puede hablar como apoderado de ellas en virtud del poder que le confirió la señora viuda de Mendieta.

II. Otra observación previa interesante que sirve para dar su verdadero valor a las pruebas en el juicio, es determinar la calidad con que ha figurado en el litigio la señora Clementina Mendieta de Sabogal.

Es cierto que dicha señora figura entre las demandadas, pero el papel que ha desempeñado en el juicio es el de verdadero demandante; y con razón, pues es a ella a quien viene a aprovechar el que la parte demandada, en la cual figura ella, pierda el pleito y sea condenada.

En efecto: la señora Clementina es la hija única legítima del general Fidel Mendieta y Margarita Prieto de Mendieta; la acción se

ejerce en beneficio de la sociedad conyugal ilíquida Mendieta-Prieto: de suerte que si el pleito lo perdieran los demandados, las fincas volverían a aquella sociedad conyugal, es decir formarían parte de la herencia de don Fidel y de doña Margarita, hoy ya muerta, o sea que las recogería la demandada señora Clementina, por ser ella la única heredera legítima de ambos.

De aquí que no puedan estimarse como verdaderas confesiones de doña Clementina, ni sus afirmaciones al absolver posiciones, ni las demás afirmaciones de ella de que pueda hacer mérito el expediente: pues ella nada pierde y mucho podría ganar con hacerlas: *Nemo auditur propriam turpitudinem alegans*.

Basta recorrer el expediente para observar que doña Clementina hizo causa común con doña Margarita mientras ella vivió, y que después de muerta la demandante, doña Clementina no solamente de hecho sino de derecho ha venido a ser la demandante, pues ella es la heredera de doña Margarita, y a quien le aprovecharía en su totalidad la acción si prosperara.

Se ve por tanto el caso en que la demandante y una de las demandadas son la misma persona.

Agréguese que doña Clementina, como aparece de autos, está hoy casada con el señor Alberto Sabogal Castellanos, quien según lo que resulta de autos ha sido sostenedor de la acción y firmó además en lugar de don Fidel Mendieta el testamento en que dicho señor afirma la simulación, al menos relativa, de las escrituras de que ahora se trata.

Se ve por tanto que las declaraciones de Clementina en favor de la demanda carecen de valor legal, y mal pueden llamarse *confesiones*. La única verdadera *confesión* de Clementina, porque esa sí la perjudica, es la que hizo en la carta que con los otros Mendieta dirigió al doctor Juanuario Gómez el 6 de Mayo de 1920: allí declara que los títulos de Gómez son perfectos y que ella recibió el precio total de la venta.

La firma la reconoció Clementina bajo juramento, aunque agrega que el contenido de la carta no es exacto, adición que carece de valor, porque de acuerdo con el art. 696 C. J. el que reconozca un documento bastará con que confiese ser suya la firma. Además cuando Clementina escribió y firmó la carta no tenía interés en faltar a la verdad, lo cual no ocurrió cuando reconoció la firma, día en que ya hacía causa común con la demandante.

III. Cuando se pretende que se declare nulo por simulación un contrato bilateral, como una compraventa, por ejemplo, se requiere que aparezca comprobado plenamente el hecho de la simulación tanto por parte del vendedor como del comprador, sin que pueda perjudicar al

comprador, v. g., la confesión de simulación que hiciera el vendedor, o una prueba que se dedujere en contra de ésta.

De aquí que el testamento de don Fidel, y nada de lo que con él se relacione, puede perjudicar a los compradores, más si se tiene en cuenta que el testamento es acto de una sola persona. Tampoco puede perjudicar a la realidad de la venta lo que afirma Clementina, pues ella tiene interés en que se declare la nulidad, como antes se dijo.

IV. De suerte que para declarar la simulación de la compraventa a que se refiere la escritura N.º 729 es necesario comprobar la simulación tanto por parte de don Fidel Mendieta como vendedor, como por parte de los compradores Belisario, Emelina, Edelmira, María Natividad, Evangelina y Clementina Mendieta.

Respecto de don Fidel Mendieta el Tribunal estima que la plena prueba por parte de él se encuentra en las declaraciones hechas en su testamento, pero es de observar que el objeto de un testamento no es hacer tales declaraciones, y que el testamento en cuestión no aparece firmado por don Fidel sino precisamente por el señor Alberto Sabogal C. o sea por el marido de doña Clementina quien es la interesada en la declaración de nulidad.

Respecto de los compradores la prueba de la simulación se hace consistir en indicios, con excepción de Clementina, quien se dice que confesó la simulación en posiciones y en otras formas, pero es de notar que tales manifestaciones de Clementina están muy distantes, como antes se dijo, de ser legalmente verdaderas confesiones.

En cuanto a la declaración de nulidad de la compraventa a que se refiere la escritura N.º 1400 debe aparecer comprobada la simulación por parte de los vendedores Belisario, Emelina, María Natividad, Evangelina y Clementina Mendieta, como también por parte del comprador Juanuario Gómez.

En este caso todas las pruebas son de indicios, con excepción de la pseudo-confesión de Clementina.

V. Como causal de la nulidad de la venta contenida en las escrituras Nos. 729 y 1400 antes mencionadas se ha alegado que son simuladas por falta de precio real.

