



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
BOLETÍN 13 DE 31 DE JULIO DE 2013

1. **PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN**

1.1. Sala Civil

**Problema jurídico por resolver.** La Sala se centra, dígase casi que con exclusividad, a refutar una de las conclusiones del Juez, para quien no se demostró que Carlos Ballesteros Rodríguez haya tenido noticia de que la compraventa era aparente por interposición de persona.

**“EN SUMA, ENCUENTRA LA SALA QUE EL MOTIVO O MÓVIL DE LA SIMULACIÓN INDUDABLEMENTE CONSISTIÓ EN LA CONVENIENCIA PARA LA ACTORA DE NO APARECER COMO TITULAR DEL DERECHO DE DOMINIO DEL INMUEBLE ANTE EL IMPEDIMENTO LEGAL DE QUE PUDIERE FUNGIR COMO TAL, RAZÓN POR LA CUAL RECURRIÓ A LA IDENTIDAD DE UN PRESTA-NOMBRE: FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ CÁRDENAS, PARA QUE LO ADQUIRIERA DISIMULADAMENTE PARA ELLA; NO SE OLVIDE QUE “LA SIMULACIÓN RELATIVA POR INTERPOSICIÓN FICTICIA DE PERSONA ESTÁ ORIENTADA A “HACER FIGURAR COMO PARTE DE UN NEGOCIO JURÍDICO A UNA PERSONA QUE EN VERDAD NO LO ES, EN VEZ O EN LUGAR DEL REAL TITULAR DEL INTERÉS, DANDO LA SIMPLE APARIENCIA DE UNA REALIDAD DIFERENTE, CON EL DESIGNIO CONSCIENTE, CONVERGENTE Y DELIBERADO “DE OCULTAR LA GENUINA IDENTIDAD DE LOS TITULARES DE LA RELACIÓN CREADA” (...), EN CUYO CASO, SE SIMULA LA POSICIÓN O SITUACIÓN JURÍDICA DE PARTE, CONTRATANTE O SUJETO NEGOCIAL”<sup>1</sup>.**

EL OBJETO ILÍCITO PATENTE EN EL NEGOCIO JURÍDICO TRASLATICIO DEL QUE SE VIENE HABLANDO, ERA UNA CIRCUNSTANCIA QUE, CON SEGURIDAD, HABRÍA DESCUBIERTO EL A QUO SI SE HUBIERA APLICADO AL DEBER DE INDAGAR SOBRE LA REGULARIDAD, O UTILIZANDO LAS PALABRAS DE LA CORTE: LEGALIDAD U HONESTIDAD DE LA DISTORSIÓN DE LA REALIDAD, SIN QUE LA OMISIÓN SOBRE EL PARTICULAR IMPIDA QUE ESTE TRIBUNAL DECLARE OFICIOSAMENTE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA COMPROVANTA VERTIDA EN LA ESCRITURA PÚBLICA NÚMERO 423 OTORGADA EL 27 DE OCTUBRE DE 1976, SIN PERJUICIO DE QUE SE DECLARARÁ, TAMBIÉN, QUE LA DACIÓN EN PAGO REALIZADA POR EL FALAZ ADQUIRENTE FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ CÁRDENAS CON CARLOS BALLESTEROS RODRÍGUEZ ES FRUTO DE UNA SIMULACIÓN ABSOLUTA, SÓLO QUE EL BIEN NO PODRÁ DEJARSE EN MANOS DE LA CONVOCANTE POR RAZONES QUE YA SON SUFICIENTEMENTE CONOCIDAS, Y HABRÁ DE REGRESAR AL PATRIMONIO DE GERTRUDIS ARCHBOLD VIUDA DE BUSH, COMO SI JAMÁS HUBIERA SALIDO DE ALLÍ, BORRANDO TODO RASTRO DE LA ILEGALIDAD QUE SE PRETENDIÓ

---

<sup>1</sup> Corte Suprema, Casación civil, 28 agosto 2001, exp.6673 citada en fallo de 16 dic 2010 ref.C-47001310300520050018101 MP William Namén Vargas.

## CONSUMAR Y DE LA QUE NO ES POSIBLE DESGAJAR PROVECHO ALGUNO.

”(...)

### a) La Demanda

.María Esther Álvarez Moro formuló demanda ordinaria contra Francisco José Sánchez Cárdenas, Gertrudis Archbold Vda. de Bush y Carlos Ballesteros Rodríguez, con el propósito de que –según se sigue de la reforma de la demanda (f. 121 y ss)- se hicieran las siguientes declaraciones:

*“Que se declarara simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 423 otorgada el 27 de octubre de 1976”,* por cuanto la verdadera compradora del solar es la demandante.

En subsidio de la anterior pretensión, solicitó que se declarara que Francisco José Sánchez Cárdenas, al actuar como adquirente en la compraventa de marras, lo hizo en calidad de mandatario de María Esther Álvarez Moro.

Que se declarara absolutamente simulado el contrato de mandato con representación de 26 de octubre de 1976, mediante el cual la demandante dijo recibir poder de Francisco José Sánchez Cárdenas para representarlo en la enajenación, cuando en realidad aquélla obró para sí misma y en nombre propio.

Que se declare absolutamente nulo el contrato de dación en pago celebrado entre Francisco José Sánchez Cárdenas y Carlos Ballesteros Rodríguez, elevado en la escritura pública 2518 de 22 de julio de 1991, acto mediante el cual aquél transfirió a éste el derecho de domino del inmueble sobre el que recayó el negocio jurídico referido en precedencia.

En subsidio, que se declare que la dación en pago es una connivencia de los otorgantes para imposibilitar la restitución del inmueble a la demandante por Francisco José Sánchez Cárdenas.

En subsidio, que se declare que la mentada dación no produce efectos contra la demandante, *“cuya calidad de mandante y verdadera propietaria del inmueble era conocida por los otorgantes demandados”*.

Y que se condene a Francisco José Sánchez Cárdenas y a Carlos Ballesteros Rodríguez a restituir a la demandante el lote a que se refieren los negocios jurídicos. En subsidio, solicitó que se condenara a Carlos Ballesteros Rodríguez a indemnizar a aquélla los perjuicios que le infligió la celebración de la dación en pago, *“restituyéndole el inmueble objeto de dicho contrato”*, así como a la restitución de los frutos producidos por el lote desde julio de 1991 *“y la fecha de la restitución”*.