En contra de tal aseveración aparece de autos lo siguiente:

A) Respecto de la venta de la escritura N.º 729:

a) Los compradores contrajeron la obligación de pagar a doña Margarita una renta de \$ 100 mensuales a partir de la muerte de don Fidel.

Tal renta fué pagada mientras la recibió Margarita por el doctor Gómez durante diez meses, como lo reconoce la demandante en el libelo y el Tribunal en el fallo. Como comprobante moral el doctor

Gómez trajo ante la Corte los recibos respectivos, firmados por doña Margarita, si bien ésta en el alegato ante el Tribunal dijo: «Es igualmente falso y a todas luces falta mucho a la verdad el Dr. Gómez al afirmar en su alegato que yo le hubiera expedido recibos en relación con las pensiones de que trata el fingido contrato 729» (f. 147. C. 4).

b) También contrajeron los compradores la obligación de pagar dos hipotecas con que estaban gravados dichos terrenos, y si bien no se trajeron las escrituras de cancelación, como comprobante moral, el doctor Gómez adujo a la H. Corte un recibo expedido por el señor Secretario del Banco Central. Hoy con el mismo fin presento un Certificado de libertad de las fincas vendidas, expedido por el Registrador de La Vega el día 2 de Enero de 1921, en que aparece que entonces las fincas no estaban gravadas con ninguna hipoteca: luego fue porque aquellas sumas se pagaron.

Todo ello contribuye a demostrar que el contrato contenido en la escritura N.º 729 fue real y verdadero, y que los compradores cumplieran con las cargas que se les impuso.

B) Respecto de la venta de la escritura N.º 1400:

a) Todos los vendedores en carta reconocida dirigida al comprador doctor Januario Gómez, reconocen y declaran que recibieron el precio total de la venta (f. 1., C. 3).

b) Como *parte del precio* los vendedores dejaron en poder del comprador Gómez la cantidad de \$ 6000 para pagar una suma al doctor Julio Z. Torres, suma que en realidad pagó Gómez como aparece de la escritura N.º 466 otorgada el 24 de Abril de 1917 ante el Notario 3.º (fs. 3 a 5. C. 3).

De modo que evidentemente en dicha venta hubo precio: si Gómez, en vía de suposición, no pagó el resto; o si el precio verdadero de las fincas era muy superior, entonces las acciones serían otras pero no la de nulidad por simulación a causa de que no hubo precio real.

Y si la segunda venta manifiestamente no fue simulada, entonces aun en el supuesto de que apareciera como simulada por falta de precio la primera venta, ello no daría acción contra el doctor Gómez, porque en la venta de don Fidel se dijo que se había pagado el precio, y en tal caso la nulidad no daría acción contra terceros, como lo tiene establecido la Jurisprudencia con amplios fundamentos legales.

Si Gómez realmente hizo un pago a un tercero por cuenta de la venta, quién le restituiría aquella suma y en qué forma?

Agréguese que no solamente Gómez pagó en forma manifiesta dichos \$ 6000, sino que también pagó a Belisario \$ 4000, como lo dice la misma escritura, y lo reconoció su viuda.

VI. Aunque se admita, en contra de las demostraciones hechas en las demandas de casación por los señores doctores Goenaga, Carreño, Latorre U. y Gómez que doña Margarita tenga personería sustantiva para demandar la nulidad absoluta de la venta contenida en la escritura N.º 729, de dónde puede deducirse que la tenga para demandar la nulidad absoluta de la venta contenida en la escritura N.º 1400? Para ello sería necesario que primero por sentencia ejecutoriada se hubiera declarado la nulidad de la venta de la escritura N.º 729, pues antes de ello mal puede tener interés en que se declare nula una venta, que si no se supone nula la primera escritura, ningún interés podía traer para ella, ni para la sociedad conyugal ilíquida que dice representa. Lo cierto es que si doña Margarita carecía de interés para demandar la nulidad de la venta de la escritura N.º 1400, *tomada aisladamente*, es porque tal interés no podía aparecer en dicha señora mientras por sentencia ejecutoriada no se hubiera declarado nula por simulación la primitiva venta.

VII. En estas observaciones me he referido a puntos diversos, no relacionados exclusivamente con mis poderdantes, porque la causa es una y entre todos los demandados, excepto Clementina, hay solidaridad; como porque algunas de dichas observaciones han de tenerse después en cuenta en el examen que paso a hacer de la demanda de casación propuesta por el señor doctor Ferrero.

### **Demanda de casación del señor Dr. Emilio Ferrero apoderado de la demandante.**

Dice el señor doctor Ferrero que la parte del fallo del Tribunal que contiene la absolución a mis poderdantes, o sea a la señora Edelmira Mendieta de Gómez, a las tres hijas menores del doctor Belisario Mendieta y a la señorita María Natividad Mendieta, «es en la que existe, a mi juicio, el error del Tribunal que ha causado grave perjuicio a los derechos de la parte que represento (esto es de la Sra. Margarita Prieto de Mendieta): error que procede de no haberle dado el valor probatorio que la ley le asigna a la prueba de indicios que acredita la simulación de la venta contenida en la escritura N.º 729, respecto de todas las personas que constituyen la parte demandada.»