### b) Los Hechos

Los fundamentos fácticos de las pretensiones –según la sustitución de la demanda- (f. 70 y ss) admiten el siguiente compendio:

a) El 27 de octubre de 1976 María Esther Álvarez Moro le compró a Gertrudis Archbold Vda. de Bush, un lote de terreno situado en la Isla de Santa Catalina, jurisdicción del municipio de la Isla de Providencia. Empero, *“persuadida de que era imposible a los extranjeros poseer en Colombia bienes inmuebles contiguos al mar”*, la compradora, quien asumió el pago del precio, *“simuló con*

*Francisco José Sánchez un contrato de mandato [del 26 de octubre de 1976] para el otorgamiento de la escritura de compraventa”, conforme al cual aquél aparecería como comprador del inmueble mientras que María Esther (...) figuraría apenas como representante suya para otorgar el instrumento público”, como sucedió al correrse la escritura el 27 de octubre de ese año.*

b) En documento privado suscrito el 28 de octubre de 1976, Francisco José Sánchez declaró que la escritura otorgada el día inmediatamente anterior es un acto simulado. Sin embargo, en ausencia de la verdadera compradora, mediante escritura de 22 de julio de 1991 procedió a transferir el inmueble a título de dación en pago a Carlos Ballesteros Rodríguez, por una deuda supuestamente relacionada con la administración del inmueble, a pesar de que este nunca tuvo ni requirió de ese servicio. Tampoco es cierto lo que allí se consignó sobre la posesión del aparente enajenante, pues esa situación era ostentada exclusivamente por María Esther Álvarez Moro.

c) Carlos Ballesteros Rodríguez “tenía pleno conocimiento de que la verdadera dueña del inmueble era la señora María Esther Álvarez Moro”. De manera que el propósito de esa dación en pago es alzarse con un bien que es de ésta, y “crear la apariencia de que el inmueble había pasado a manos de un tercero, todo con el fin de dificultar las acciones que asisten a la verdadera dueña”.  
(...)

### **C) Sentencia Impugnada**

En cuanto al acto contenido en la escritura pública otorgada el 27 de octubre de 1976, concluyó el *a quo* que se cumplían los presupuestos para declarar que era relativamente simulado, por cuanto allí se persiguió esconder la identidad de la verdadera adquirente de la cosa.

Y respecto a la pretensión de que se declarara la nulidad de la dación en pago celebrada entre el aparente comprador con Carlos Ballesteros Rodríguez el 22 de julio de 1991, estimó que no era procedente por cuanto que “*la nulidad absoluta solamente procede cuando existe un objeto o causa ilícita y cuando se omite alguno de los requisitos formales que la ley prescribe para determinados actos*”, señalando que “*el negocio se celebró observando los requisitos formales que prescribe la ley para ese tipo de contratos*” y que el supuesto que la demandante denunció: que el susodicho negocio tenía la intencionalidad de defraudarla, no se acreditó, de modo que la presumida buena fe que marcha al compás del acto cuestionado no había quedado desvirtuada, acotando para finalizar que no se probó mala fe en Carlos Ballesteros Rodríguez al intervenir en el contrato de dación en pago, por donde no podía disponerse la restitución del bien a la demandante.

### **d) El recurso**

En apretada síntesis, el recurrente se manifiesta en contra de la decisión apelada por cuanto, a su juicio, sí existen pruebas de que el demandado Carlos Ballesteros Rodríguez, que participó en la compraventa en calidad de representante de la vendedora, sabía desde entonces que Francisco José Sánchez Cárdenas no era más que un comprador aparente, por lo que, concluye, el contrato de dación en pago celebrado entre aquéllos no podía tener otro propósito que el de defraudar los derechos de la demandante, y en ese orden, el Juez debió haber declarado su nulidad absoluta por tener causa ilícita y carecer de objeto, pues el fundo jamás requirió de una labor de administración, la cual, en todo caso, por virtud del acuerdo urdido entre la demandante y Francisco José, en nada le incumbía a este último.

(...)

### c) Consideraciones

María Esther Álvarez Moro buscó que se declarara que los sujetos que intervinieron en la compraventa de 27 de octubre de 1976, a saber: Carlos Ballesteros Rodríguez, que actuó como parte en sentido formal en representación de la vendedora (Gertrudis Archbold Viuda de Bush), y el adquirente: Francisco José Sánchez Cárdenas, representado precisamente por aquélla para ese negocio, sabían desde entonces que esa operación era simulada, bajo el entendimiento previo de que quien en realidad estaba llamada a recibir los efectos finales del negocio era María Esther Álvarez, interesada que aquí reclamó que se hiciera prevalecer el acuerdo íntimo que entre todos ellos existió, y de ese modo obtener que se declare que la subsiguiente dación en pago realizada por los 2 varones demandados, valiéndose de la apariencia generada por el primer negocio es, respecto de la convocante, absolutamente nula, simulada o ineficaz.

Habiendo comprobado el *a quo* que con el primer negocio jurídico se pretendió encubrir la persona de la verdadera compradora, por lo cual procedía declarar su simulación relativa, sobre lo que, valga decirlo, no existe oposición en la alzada, hay que ver que el debate en esta instancia se centra, dígase casi que con exclusividad, a refutar una de las conclusiones del Juez, para quien no se demostró que Carlos Ballesteros Rodríguez haya tenido noticia de que la compraventa era aparente por interposición de persona, de modo que era preciso estarse a que la adquisición del dominio que obtuvo de manos de Francisco José Sánchez se trató de un negocio jurídico en el que obró de buena fe, y en ese orden, no procedían las pretensiones elevadas contra la validez, seriedad o ineficacia –inoponibilidad- del mismo, conclusión que así vista, en principio, no merecería reparo alguno, desde luego que como lo dejó establecido de hace marras una de las decisiones que marcó un hito en materia de simulación “[l]a dualidad de expresiones y, más concretamente, la realidad recóndita, no es oponible a terceros de buena fe, esto es, a quienes no conocieron la intimidad de la actuación de las partes, pudiendo, por ello, atenerse a la apariencia que los indujo a creer erradamente en la veracidad de esta”<sup>2</sup>, situación que repercute en que “[t]ales terceros, en cuanto hayan derivado, con buena fe, derechos del titular aparente, no están expuestos a acciones eficaces intentadas por el disponente, a una por él y su cómplice o, por este sólo”<sup>3</sup>.

Entonces, el recurrente, valga la precisión, sobre la base de la declaración emanada del fallo de primera instancia en el sentido de que la verdadera compradora del fondo es la demandante, se opone en esta instancia a la calificada buena fe en el proceder de Carlos Ballesteros Rodríguez, quien a su juicio sí conocía los pormenores del primer negocio y a quien, por consiguiente, no le es dado reportar provecho de una situación relativamente aparente. Aún más, el apelante extendió su argumentación a cuestionar la seriedad del segundo contrato en sí mismo y aisladamente considerado, que califica de nulo por cuanto carece de causa y objeto, habida cuenta que el propósito que tuvieron los contratantes fue el de dificultar que el solar quedara en poder de su verdadera dueña.

En definitiva, dos vías encaminadas a un solo propósito:

Al efecto, si en realidad se hubiera acreditado que Carlos Ballesteros estaba enterado de que Francisco José Sánchez Cárdenas era sólo un testaferro<sup>4</sup>,

2 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de mayo de 1968, Gaceta CXXIV -142, tomada de Antología Jurisprudencial, Tomo I Sala Civil, Sigma Editores Ltda., Bogotá 2007, Pág. 666.