Posteriormente el señor doctor Ferrero se refiere a los arts. 587 y siguientes del C. J. y al art. 1768 del C. C. y dice que se permite «acusar la sentencia que es materia de este recurso de casación, de haber incurrido en esa especie de error en la apreciación de la prueba de indicios, porque no le dió a los indicios anteriormente apunta-

dos el valor probatorio que les corresponde según la ley, o les dio tal valor solamente respecto de algunas de las que constituyen la parte demandada y no respecto de las otras, siendo así que tales indicios tienen fuerza probatoria con referencia a las unas y a las otras.»

A tales observaciones del señor doctor Ferrero contesto:

De acuerdo con la sentencia del Tribunal los indicios que contribuyeron, a juicio de la respectiva Sala, a constituir plena prueba de la simulación del contrato contenido en la escritura N.º 729, respecto de Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, fueron los siguientes:

1.º La confesión extrajudicial de dichas tres señoras, a juicio del Tribunal.

2.º La pobreza de todos los demandados Mendieta, excepción de Belisario.

3.º La negativa hecha en posiciones a hechos que el Tribunal estima probados, excepción también de la hijas de Belisario, que no absolvió posiciones.

4.º Los signos o meneos de cabeza que el Tribunal considera afirmativos, hechos por Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta a las afirmaciones hechas por don Fidel en su testamento.

5.º Que es de presumir que don Fidel Mendieta dijo verdad en su testamento, mucho más si se tiene en cuenta que las hacía en su lecho de muerte.

6.º Que se ignora en qué invirtió don Fidel el precio en que vendió las fincas, y

7.º Que don Fidel después de la venta conservó y explotó libremente las fincas vendidas.

Estos siete grupos de indicios no se refieren a todos ni aún suponiéndolos realmente establecidos: los siete grupos en conjunto sólo se refieren a Clementina, Emelina y Evangelina. A Edelmira Mendieta de Gómez y a María Natividad Mendieta sólo se referían los grupos segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo. Al doctor Belisario Mendieta o a sus hijas, sólo se referirían los grupos quinto, sexto y séptimo.

Ahora bien: el Tribunal consideró que sólo del conjunto de los siete grupos de indicios podía resultar la prueba de simulación, si bien observó que la gran mayoría de aquellos indicios no están probados; a la vez estimó que faltando algunos de aquellos indicios no resultaba la plena prueba.

En efecto, el Tribunal dijo: «Cabe advertir que si bien es cierto que los indicios 2.º y 3.º se refieren también a la señora Edelmira Mendieta de Gómez y a la señorita María Mendieta, ellos por sí solos no alcanzan a formar la prueba completa anotada, y en el mismo caso está la parte adquirida por Belisario Mendieta, hoy de sus des-

«cendientes, pues contra él no existe ninguno de los indicios anotados.» (f. 179. C. 4).

La jurisprudencia, de acuerdo con la ley, tiene admitido que en la apreciación de los indicios los Tribunales de segunda instancia son soberanos, si bien no lo son para calificar o estimar *la prueba de tales indicios*.

En fallo del 10 de Octubre de 1923 dijo la H. Corte: «La apreciación de indicios suponiéndolos legalmente acreditados, es operación exclusiva del criterio y conciencia del juzgador» (Jurisprudencia de la Corte Suprema. Tomo 3. N.º 2011).

El mismo doctor Ferrero en el segundo alegato, o sea el de réplica, dijo: «El Tribunal sentenciador tiene amplia facultad para estimar las pruebas del proceso, conforme a su propio criterio y de acuerdo con la ley, y la Corte está en el deber de respetar su juicio, a menos que se haya incurrido en error de hecho o en error de derecho, siempre que aquél aparezca de un modo evidente en los autos» (f. 118 C. Casación).

Y más adelante: «Sería sustituir la Corte su propio criterio al criterio del Tribunal sentenciador en la estimación de las pruebas y convertirse en Tribunal de instancia, cosa que no conviene al carácter del recurso de ocasión» (f. 137. *ibidem*).

En apoyo la siguiente doctrina de la H. Corte: «El recurso de casación no es una tercera instancia en que deban apreciarse otra vez las pruebas» (Jurisprudencia. Tomo 2.º N.º 3381).

Siendo así, estimo que no es posible que la H. Corte considere que sea legal variar la *apreciación* que de ciertos indicios hizo el Tribunal, en el sentido de considerar que con unos pocos, que el Tribunal no estimó como suficientes para formar *plena prueba*, sí pueda formarse dicho prueba.

Otra cosa sería que el señor doctor Ferrero alegara que los indicios que el Tribunal no aplicó a los demandados a quienes represento sí debían aplicarse a ellos a causa de que el Tribunal no calificó acertadamente *la prueba de tales indicios*; pero tal cosa no fue lo alegado por el recurrente, ni podía haberlo sido en vista de que manifiestamente los indicios que no se aplicaron a mis poderdantes era porque no se referían en forma alguna a ellos.

Las razones expuestas serían suficientes por sí solas para no infirmar la sentecia del Tribunal en cuanto absolvió a mis poderdantes de todos los cargos del libelo, pero procedo a un examen detallado.

Dice el señor doctor Ferrero que el general Mendieta en su testamento, en el cual hizo terminantes declaraciones sobre la simulación de la venta que había otorgado a sus hijos en 1906, no excluye a ninguno de éstos, sino que nominalmente los menciona a todos.

Respondo: Ya en las obervaciones III y IV indiqué el alcance que para probar la simulación puede tener el testamento de don Fidel: se dijo que nada prueba contra los compradores, y que aun respecto del mismo testador, dicho acto, no es el oportuno para hacer tales declaraciones, además de que el testamento aparece firmado por el señor Sabogal que es el verdadero interesado en este litigio.

Dice el señor doctor Ferrero refiriéndose al testamento de don Fidel: «El valor probatorio del indicio que con tanta fuerza comprende a tres de los hijos del testador, no menos debe comprender a los otros tres, porque sería inexplicable y absurdo que el general Mendieta, al otorgar en un mismo acto a sus seis hijos la escritura de venta de sus propiedades, hubiera conferido un título válido a tres de ellos y un título ficticio y por consiguiente nulo a los otros tres.»

El argumento transcrito se puede retorcer con las mismas razones en contra de las pretensiones de la demandante: si el título fue válido respecto de tres de los hijos del general Mendieta, como sin duda lo es de acuerdo con la sentencia, es inexplicable y absurdo que también no sea válido respecto de los otros tres hijos del general.

Dice el señor doctor Ferrero: «El Tribunal sentenciador en sus deducciones se quedó a la mitad del camino, pues aceptó la existencia de la simulación respecto de algunos de los demandantes y la negó respecto de los otros, como si el fortísimo indicio resultante de la escasez de medios de los compradores no fuese extensivo a todos.»

Respondo: El mismo Tribunal dijo en el fallo al tratar de la escasez de medios de los compradores: «a excepción de Belisario Mendieta, porque en primer lugar, todos los testigos excluyen en su declaración al respecto a este señor» (f. 176 v. C. 4).

De suerte que los pretendidos indicios no son extensivos igualmente a todos.

Además las pruebas de donde el Tribunal dedujo la falta de recursos en las señoritas Mendieta no son suficientes para establecer el indicio; basta examinar las declaraciones:

La señora Virginia M. de Mora dice que no le conoció bienes a la madre de cinco de los señores Mendieta, lo cual ni prueba que realmente no tuviera bienes, ni que las señoritas Mendieta no los hubieran adquirido por otros medios, pues la testigo dice que tuvieron negocios. Además la señora de Mora declara por referencia de su hermano don Fidel Mendieta, lo cual pone de presente una parcialidad en su declaración, ya que ella misma dice que es tía de Clementina Mendieta,

la verdadera interesada en el pleito, quien vive en su casa. (f. 36, v. 37 y 38 C. 2).

De la declaración de la señora Bethsabé F. de Torres tampoco se deduce ni que la madre de cinco de los señores Mendieta no les hubiera dejado bienes, ni que ellos no los hubieren adquirido posteriormente: de que «quizás con estos negocios no adquiriría ella (la madre) mayor cosa,» no se deduce que no los hubiera adquirido, ni de *no haberles visto capital* a los Mendieta, tampoco se deduce que no lo tuvieran.

Los demás testigos que declaran sobre la falta de recursos de los demandados son aún más imprecisos, pues se refieren a lo que ellos estiman, o a lo que oyeron decir.

Con tales pruebas no queda establecido el indicio de falta de recursos en los compradores en la época en que relizaron la compra de las fincas, y como dice el artículo 594 del C. J. los hechos accesorios que suministran los indicios deben estar plenamente probados.

Es cierto que la pobreza del comprador *en la época en que realizó* una compra al contado, puede ser un indicio de simulación, pero para ello se necesita que aquella pobreza en aquella época quede plenamente probada.

Además debe tenerse en cuenta que conforme dice el Tribunal, respecto de uno de los compradores, Belisario, no existe ni aun el indicio de pobreza. Siendo así, no podría entenderse que este comprador pagó y que después arregló con las otras compradoras en forma que no interesa conocer? ¿No ocurre ésto muy frecuentemente en las compras hechas por varios, y no es más legal y equitativo suponerlo así, y no ir a quitar toda su fuerza probatoria a una escritura pública, porque algunas personas rindan declaraciones deficientes y ambiguas sobre la pobreza de algunos de los compradores?

Dice el señor doctor Ferrero que el Tribunal excluye de la falta de recursos a Belisario porque en la época de la escritura dicho señor «era un profesional, de donde es lógico deducir que sí podía haber tenido bienes para el pago por lo que respecta a la parte que él compró».

Observo que el Tribunal no aduce aquella razón como única, sino *en segundo lugar*; la razón primera del Tribunal y que el señor doctor Ferrero no transcribió, es esta: «en primer lugar, todos los testigos excluyen en su declaración al respecto a este señor (Belisario Mendieta)» (f. 176 v C. 4).

En efecto, la misma señora Virginia M. de Mora, testigo presentada por la demandante y muy citada por ella, dice: «Me consta que los hijos de Tránsito, a excepción de Belisario, no han tenido capital ni negocio propio que les hayan dejado ganancias» (f. 37 v C. 2).

Si Belisario, uno de los compradores, sí tuvo capital y ganancias, bien pudo él, aun en el supuesto de que las otras compradoras fueran pobres, haber pagado el precio de la compra a don Fidel, y después haberse entendido con sus hermanas, como antes se dijo.