3 Ibíd. Pág. 670.

4 Persona que a decir de la Real Academia de la Lengua es la “que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona”

difícilmente podría sostenerse que la dación en pago celebrada a la postre entre estos dos es oponible a la demandante, pues como “lo aparente no está llamado a tener efectos entre las partes”<sup>5</sup>, cada una de ellas “por el sólo hecho de serlo, tiene interés en dicha declaración [la de prevalencia], en cuanto el contrario desconozca su vinculación a dicho convenio, procurando sacar ventaja de la simple apariencia, cualquiera que sea el medio del que se valga a propósito”<sup>6</sup>.

Al efecto, si en realidad se hubiera acreditado que Carlos Ballesteros estaba enterado de que Francisco José Sánchez Cárdenas era sólo un testaferro<sup>7</sup>, difícilmente podría sostenerse que la dación en pago celebrada a la postre entre estos dos es oponible a la demandante, pues como “lo aparente no está llamado a tener efectos entre las partes”<sup>8</sup>, cada una de ellas “por el sólo hecho de serlo, tiene interés en dicha declaración [la de prevalencia], en cuanto el contrario desconozca su vinculación a dicho convenio, procurando sacar ventaja de la simple apariencia, cualquiera que sea el medio del que se valga a propósito”<sup>9</sup>.

Ahora bien, señala el recurrente que con independencia de que Carlos Ballesteros Rodríguez haya o no estado enterado de la situación reseñada en precedencia, el contrato de dación en pago es, en todo caso, ineficaz (*lato sensu*), en razón a que se enderezó a distraer el bien de manos del falaz adquirente, circunstancia que se hace palmaria ante la ausencia de un crédito insoluto que diera lugar a la transferencia del bien a manera de solución o pago.

3. El panorama esbozado en la alzada pone de relieve que la demandante aspira a que se hagan prevalecer con plenos alcances los efectos del acuerdo simulatorio en virtud del cual Francisco José Sánchez Cárdenas adquirió a nombre de ella, de modo que tras reivindicar la realidad subrepticia de cuyo conocimiento –dice- eran conocedores aquél y Carlos Ballesteros, el fundo, en fin, termine por quedar bajo su dominio, efecto que asimismo aspira obtener, aunque de manera subsidiaria, si el Tribunal declara que el acto jurídico de dación en pago es, al igual que la compra y venta, simulado, aunque esta vez en grado absoluto por un supuesto objeto y causa ilícitos, habida cuenta que el mentado acto habría sido urdido con el exclusivo propósito de perjudicarla.

Bastaría, pues, con que la Sala encuentre prueba de alguno de los elencos argumentativos esbozados por el recurrente para que se imponga la revocación del fallo apelado, siendo muy de notar que el Juez dijo no encontrar prueba de que Carlos Ballesteros Rodríguez tomó parte del acuerdo simulatorio, por lo que concluyó que era un contratante de buena fe, dejando de auscultar por los reproches elevados contra la validez, seriedad y, en fin, eficacia de la dación en pago considerada independientemente, esto es, desligada del precedente contrato simulado.

Y es que es perfectamente posible que aún cuando Carlos Ballesteros hubiera actuado en la compraventa sin conocimiento de la interposición de persona, alteridad que sería respecto a él una hipótesis de reserva mental ejercida por su contraparte, nada se opone a que en esas condiciones la dación en pago acordada a la postre fuere de por sí, en algún modo, ineficaz, sobre lo cual nada consideró el Juez, quien se conformó con tener a aquél como contratante de buena fe por las circunstancias ya conocidas, para denegar el resto de

---

5 Ibíd. Corte Suprema de Justicia, Pág. 668.

6 Ibíd. Pág. 669.

7 Persona que a decir de la Real Academia de la Lengua es la “que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona”

8 Ibíd. Corte Suprema de Justicia, Pág. 668.

9 Ibíd. Pág. 669.

pretensiones de la demanda, pues ciertamente su análisis se limitó a sentar que la dación en pago se ajustó a los requisitos de forma que la ley exige, descartando con ello la procedencia de la nulidad invocada, como cualquier estudio sobre la seriedad y en fin, de la eficacia de ese negocio.

Retomando la ilación, encuentra la Sala que existe al menos una prueba que indica que Carlos Ballesteros Rodríguez sí estaba enterado de las condiciones reales de la compraventa vertida en la escritura pública otorgada el 27 de octubre de 1976. De ello da cuenta el testimonio de *Alfonso Robledo Ocampo* (f. 168 y ss), cuya declaración pasó completamente inadvertida dentro del entramado de argumentos de la decisión apelada. En resumidas cuentas, tal prueba no fue valorada, a pesar de contener apartes que debieron merecer puntual consideración.

Para lo que interesa, hay que destacar que el testigo manifestó tener cercanía con la familia Sánchez Cárdenas, en cuyo hogar, sostuvo, vivió la demandante por algún tiempo. Añadió que en razón de la familiaridad surgida, María Esther Álvarez Moro confió en uno de sus integrantes: Francisco Sánchez, la empresa de fungir en la compraventa como parte material de la relación sustancial, ante una “supuesta” imposibilidad de que ella ocupara ese lugar en su propio nombre, dada su calidad de extranjera (española)[fs 172/174]. Sobre esto último, tal concepto jurídico fue emitido por la abogada Isabel Ríos Cortés (f. 182), quien ratificó que suministró esa información a la convocante “...y en base a mi concepto por lógica si lo quisiera adquirir no podía ser a nombre personal por ser española, recordando ahora ellos debieron haberse valido de alguna persona colombiana si se insistió en la adquisición”. Tal persona fue Francisco Sánchez Cárdenas, quien poco después de la compraventa suscribió un documento en el que exponía las condiciones reales del negocio (f. 69), reconociendo ser un simple “*presta-nombre*” (*prête nom*, o *nomen commodat* en la doctrina francesa<sup>10</sup>), o como se denomina al interpuesto en otras latitudes, un simple “*hombre de paja*” –en la alemana<sup>11</sup>–.

(...)

En esas condiciones, resulta poco probable que el demandado Carlos Ballesteros, quien era allegado a la familia Sánchez Cárdenas, desconociera que la destinataria de los efectos finales de la compraventa iba a ser la convocante, siendo de notar que de algún modo que la Sala desconoce, aquél consiguió poder de la dueña del fundo para participar en representación suya en la escritura de compraventa, circunstancia que torna aún más improbable que fuera ajeno a que la participación en el negocio jurídico por parte del adquirente era puramente ficticia, situación que, cual lo refirió el testigo, era de “*conocimiento general*”.