Dice el señor Ferrero que a todos los demandados les es igualmente aplicable el indicio de que debe presumirse que don Fidel dijo verdad en su testamento cuando afirmó que en el contrato del 26 de octubre no hubo precio real y efectivo, y que él obedeció únicamente al hecho de que los bienes no saldrian de la familia, quedando repartidos por iguales partes entre todos sus hijos; porque el contrato simulado y en la forma como fue estipulado, es el único medio para lograr aquellos fines, dado que cinco de los demandados eran hijos de distinto lecho y estaban por lo mismo excluidos en el patrimonio de su padre.

Se contesta: El testamento de don Fidel es una contradicción, pues si con él se proponía dar una prueba de la nulidad del contrato de venta que celebró en 1906 con sus seis hijos, y de esta manera hacer que tales bienes volvieran a su sucesión en provecho de su única heredera instituída, señora Clementina, entonces no se entiende por qué en el mismo testamento dijo don Fidel: «No puedo menos de dejar constancia en este acto solemne, de mi anhelo porque mis nombrados hijos (todos sus seis hijos) sean restablecidos en sus respectivos derechos sobre los indicados terrenos, *al tenor de la escritura pública número setecientos veintinueve del seis de Octubre de mil novecientos seis* pasada en la Notaría tercera del Circuito de Bogotá» (f. 52. C. 1).

Cómo se explica que don Fidel en el mismo testamento declara sobre la nulidad e insubsistencia del contrato contenido en la escritura N.º 729 y en seguida instituya como su única heredera a su hija Clementina para que a ella vayan todos aquellos bienes, y a la vez manifieste que su deseo es que sus seis hijos sean todos dueños de los terrenos al tenor de la escritura N.º 729, es decir todos por partes iguales?

O se trata del testamento de un demente, de un testamento contradictorio e ininteligible, o para cumplir el deseo del testador debe estimarse que él afirmó que el contrato contenido en la escritura N.º 729 era real y debía producir sus efectos.

Agréguese que el testamento, los interesados y los testigos no están de acuerdo en explicar el motivo de la pretendida simulación, lo cual explica que el tal motivo no existió. Así el testador dice que la venta obedeció a *heredar en vida* a sus hijos y para que las fincas no salieran de la familia. El testigo Angel Bonilla afirma que la razón de la venta fué el pleito de Guane con la familia Restrepo; el testigo Cus-

todio Rodríguez dice que fué por no pagar al general Leovigildo Rodríguez etc. Por qué por tanto en lugar de pretender buscar a la venta de 1906 una causa que no se sabe cual sea por atender indicios sin fundamento, no se está de preferencia a la existencia de la causa real y lícita que menciona la escritura pública de venta, y siendo así que una escritura pública vale más que pruebas incongruentes y descosidas?

Dice el señor doctor Ferrero que a mis representados comprende también el indicio de que se ignora en qué fué invertida la suma de \$ 60.000 valor de la venta hecha por don Fidel y la forma en que dispuso de ella, toda vez que al testar no dejó a su legítima y única heredera un solo centavo en efectivo.

Se contesta: La venta en cuestión tuvo lugar en 1906 y el testamento se otorgó en 1921, es decir quince años después. En aquel lapso de tiempo bien pudo don Fidel disponer de aquel dinero y aún consumirlo totalmente. Entiendo que sea un indicio el que una persona que realiza una venta por una crecida suma que declara recibida muera poco después y no deje un centavo: pero cuando transcurren quince años, aquel indicio es ilógico. Agréguese que la manera como una persona emplea un dinero en quince años es un hecho indefinido, de muy difícil o imposible prueba.

Dice el señor doctor Ferrero, de acuerdo con el Tribunal que «al hacer (el testador Mendieta) las declaraciones que consignó en su testamento obró con sinceridad por tratarse de aseveraciones hechas en el lecho de muerte.»

Respondo: Además de todas las observaciones que dejo hechas respecto del testamento de don Fidel, agrego que el Tribunal en la sentencia al estimar los indicios peca por estimar como indicios separados los que en realidad son un solo indicio: las afirmaciones de don Fidel en el testamento; el motivo de la simulación según el testamento; el haber sido hecho el testamento en el lecho de muerte; los meneos o signos de cabeza que se atribuyen a Clementina, Evangelina y Emelina de que después se volverá a hablar, todo ello constituye un solo indicio; *el testamento*, y ya se sabe el valor de tal testamento, y aunque lo tuviera sólo podría valer contra don Fidel y no contra las compradoras, como se ha pretendido.

Dice el artículo 592 C. J. que cuando muchos indicios se refieren a un solo indicio por numerosos que sean no forman una plena prueba, y todos juntos no constituyen sino un solo indicio.

Y en dónde está la vehemencia de los indicios, es decir la conexión entre los hechos que lo constituyen y el que se trata de averiguar? Dónde está la conexión entre no tener hoy dinero y por eso deducir que no se recibió hace quince años? Dónde está la conexión entre no haber pagado el precio de una venta y admitir que uno de los compradores (como era Belisario) tenía capital con que pagar?

Si muchos de los indicios del Tribunal se reducen a una solo, *el testamento*, que no es prueba contra los compradores; y si los otros indicios no son en forma alguna vehementes, y mucho menos necesarios, dónde están los indicios vehementes y diversos que requiere el artículo 590 del C. J. para formar la plena prueba de la simulación en la compraventa, no digo solamente respecto de mis mandantes sino de todos los demandados en el presente juicio?

Dice el señor doctor Ferrero que el hecho de que don Fidel hubiera conservado la administración al menos de parte de las fincas vendidas, es un indicio de simulación respecto de todos los demandados.

Contesto: Si se leen varias declaraciones de autos, se observa que no fue don Fidel sino el doctor Gómez quien administraba las fincas; es cierto que don Fidel a veces trataba de mezclarse en la administración y que el doctor Gómez en ocasiones se lo permitía como conviene en las relaciones de familia. Pero están muy lejos los autos de probar que sólo don Fidel y únicamente él siguió administrando las fincas después de que el doctor Gómez adquirió gran parte de ellas por compra a los señores Mendieta.

En consecuencia de todo lo expuesto y refutado, el señor doctor Ferrero indica cuáles son las disposiciones legales quebrantadas a su juicio en la sentencia. Enumera las siguientes: artículos 1502 y 1524 Código Civil; artículos 1849 y 1857 *ibidem*; artículo 15 Ley 95 de 1890, y artículo 1740 del C. C.

Basta la lectura de dichas disposiciones en relación con lo que he dejado expuesto para concluir que la pretendida violación no ha existido. Entrar de nuevo en dicho análisis sería repetir y alargar inútilmente el alegato.

Dice el señor doctor Ferrero que «por haber admitido el Tribunal sentenciador que la aparente venta contenida en la escritura que acabo de citar (la N.º 729 de 1906) no es nula en cuanto a los tres demandados a quienes absolvió de la demanda, llegó a la errónea conclusión de que la señora demandante ha carecido del interés necesario,

según la ley, para poder demandar, en lo que concierne a esos mismos tres demandados, la nulidad de la otra venta o sea la que aparece hecha por los hijos del general Mendieta (menos Edelmira) al doctor Januario Gómez, y que se hizo constar en la escritura pública N.º 1400 del 17 de Noviembre de 1916 de la Notaría 3.ª de Bogotá.

Contesto: Manifiesto es que si el sentenciador llega a la conclusión de que no se puede declarar la nulidad del contrato de la escritura N.º 729, ya no es posible entrar siquiera a examinar la nulidad del contrato de la escritura N.º 1400, porque la demandante carecería de interés para ello, porque aun declarado nulo el segundo contrato sus efectos no resultarían a favor de la demandante.

De aquí que no estime que sea en principio errónea la estimación del Tribunal; otra cosa sería si declarado nulo el primer contrato por sentencia en firme, no se concediera personería a la demandante para pedir la nulidad del segundo contrato.

De modo que si la H. Corte llega a la conclusión, como lo espero, de que el primer contrato *no es nulo*, no sólo respecto de mis poderdantes, sino de todos los demandados, entonces no tendría que estudiarse la nulidad del segundo contrato por falta de interés y de personería sustantiva en la demandante.

Y sea aquí el caso de hacer una observación: el Tribunal cuando estudió la simulación del segundo contrato se detuvo tan sólo a examinar si existían razones de simulación respecto del comprador doctor Gómez, no si existían respecto de las vendedoras, como era indispensable por tratarse de un contrato bilateral.

Si hubiera hecho tal examen habría entonces llegado a la conclusión de que la mayoría de los indicios que tuvo en cuenta respecto del primer contrato en relación con los Mendieta, no existían: ya no era el caso del testamento de don Fidel, de sus declaraciones, de estar en el lecho de muerte, de los signos de cabeza; tampoco era el caso de la pobreza, porque antes las Mendieta iban a recibir dinero. Siendo así, muy poco indicio quedaba contra las Mendieta, si quedaba alguno; y si se requirieron *todos* los indicios para declarar la nulidad de la primera venta, ¿por qué bastarían con unos pocos, o con ninguno, para declarar nula la segunda venta?

Además aquellos pocos indicios quedarían contrarrestados por la fuerza de la declaración contenida en la escritura N.º 1400, y por la confesión contenida en la carta reconocida en que todos los vendedores Mendieta afirman que el comprador Gómez les pagó el precio: ¿cómo desdeñar estas plenas pruebas ante unos pocos y mal probados indicios?

Si respecto del contrato de la escritura N.º 1400 no aparece si-

mulación por parte de los vendedores, tampoco resulta por parte del comprador doctor Gómez. Respecto de él se afirma que confesó extrajudicialmente la simulación. Veámoslo:

El testigo doctor Alberto Portocarrero es testigo único en sus declaraciones, pues dice que lo que afirma no lo presenció, ni oyó otra persona.

El doctor Portocarrero incurre en contradicciones, en efecto:

a) Dice que la escritura de hipoteca al doctor Julio Z. Torres fue otorgada por los hijos del general como nudos propietarios y por don Fidel como usufructuario (f. 39 v. C. 2).

Dicha escritura fue otorgada en 1911, luego no era posible que don Fidel interviniera como usufructuario, porque desde 1909 había vendido tal derecho a Belisario y al doctor Gómez (f. 3. C. 3. f. 34. C. 1).

b) Dice que la escritura de usufructo como la de la nuda propiedad que se hicieron al doctor Gómez tuvieron por causa la exigencia que hizo para que así se le garantizara el pago al doctor Torres.