De todo lo anterior no puede menos que concluirse que la buena fe que el Juez dedujo de la conducta del demandado Carlos Ballesteros Rodríguez en la adquisición del solar a título de una dación en pago, es calificativo que de él no puede predicarse, desde luego que con seguridad estuvo enterado de que detrás de la compra del fundo por parte de Francisco Sánchez se encontraba María Esther Álvarez Moro: la verdadera adquirente, por manera que por su conocimiento de las particularidades de la actuación, no le era dado estarse a la apariencia para de allí establecer una situación jurídica en perjuicio de la real, definida en palabras de la Corte como la “única y valedera”<sup>12</sup>.

Por lo anterior, evidentemente la demandante estaría habilitada para reclamar a través de la acción de prevalencia la ineficacia del acto jurídico de dación en pago

---

<sup>10</sup> Schmidt-Szalewski, *Droit des Contrats*, citado por Fernando Hinestrosa, *La Representación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, Pág. 59. cita 88.

<sup>11</sup> Flume, citado asimismo por F. Hinestrosa. Pág. 59.

<sup>12</sup> Ibíd. Pág. 668

respecto a ella, por hundir raíces en la ficción de que eran conocedores los renombrados demandados, quienes evidentemente tomaron parte del fenómeno simulatorio.

5. Para abundar en razones, establecido que la dación sería un acto inoponible a María Esther Álvarez Moro por los motivos anotados, es de ver que ese mismo acto es inoponible, además, por envolver una simulación absoluta. Al efecto, se encuentran probados varios supuestos que aunque no ameriten *per se* ningún tipo de reproche o duda si se los considera aisladamente, no sucede igual cuando se someten a análisis en tratándose de la simulación, en donde vienen a adquirir dimensiones inusitadas. En otras palabras, se cuentan en este caso suficientes hechos indicadores que aunque desparramados temporalmente y cuyo estudio aislado no demostraría más que la entidad extrínseca de cada cual, enlazados sin capricho bajo un análisis juicioso a la luz de las reglas de la experiencia, enseñan su verdadera cara, es decir, su naturaleza intrínseca, que es la que se revela como útil cuando de establecer la simulación se trata.

Por citar los más relevantes: la amistad o cercanía entre los contratantes y sobre todo, el pago de obligaciones inciertas en forma extrajudicial, sumado al no despreciable hecho de que uno y otro sabían que la titularidad del bien en manos del supuesto tradente era una circunstancia puramente formal, por lo que ningún derecho efectivo podía realmente transferirse a manera de pago, de no ser sujeto a semejante contingencia, son circunstancias que en los contornos del caso permiten inferir que el traslado patrimonial no encuentra razón de ser en una causa real, menos acá, cuando el crédito por el que se hizo la dación supuestamente está asociado con la *administración* del lote materia de la compraventa de marras, sobre el cual, valga decirlo, ni Francisco José Sánchez ni Carlos Ballesteros tenían por qué tener algún interés.

En ese orden de cosas, se aprecia con facilidad que la causa para simular esa transferencia no es otra que blindar la situación de apariencia frente a las acciones de la verdadera dueña, si es que a esta le fuera dado “*esgrimir derecho de lo inusitado o excepcional*”<sup>13</sup>, por manera que se impone declarar que ese contrato es simulado, lo cual no implica proferir un fallo incongruente, si se repara en que en una de las pretensiones se solicitó que se declarara que ese negocio fue una “*connivencia de los otorgantes para imposibilitar la restitución del inmueble por parte de Francisco José Sánchez*” a la demandante, por donde de una interpretación racional de la demanda se sigue que, en últimas, se estaba cuestionando la sinceridad de ese negocio, cuyo propósito no correspondió, en efecto, al declarado.

Las consideraciones sentadas hasta este momento conducirían a concluir que la sentencia apelada tendría necesariamente que revocarse, y en su lugar declarar que al ser simulada e inoponible la dación en pago respecto a la demandante, y en atención a que ella es la verdadera adquirente del fundo, el solar terminaría quedando bajo su señorío.

En una palabra, se estaría dando prevalencia, o lo que por sus resultas es igual, haciendo valer los efectos del acuerdo simulatorio enarbolado en 1976, cuando María Esther Álvarez Moro de consuno con Francisco Sánchez Cárdenas y Carlos Ballesteros Rodríguez, convinieron en celebrar la compraventa bajo el entendido que se trataba de un acto que interesaba de manera única y exclusiva a aquélla.

Entonces, como es a causa de la primigenia simulación que el fallo de primera instancia, como su impugnación, encuentran sentido, la Sala llama la atención en

---

13 Ibíd. Pág. 671.

torno a que sólo en la medida en que se pudieran hacer prevalecer los efectos de ese concilio simulatorio tanto aquélla como esta decisión podrían ser favorables al demandante, por dónde hay cómo estudiar aspectos relacionados con el fallo de primera instancia aunque no hayan sido objeto de réplica, al versar “*sobre puntos intimamente relacionados con lo que [sí] fue objeto de la apelación*”<sup>14</sup>.

El estado de cosas reseñado impone, entonces, que la Sala indague por un tema que pasó completamente inadvertido a ojos del Juez. Se trata del examen de la legalidad o ilegalidad del acuerdo simulatorio que despuntó en la compraventa de 27 de octubre de 1976. Es que en el evento de que el mismo fuera ilegal, mal podría reclamarse que se devele la realidad de los acontecimientos, para que los jueces le concedieran plenos efectos y alcances a un determinado acto jurídico concebido a despecho, en rebeldía o mediante fraude a un mandato o prohibición establecidos en el ordenamiento a manera de límites infranqueables al ejercicio de la autonomía privada, como si lo que no pudieran conseguir los particulares por sus propios medios fuera loable a través del concurso de las autoridades mediante el ejercicio de las acciones y el desarrollo de los procedimientos que la ley reserva apenas para el amparo de intereses que se muestran dignos de protección.

En desarrollo del planteamiento que antecede, cumple decir que existen verdades que por su evidencia, se sostiene, hace necio evocarlas, cual perogrullada, pero que en casos como estos es preciso traerlas a colación a manera de premisas, con el confesado propósito de facilitar la contextualización de determinada circunstancia, y para robustecer –de paso- la contundencia de las conclusiones.

i. Así, es sabido que dentro de los ordenamientos jurídicos cimentados sobre el respeto del patrimonio particular como del reconocimiento de la personalidad jurídica, y por esa senda, de la autonomía de la voluntad, las personas pueden disponer de la mayoría de los elementos que componen su patrimonio; también se sabe que para la relevancia jurídica del acto dispositivo de intereses, es preciso que sus partícipes observen los límites infranqueables que impone el sistema jurídico vía orden público y buenas costumbres.