Pero es el caso que la venta de la mitad del usufructo que le hizo don Fidel al doctor Gómez ocurrió dos años antes del préstamo del doctor Torres, es decir que no pudo tener en vista el pago al doctor Torres.

c) Dice el doctor Portocarrero que sostiene que cuando se hizo la escritura de hipoteca al doctor Torres, don Fidel podía disponer de los lotes en cuestión.

No es aceptable, porque a la fecha de la hipoteca en 1911, don Fidel en 1906 y 1909 había vendido no sólo la nuda propiedad sino el usufructo de dichos lotes.

Declaración en que el testigo es único y en que se ve de manifiesto, por lo que se deja expuesto, que el testigo no tenía verdadero conocimiento de los negocios de la familia Mendieta, no puede ser tenida en cuenta. A ello debe agregarse todo lo que sobre tal declaración queda dicho por algunos de los demandados en sus demandas de casación.

Las declaraciones de Patricio Guáqueta, Francisco Vásquez y Constantino Ponce, respecto de una confesión extrajudicial que se dice hecha por el doctor Gómez, carece de mérito, pues los testigos no están en preciso acuerdo en las palabras, además de que ninguno de ellos afirma que el doctor Gómez hubiera hecho referencia a la compraventa contenida en la escritura N.º 1400, ni que hubiera dicho que ella había sido simulada. Ponce dice que la deuda era sobre las tierras de San Antonio; Guáqueta se refiere a La Argentina; Guáqueta habla primero de *una suma de dinero* (f. 50 C. 2), después dice que como de catorce mil pesos (f. 80 v. C. 5); Vásquez y Ponce la hacen su-

bir hasta diez y ocho mil pesos (f. 52 v. C. 2, f. 3 v. C. 6). Ninguno de los tres testigos precisa la fecha de la pretendida confesión del doctor Gómez; siendo de advertir que Guáqueta contestó en 1926 sobre puntos que no recordaba cuando declaró en 1925 (f. 80 v. C. 5).

Tales declaraciones incongruentes e imprecisas mal pueden ser plena prueba de una confesión extrajudicial, la cual por ley no es plena prueba sino en determinado caso de que ahora no se trata, sino tan sólo prueba deficiente, pero ello siempre que la confesión extrajudicial se compruebe plenamente (artículos 561 y 562 del C. J.).

El señor doctor Ferrero echa menos que el Tribunal no hubiera examinado la declaración del doctor Julio Z. Torres «cuya declaración, dice, es decisiva y no fue mencionada en la sentencia, omisión ésta que en verdad no acierto a explicarme» (f. 11 v. C. Casación).

Para mí tengo que si el Tribunal no mencionó tal declaración fue porque nada probaba.

En efecto: a folio 79 del C. 5 figura una breve declaración del doctor Torres en que dice que no recuerda lo que se le pregunta.

A foja 45 del C. 2 está su otra declaración, la cual pasa a examinarse:

Dice el doctor Torres que cuando examinó los títulos de los terrenos en 1911 «resultaron de ellos que tanto el General Mendieta como la familia eran dueños de los terrenos citados.»

No pudo ser así, porque el general había vendido la nuda propiedad de los terrenos en 1906, y el usufructo en 1909.

Dice el doctor Torres que le consta que Mendieta se valió de Gómez para que le diera prestada una cantidad de dinero, «porque así me lo dijo el general Mendieta y el Dr. Gómez.»

Declaración de oídas sin citar las palabras.

Agrega el doctor Torres que no recuerda delante de quien se lo dijeron.

Agrega el doctor Torres: «Recuerdo que en esa ocasión o poco después el Dr. Gómez me manifestó que para asegurarle el dinero había obtenido de la familia o del general Mendieta una escritura de confianza.»

Dice: «en esa ocasión o poco después;» «de la familia o del general Mendieta.» Ello entraña dudas e incertidumbres sobre puntos importantes, y manifiesta que el doctor Torres no conocía los negocios de don Fidel y la familia, pues aun estima que 1916 don Fidel pudiera hacer escrituras sobre lotes que no eran de él desde 1906 y 1909.

La declaración del doctor Torres sigue al mismo tenor, y ella es la que el señor doctor Ferrero califica de *declaración decisiva*.

No son otros los indicios o conjeturas de donde el Tribunal de-

dujo que el contrato de la escritura No. 1400 era simulado por parte del comprador doctor Gómez.

En cuanto a los indicios de la simulación por parte de las vendedoras Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, ya se dijo que el Tribunal *no indicó en el fallo cuales fueran*, pero en todo caso son muchos menos de los que se pudieran alegar para el contrato de la escritura No. 729; y si para declarar este contrato nulo se requirieron aquella serie de indicios y ninguno menos, no se ve cómo con muchos menos, se declare también nulo el contrato de la escritura No. 1400.

Es entendido que así hablo en cuanto pueda aprovechar a dichas tres demandadas que no son mis poderdantes, pues en cuanto a mis poderdantes se refiere, ellas fueron absueltas.

Entre aquellos indicios que se hicieron valer contra Clementina, Emelina y Evangelina figura el asentimiento que dieron al testamento de don Fidel.