Con más detalle, dentro del régimen de las obligaciones, vínculos jurídicos que surgen gran parte de las veces –aunque no siempre- de los contratos, que son, eso sí, la especie más concurrida del negocio jurídico, declara el Código Civil que para la validez de un acto o declaración de voluntad es preciso que uno y otro “*...recaiga sobre un objeto lícito*” (art. 1502), señalando luego que “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trate de dar, hacer o no hacer*” (art. 1517), puntualizando enseguida que es menester que el “*hecho debido*”, es decir: el deber de conducta, *rectius*, la prestación, recaiga sobre una cosa “*física y moralmente posible*”, sentenciando que es “*moralmente imposible el [objeto] prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público*”, y que, puntualmente, “***hay objeto ilícito en la enajenación... de los derechos o privilegios que no se pueden transferir a otra persona***” – resaltado intencional-, supuesto este último que a juicio de la Corte Suprema, se refiere a los bienes que a pesar de encontrarse dentro del comercio son, sin embargo, “*inalienables o no enajenables, con todas las consecuencias que de tal calidad se derivan*”<sup>15</sup>, como que “*no pueden ser objeto de actos que conlleven enajenación, esto es, actos de disposición de intereses como los de transferencia, limitación o constitución de derechos reales sobre los mismos*”<sup>16</sup>.

---

14 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de octubre de 2009, Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01, M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

15 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de diciembre de 2008, Referencia: 15001-31-03-003-1996-08158-01, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

16 Ibíd.

ii. Con ese panorama en la mira, hay que señalar que también es realidad incontestable por esta época que “...el mismo ordenamiento, al disciplinar la autonomía privada, en el campo del derecho patrimonial, de por sí más amplio que el atinente a los intereses familiares, en donde los conceptos de orden público sólo permiten una autonomía más restringida, tolera que la figura se emplee apenas en apariencia, simplemente para crear un simulacro y mostrar una situación diversa de aquella que corresponde al entendimiento privado, para de tal modo dar al público una determinada impresión, de suyo falsa, al propio tiempo que el régimen interno, perfectamente definido, es otro, según designio particular”<sup>17</sup>, razón por la cual el concierto simulatorio “no es que sea nulo, pues la nulidad es una respuesta de orden legal a determinadas transgresiones de los dictados suyos en que incurren los sujetos negociales al caer en fallas o vicios inherentes al acto en sí”<sup>18</sup>, planteamiento que lejos está de poderse traducir como que en todos los casos la simulación es, entonces, válida, pues “específicamente cuando se ha aspirado a una determinada atribución, es preciso analizar la legalidad de lo acordado, antes de decretar su reconocimiento, sin que en ello quepa asumir un criterio distinto al que corresponde al juez en toda oportunidad. En otros términos, que no es dable pensar que el solo ocultamiento de genuino fin implica de por sí ilicitud, pues el ordenamiento es el primero en advertir la distorsión honesta de la conducta dispositiva de los individuos”<sup>19</sup> –se destaca-.

iii. Una de las modalidades de simulación es la que se realiza mediante interposición de persona, hipótesis explicada detalladamente por notable doctrina, según la cual, en general, “[e]n oportunidades la operación consiste en que el interesado, siempre en el ánimo de mantener su nombre y su interés ocultos, no sólo acuerda, con el mandatario, que haga sus veces, sino también con el o los terceros con quienes este ha de entenderse. Se presenta, entonces, no una interposición real de persona, sino una interposición ficticia. Mientras que en la primera el tercero ignora la sustitución, en la segunda, la conoce y se convierte en parte del fenómeno simulatorio”<sup>20</sup>, fenómeno que no es ilícito en sí mismo considerado, como se vio, pero que aún en esta especie de ficción es preciso indagar acerca de la licitud de su utilización, porque “...análogamente a como acontece en la simulación, apremia diferenciar el instrumento, en sí neutro, del empleo torticero que en ocasiones le puedan dar los particulares”, ya que “indudablemente, la interposición de persona, sobre todo la ficticia, se presta para eludir prohibiciones imperativas, como también para la defraudación de terceros, de donde se sigue la exigencia de analizar los pormenores de la figura y precisar los mecanismos adecuados para su tratamiento, dentro de los cuales están los correspondientes a la prevención y sanción de aquellos desvíos”<sup>21</sup>.

8. Basada la Sala en las referidas premisas doctrinarias y jurisprudenciales, y entrando de lleno al estudio del caso concreto, al rompe se observa que la razón por la cual se ideó la celebración de la compraventa, superponiendo a la identidad de María Esther Álvarez Moro la de Francisco José Sánchez Cárdenas, obedeció a que aquélla fue “...persuadida de que era imposible a los extranjeros poseer en Colombia bienes inmuebles contiguos al mar” (hecho 2 de la demanda f. 73), circunstancia que fue corroborada por el testimonio de Alfonso Robledo Ocampo (cfr. num. 4 de este fallo), y el de la abogada Isabel Ríos Cortés.

---

17 Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de mayo de 1968 –ut supra citada- Pág. 666.

18 Ibíd. Pág. 668.

19 Ibíd. Pág. 669.

20 Fernando Hinestrosa, Ob Cit., Pág. 376.

21 Ibíd. Pág. 59.

De resultar cierto el evocado impedimento, la compraventa celebrada por interpuesta persona sería nula en grado absoluto a voces del artículo 1521 del C.C., según el cual, como se anticipó, “*Hay objeto ilícito en la enajenación:... De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona*”, que no es asunto de poca importancia.

En este juicio, el Juez no se preocupó por indagar si en realidad existía talanquera para que la demandante adquiriera el inmueble ya directamente, ora por interpuesta persona; más bien, se conformó con la prueba de que existían “*dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un solo compuesto negocial (...) único aunque complejo*”<sup>22</sup>, que es a lo que se refiere objetivamente la simulación, para darle, en forma pura y simple, prevalencia a lo convenido subrepticiamente, sin análisis ni razonamientos sobre la “*legalidad de lo acordado*”, olvidando que por efecto de la declaración contenida en los artículos 1° y 2° del Decreto 255 de 1973<sup>23</sup>, sí existían condicionantes para que María Esther Álvarez Moro adquiriera eficazmente para sí el solar que en resumidas cuentas pretende someter a su señorío a través de este proceso, lo que si no podía lograr entonces, menos ahora con sólo invocar que la primigenia compra y venta fue relativamente simulada, pues aunque en efecto ello fue así, develado el verdadero orden de las cosas refulge que se intentó realizar una operación sobre un bien con características especiales que lo hacían, respecto de la demandante, *inalienable o no enajenable*.