No sé qué fuerza puedan tener las afirmaciones de don Fidel respecto de simulaciones en un contrato en que no intervino: acaso se trate de la declaración sin juramento, de lo que oyó decir, sin indicar las palabras, y teniendo en cuenta que dicha declaración fue suscrita no por don Fidel sino por el señor Sabogal, que es el interesado en este letigio.

Además tampoco entiendo por qué la póliza del testamento se lee a Clementina, Emelina y Evangelina y después se les pide su asentimiento al testamento de don Fidel, siendo así que el testamento es acto de una sola persona, y que el asentimiento de un tercero ni quita ni pone, y cuando más significa que se otorgó el testamento, si fue que se otorgó.

Además los testigos que sobre ello declaran no están de acuerdo: el uno dice que asintieron a la póliza; otro que al testamento; otro que por signos o meneos de cabeza; otro que con palabras. No hay dos testigos que estén conformes, y cuando se les repregunta resultan con que cada uno es *testigo único*, lo cual hace que los indicios vayan disminuyendo de fuerza, hasta convertirse en meras palabras de los testigos sin concordancia entre sí y sin fuerza legal.

Lo de los meneos o signos de cabeza merece reparo por lo indefinido: en qué momento movieron la cabeza? todas lo hicieron a un tiempo? en qué sentido fue el signo? Los latinos decían *nuere* el hecho de mover la cabeza, movimiento que cuando era de arriba hacia abajo lo llamaban *abnuere*, y cuando era de izquierda a derecha *renuere*. Pero aunque el signo sea de arriba a abajo, ello por sí solo no prueba la afirmación, pues todos sabemos que muchas veces la move-

mos en tal sentido para *negar ponderativamente*, como cuando decimos *si?* o *conque si*, para negar implícitamente. Se dirá que al hablar la negación está indicada por la interrogación, pero al mover la cabeza no cabe dicha modalidad.

Se ve por tanto hasta donde es ambiguo un meneo de cabeza, para deducir de allí un indicio que borre lo dicho en escrituras públicas y lo que las demandadas han afirmado bajo juramento al reconocer la carta que dirigieron al doctor Gómez y de que ya se hizo mérito.

Dice el señor doctor Ferrero: «Todas las pruebas en autos y que el Tribunal tuvo en cuenta para declarar la nulidad de este contrato en cuanto a las demandadas Clementina, Emelina y Evangelina Mendieta, y para ordenar a cargo del doctor Gómez aparente comprador, la restitución de las tres sextas partes de las fincas, son también válidas y concluyentes para demostrar la nulidad por simulación del mismo contrato en cuanto a las otras personas que figuran como vendedoras en él y para condenar al mismo doctor Gómez, simulado comprador de esas partes de las fincas, a la restitución de tales partes para la sociedad conyugal Mendieta - Prieto.»

Contesto: Este es un argumento de resumen de la demanda de casación del señor doctor Ferrero, y por tanto yo por mi parte también resumo todas las alegaciones y observaciones que he hecho a tal demanda en el presente escrito, en la siguiente forma: Quedó ya demostrado que *no todas* las pruebas que obran en autos, sino antes *muy pocas* de ellas, que el Tribunal tuvo en cuenta para declarar la nulidad de los contratos en cuanto a las demandadas Clementina, Emelina y Evangelina, y para ordenar al doctor Gómez la restitución de las tres sextas partes de las fincas, puedan hacerse valer contra mis poderdantes. Quedó también demostrado que respecto de mis poderdantes no puede la H. Corte variar la apreciación de las pruebas que hizo el Tribunal en el fallo, como pretende el señor doctor Ferrero.

Termino mi alegato y la respuesta a la demanda de casación de la demandante, y agrego que lo dicho en este escrito contribuye también a demostrar que la sentencia del Tribunal no puede subsistir y es ilegal en cuanto a las condenaciones que hizo en contra del doctor Gómez y de tres de las demandadas.

Es cierto que en mi alegato no tenía estrictamente por qué tocar este punto, pero lo he hecho en razón de la solidaridad de la parte demandada, si se exceptúa doña Clementina, y porque el mismo señor doctor Ferrero en su demanda de casación se refiere también en

ocasiones a la sentencia para sostenerlo en la parte favorable a la demandante.

—

Término pidiendo a la H. Corte se digne declarar que no es el caso de infirmar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que puso término a este juicio en la segunda instancia, en cuanto declaró libres de todos los cargos de la demanda a mis poderdantes señora Edelmira Mendieta de Gómez, señorita María Natividad Mendieta, y a las menores María Olga, Blanca Cecilia y Lilia Mercedes Mendieta, hijas las menores del doctor Belisario Mendieta y representadas por su legítima madre señora Edelmira Mendieta v. de Mendieta.

Además está en interés de las personas que represento el que la sentencia sea casada en cuanto hizo condenaciones en contra del doctor Januario Gómez, señora Clementina Mendieta de Sabogal y señoritas Emelina y Evangelina Mendieta, conforme lo han solicitado los señores doctores Alberto Goenaga, Pedro M. Carreño, Luis F. Latorre U. y Januario Gómez B. en las demandas de casación por ellos presentadas.

*Bogotá, Julio 22 de 1930.*

Señores Magistrados.

MIGUEL ARTEAGA H.