Y es que existen indicios graves de que el terreno no podía enajenarse a título de compraventa, ni a ningún otro, directa o indirectamente, en beneficio de María Esther Álvarez Moro, y ello es así no tanto por su condición de extranjera, sino porque todo indica que el bien dejó de pertenecer al dominio público después de la vigencia del Decreto 1415 de 1940. Y si no, en razón de qué se explicaría la innecesaria y siempre riesgosa desfiguración de la identidad de la verdadera adquirente, de no ser porque el solar quedó cobijado por la prohibición sentada a manera de regla general por el Decreto 255 de 1973. A lo que agrega este Tribunal que en el respectivo ‘folio de matrícula inmobiliaria’, el primer titular de derecho real registrado sobre el fundo: Gertrudis Archbold Vda. de Bush, reporta titularidad desde el 29 de marzo de 1976, derecho que adquirió por *prescripción extraordinaria de dominio*, institución que presuponía entonces posesión a lo largo de 20 años; y sin que se tenga constancia de la identidad de algún propietario anterior a Gertrudis en dicho folio de matrícula, ello permite deducir que el terreno, al menos hasta 1956 no tenía dueño conocido, *rectius*, era fiscal, eventualmente baldío, pero en uno y otro caso: del Estado Colombiano, por manera que no era lícito enajenarlo a ningún título en beneficio de personas que no fueran colombianas por nacimiento, con la excepción conocida cuyo supuesto no se presenta, y la inexorable consecuencia que todo ello conlleva: que la enajenación intentada adolece de objeto **ilícito**.

---

22 Corte Suprema de Justicia, en la renombrada sentencia de 16 de mayo de 1968.

23 A la letra dicen las disposiciones: “Artículo 1° Los Notarios del País y los Cónsules en el extranjero, **no podrán autorizar escrituras** mediante las cuales se traspase el dominio de inmuebles ubicados en el Archipiélago de San Andrés y Providencia **a favor de personas naturales que no sean colombianas de nacimiento** o de personas jurídicas extranjeras, **sino cuando en el mismo instrumento se protocolice prueba de que el inmueble que se traspasa salió del patrimonio nacional antes de la vigencia del Decreto 1415 de 1940**”. “Artículo 2° El registrador de instrumentos públicos del círculo de San Andrés **no podrá inscribir** en el registro público **ningún acto, contrato, providencia judicial**, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, traslación, o extinción del dominio o de otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces ubicados en el Archipiélago de San Andrés y Providencia que haya sido otorgado a favor de personas jurídicas extranjeras o de personas naturales **que no sean colombianas por nacimiento, cuando dicho inmueble haya salido del patrimonio nacional con posterioridad a la vigencia del Decreto 1415 de 1940**” –resaltado intencional. Texto tomado del Diario Oficial Número 33807, (Pág. 869), de miércoles 14 marzo 1973.

En suma, encuentra la Sala que el motivo o móvil de la simulación indudablemente consistió en la conveniencia para la actora de no aparecer como titular del derecho de dominio del inmueble ante el impedimento legal de que pudiere fungir como tal, razón por la cual recurrió a la identidad de un presta-nombre: Francisco José Sánchez Cárdenas, para que lo adquiriera disimuladamente para ella; no se olvide que “*La simulación relativa por interposición ficticia de persona está orientada a “hacer figurar como parte de un negocio jurídico a una persona que en verdad no lo es, en vez o en lugar del real titular del interés, dando la simple apariencia de una realidad diferente, con el designio consciente, convergente y deliberado “de ocultar la genuina identidad de los titulares de la relación creada” (...), en cuyo caso, se simula la posición o situación jurídica de parte, contratante o sujeto negocial”*”<sup>24</sup>.

El objeto ilícito patente en el negocio jurídico traslaticio del que se viene hablando, era una circunstancia que, con seguridad, habría descubierto el *a quo* si se hubiera aplicado al deber de indagar sobre la regularidad, o utilizando las palabras de la Corte: legalidad u honestidad de la distorsión de la realidad, sin que la omisión sobre el particular impida que este Tribunal declare oficiosamente la nulidad absoluta de la compraventa vertida en la escritura pública número 423 otorgada el 27 de octubre de 1976, sin perjuicio de que se declarará, también, que la dación en pago realizada por el falaz adquirente Francisco José Sánchez Cárdenas con Carlos Ballesteros Rodríguez es fruto de una simulación absoluta, sólo que el bien no podrá dejarse en manos de la convocante por razones que ya son suficientemente conocidas, y habrá de regresar al patrimonio de Gertrudis Archbold Viuda de Bush, como si jamás hubiera salido de allí, borrando todo rastro de la ilegalidad que se pretendió consumar y de la que no es posible desgajar provecho alguno.

No se olvide que aunque de ordinario “*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas en el mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”, tal consecuencia se predica “*sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*” (artículo 1746 C.C.), eventos para los que propia la Ley Civil reservó un efecto a manera de pena<sup>25</sup> sustancialmente gravoso, como que “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*” –se resalta- (Art. 1525 C.C.), sanción que tiene que aplicarse en el *sub lite*, dado el conocimiento que tenía María Esther Álvarez Moro de que no estaba en condiciones de poder adquirir el fundo, como lo puso de presente desde la demanda y así lo corroboraron los testigos cuyas declaraciones se comprendieron en precedencia<sup>26</sup>.

---

24 Corte Suprema, Casación civil, 28 agosto 2001, exp.6673 citada en fallo de 16 dic 2010 ref.C-47001310300520050018101 MP William Namén Vargas.

25 Enuncia de manera lapidaria el inciso 2º del artículo 6º del C.C.: “La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones”.

26 “...situación esta que al decir de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consiste en una excepción de gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpitudinem repetitio*” [:]

“Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tiene como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador solo reprime al contratante que actúa ‘a sabiendas’ de la ilicitud.

“En ese orden de ideas, el adverbio ‘a sabiendas’, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa ‘de modo cierto’, ‘ciencia segura’, o, con otras palabras,

9. Ante la contundencia de lo expuesto, se revocará la decisión apelada para en su lugar declarar, de una parte, que es absolutamente simulada la dación en pago celebrada entre Francisco José Sánchez Cárdenas y Carlos Ballesteros Rodríguez, mediante escritura pública 2518 de 22 de julio de 1991; y del otro, que aunque se reconoce, como lo hizo el *a quo*, que la compraventa celebrada el 27 de octubre de 1976 es simulada relativamente, en el sentido de quien en realidad estaba interesada en ese negocio jurídico era la demandante María Esther Álvarez Moro, por las razones hasta este punto consignadas, no se puede dar prevalencia a la realidad subyacente, habida cuenta que conllevaría conceder efectos a un contrato viciado por objeto ilícito, declaración que procede oficiosamente y que impone que la demandante no tenga derecho a ser restituida en lo que haya dado en virtud de dicho acto, pues en realidad contrató a sabiendas de la ilicitud de la prestación predictable de ella".(...)

**FUENTE NORMATIVA:** ARTÍCULOS 6° inc. 2°, 1502, 1517, 1521, 1746 y 1525 del C.C.

: ARTÍCULOS 1° y 2° del Decreto 255 de 1973.  
: ARTÍCULO 2° del Decreto 1415 de 1940  
: C.S.J. Sentencia 16 de mayo de 1968, Gaceta CXXIV- 142, tomada  
: de Antología Jurisprudencial, Tomo I Sala Civil, Sigma Editores Ltda.,  
: Bogotá 2007, Pág. 666 Ibíd. Pág. 670.  
: Schmidt-Szalewski, Droit des Contrats, Citado por Fernando Hinestrosa  
: La Representación, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008,  
: Pág. 59. Cita 88 Flume, citado así mismo por F. Hinestrosa. Pág. 59.  
: C.S.J. Sentencia de 7 de octubre de 2009, Ref.: Exp. N° 2003- 00164 01  
: M.P.: Edgardo Villamil Portilla.  
: C.S.J., Sentencia de 19 de diciembre de 2008, Referencia: 1996-08158-01,  
: M.P.: Arturo Solarte Rodríguez

**FECHA** : 2012-06-12  
**PROCESO** : ORDINARIO SIMULACIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)  
**ponente** : Dr. GERMAN VALENZUELA VALBUENA  
**DEMANDANTE** : MARÍA ESTHER ÁLVAREZ MORO  
**DEMANDADO** : FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ CÁRDENAS. y OTROS  
**Radicación** : 11001-31-03-041-1995-00465-02  
**DECISIÓN** : REVOCA LA SENTENCIA APELADA

### Sala Penal

#### 1.2.1

## 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1. M.P. FLETSCHER PLAZAS JAVIER ARMANDO – Rad. 110013104021 200700807 01 (19-03-13) PRUEBA DE REFERENCIA – Admisibilidad – El hecho que un testigo al comparecer al juicio manifieste que se encuentra amenazado no es equiparable a la expresión “*evento similar*” de la letra b del artículo 438 de la Ley 906, pues esta expresión está limitada a eventos en que el testigo se**

---

a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1525 del Código Civil cuando utiliza la locución ‘a sabiendas’, expresión esta empleada en otros artículos del Código Civil” (Sentencia de enero 22 de 1971. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia) [Cita en sentencia del Consejo de Estado de 27 noviembre 2006, Sec. 3<sup>a</sup>. Exp. 30113 MP Ramiro Saavedra B.].

**niega a concurrir para rendir su declaración en juicio y es imposible dar con su paradero.**

“Se impugnó la decisión de primera instancia porque a juicio de los apelantes no se demostraron las amenazas de las que supuestamente fue víctima el testigo, siendo necesario en todo caso que la “*indisponibilidad psicológica*” de la que habló la Fiscalía se acreditara a través de la valoración de un experto.

Consideraron los apelantes igualmente que la situación de riesgo podía manejarse con las medidas de seguridad que se ordenaron a favor del testigo, lo cual, además, era deber del Estado. Recabaron en el derecho e interés que les asistía en interrogar a Stivenson Ospina Figueroa y señalaron que la jurisprudencia había entendido la expresión “*evento similar*” de la letra b del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal a partir de la no disponibilidad del testigo por motivos de fuerza mayor, situación que no se presentaba en este caso pues, insistieron, el deponente estaba cobijado con medidas de protección.

En primer lugar, es claro, al punto que no fue materia de debate, que la exposición rendida por el antes mencionado el 10 de agosto de 2006 cumple con los requisitos para ser considerada prueba de referencia en los términos del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, pues fue realizada por fuera de la audiencia de juicio oral y, aunque se desconoce si sería utilizada “...para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas...” y demás factores allí consignados, por cuanto su contenido no fue publicitado, no se ve con qué otro objetivo fue admitida. Lo que debe resolverse es, entonces, si es una prueba de referencia admisible.

El artículo 438 del Código de Procedimiento Penal dispone que únicamente será admisible la prueba de referencia si el declarante:

- a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) *Ha fallecido* (subraya ajena al texto original).

Respecto de este punto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*[...] si bien el legislador introdujo una excepción residual de carácter discrecional, que le permite al juez decidir potestativamente sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares (27).*

*[...]*

*Esa potestad discrecional [...] no es absoluta sino que está limitada por la sistemática del precepto, de manera que los eventos similares deben referirse a “situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser razonablemente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”* (subraya ajena al texto). (28)

---

(27) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 6 de marzo de 2008, radicado 27.477, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán

(28) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de febrero de 2013, radicado 38.773, M. P. María del Rosario González Muñoz

Y en lo que hace relación a la materia específica que convoca la atención de la Sala, la Corte ha entendido que “...*la situación del testigo que no acude a declarar por recibir amenazas contra su vida o la de sus familiares corresponde a un caso de evento similar al cual se refiere el literal b) del artículo 438 en mención...*”(29).

Ahora bien, este criterio no puede aplicarse ciegamente en el asunto examinado, por cuanto, a diferencia de los eventos en los que la jurisprudencia ha mantenido esa postura -que tienen por común denominador que el testigo se niega a concurrir para rendir su declaración en juicio y es imposible dar con su paradero(30)-, en este caso Ospina Figueroa estuvo presente en la diligencia que se programó para escucharle(31), al tiempo que su no comparecencia a futuras diligencias es sólo una suposición de la Juez de primera instancia, no un hecho cierto.

En esas condiciones, no se cumpliría el primer requisito para admitir la declaración de 10 de agosto de 2006, pues además de que el testigo concurrió al juicio no se tiene certeza acerca de si evadirá los llamados que se le hagan en el futuro.

El *a quo* consideró que a pesar de que aquél estaba presente la “*alteración psicológica*” que sufrió a raíz de las amenazas de que fue víctima podía equipararse a un “*evento similar*” al secuestro y desaparición forzada. Para la Sala, sin embargo, por más que se ensayan argumentos no se logrará hacer encuadrar ese incidente dentro de la noción de indisponibilidad tratada por la jurisprudencia que se ha citado a lo largo de esta providencia, ya que ésta supone la imposibilidad real y absoluta de conseguir directamente de quien ha percibido los hechos, los datos empíricos que interesan a la actuación, bien porque ha desaparecido voluntariamente y no se puede dar con su paradero o bien porque padece algún tipo de alteración psicológica o cognitiva que permanece en el tiempo y que le impide declarar.

Tal entendimiento deriva, naturalmente, del carácter excepcional de este tipo de medios de convicción.

Acerca de esta condición, esto es, que el declarante no esté disponible, ha dicho la Corte:

[...] emerge de la teleología del precepto, pues la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad). (32)

Por la información con que se cuenta se puede concluir que la alteración experimentada por el testigo es la respuesta natural de cualquier ser humano ante un evento traumático y, por lo tanto, no le incapacitaba de manera permanente, ni tenía en principio la potencialidad de producirle afectación psico-cognitiva de carácter orgánico como para impedirle dar cuenta personalmente de los hechos que al parecer presenció, por lo que no constituye una circunstancia que tenga cabida dentro del “*evento similar*” de que trata el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal.

---

(29) *Ídem*

(30) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de febrero de 2009, radicado 30.598, M. P. María del Rosario González Muñoz

(31) En el mismo sentido, ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de marzo de 2010, radicado 32.829, M. P. Sigifredo Espinoza Pérez

(32) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de febrero de 2009, radicado 30.598, M. P. María del Rosario González Muñoz

La Sala, acorde con los apelantes, considera que el Estado tiene el deber de brindar al declarante y su familia las medidas de seguridad y protección que llegue a necesitar. Mientras se logre su comparecencia –lo que dicho sea de paso se ha conseguido hasta el momento pues como él mismo explicó ha colaborado con la justicia y actuado sin más interés que ayudar a que se esclarezcan los hechos– debe procurarse hacer efectiva la garantía de un juicio concentrado y con inmediación de pruebas, la cual se ve ostensiblemente limitada cuando debe acudirse a medios de convicción de alcance restringido, como del que aquí se habla.

Lo procedente en este caso es continuar con el testimonio de Stivenson Ospina Figueroa, interrumpido por la solicitud probatoria de la Fiscalía. La declaración puede seguir siendo utilizada al tenor de lo previsto en los artículos 392, 347, 393-b y 403 del Código de Procedimiento Penal, para impugnar credibilidad o refrescar memoria, pues el testigo reconoció su contenido, pero falta proseguir con su publicidad.

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.2. M.P. FLETSCHER PLAZAS JAVIER ARMANDO – Rad. 110013104021 200700807 01 (19-03-13) PERDIDA DEL REGISTRO DE LAS ACTUACIONES - A pesar que la Ley 906 no prevé una solución, el juez debe examinar cada caso, con el fin preservar la estructura del proceso y la integridad de las diligencias para eventuales recursos - Desaparición irremediable y absoluta del elemento técnico conduce a la inexistencia práctica del acto procesal.**

“A diferencia de la Ley 600 de 2000 que en su artículo 155 dispone que “...Cuando se perdiera o destruyere un expediente en curso o requerido para tramitar una actuación de revisión, el funcionario judicial ante quien se tramitaba, deberá practicar todas las diligencias necesarias para lograr su reconstrucción...” y estipula un conjunto de medidas para recuperar o reconstruir las piezas desaparecidas, la Ley 906 de 2004 no prevé de manera expresa soluciones a la pérdida de los registros de las diligencias judiciales o a eventos donde la deficiente calidad de los mismos los hace infuncionales o inaudibles, imposibles de revisar.

Ello obedece en buena medida, valga decirlo, al hecho de que a diferencia del sistema mixto de la Ley 600 de 2000 identifica el expediente y el proceso como dos entidades equiparables, mientras que el artículo 146 antes citado le atribuye al medio técnico donde reposa la actuación la única finalidad de servir de repositorio o instrumento de garantía de la fidelidad de los trámites y de prueba del contenido de las decisiones judiciales a efectos de los recursos de ley, distinguiendo con ello entre el registro y la diligencia misma.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la ausencia de registros no afecta de nulidad el acto procesal, *per se*, pero en estos casos se ha amparado en la existencia de otro tipo de registros, como las actas, los cuales pueden suplir los audiovisuales siempre que den cuenta del objeto, debate y decisión principal tomada en la audiencia y no haya razones para pensar que lo consignado no corresponde a la realidad procesal, está adulterado y así lo proponga alguna de las partes o intervenientes(33).

(...) Sin embargo, cuando no se cuenta con otros medios o los existentes no dan razón de manera fehaciente del desenvolvimiento de una diligencia judicial, porque, por ejemplo, el acta es en extremo esquemática o no recoge el objeto central del debate, la judicatura se enfrenta al difícil problema de demostrar la existencia de trámites y diligencias que, aunque de su ocurrencia no se duda o ninguna de las partes la cuestiona, se desconoce con precisión en qué términos se desenvolvieron.

---

(33) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 2 de noviembre de 2008, radicado 30.288. En similar sentido, sentencia de 10 de marzo de 2010, radicado 33.192

Ante la falta de reglamentación de que padece este aspecto del procedimiento penal nacional, el juzgador debe ponderar en cada caso, con miras a preservar la estructura del proceso y la integridad de las diligencias para eventuales recursos, la magnitud e importancia de la actuación que desaparece con la pérdida del registro audiovisual y la afectación concreta que de allí deriva para el debido proceso, debiendo observarse primero, en todo caso, la naturaleza de la diligencia y la medida en que es susceptible de ser sustituida a través de otros medios.

Cuando el elemento técnico desaparece irremediable y absolutamente por no poder suplirse de ninguna otra manera su ausencia conduce fatídicamente a la inexistencia práctica del acto procesal. El acto ha de reputarse inexistente por defecto, por la potísima razón de que no podrán derivarse las consecuencias jurídicas que está llamado a cumplir ni a ser utilizado en una eventual segunda instancia si su contenido se desconoce o simplemente no se puede acreditar ante el superior funcional.

Es por ello que en el asunto en examen la decisión del *a quo* de repetir los testimonios que no quedaron debidamente registrados en la audiencia de 23 de noviembre de 2010 no puede ser entendida –como de manera poco clara pareciera aducirlo el recurrente–, como rehacer una etapa ya agotada o “crear una nueva”, o, para ponerlo en otros términos, desconocer el carácter preclusivo de los actos procesales.

En primer lugar, no se discute que la ausencia de la mayoría de archivos de audio y video de aquel entonces es insuperable y absoluta, ya que si bien obra dentro de la carpeta un acta bastante extensa (de más de 10 folios) de dicha diligencia, para la Sala este medio no puede suplir los registros audiovisuales debido a que, no obstante su extensión, no es claro si, por ejemplo, lo consignado es lo que textualmente dijeron los testigos o la interpretación que de ello hace su redactor; pero, más importante, se desconoce qué porciones de las declaraciones fueron excluidas y cuál era su importancia, ya que el contenido del acta, se puede afirmar sin temor a equivocarse, es una síntesis de lo que alcanzó a captar o en lo que más centró su atención el empleado del Juzgado que la elaboró, sin que esta afirmación tenga vocación de reproche porque es lo que debe hacerse en un sistema que proscribe las transcripciones.

Pese a que ninguna de las partes cuestiona que la diligencia se llevó a cabo y el juzgado de origen cuenta con algunos datos en la respectiva acta, éstos no ostentan la calidad ni la entidad suficiente para ser considerados sustitutos fieles de lo acontecido aquel 23 de noviembre. A diferencia de otro tipo de diligencias en las que se siguen ciertas ritualidades y son éstas las que importan, lo sustantivo de la práctica de pruebas en el juicio es el contenido, exposición y valor demostrativo de las mismas por lo que difícilmente un acta –que por más profunda y clara no deja de ser un resumen– puede sustituir o acreditar el dicho de los testigos.

Ha de decirse además que las declaraciones recibidas son de vital importancia para el proceso pues será con fundamento en ellas y las que haya aportado o aporte la defensa que el *a quo* debe decidir. No se trata, por tanto, de una formalidad intrascendente, sino del objeto mismo del juicio, por lo que su práctica y registro se impone inexorablemente como medida reconstitutiva de la actuación.”

**MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ**  
**Presidente**

**DORA ELSA USCÁTEGUI LARA**  
**Relatora**

