

Informe de Investigación

Título: La Declaración de los Testigos en Materia Civil

Rama del Derecho: Derecho Procesal Civil.	Descriptor: Medios Probatorios en materia Civil.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Reseña histórica, los testigos como prueba, testimonio, limitaciones, requisitos, Declaración de testigo, valoración de la prueba.
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 11 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) Reseña histórica del testimonio.....	2
b) Los testigos en el sistema de la prueba.....	4
c) Confesión: Diversos Aspectos.....	6
d) Prueba de Testigos.....	13
1. Concepto.....	13
2. Objeto del testimonio.....	14
3. El testigo técnico.....	15
4. Limitaciones de la prueba de testigos.....	15
5. Testigo único.....	16
6. Requisito para ser testigo.....	17
3 Normativa.....	18
Declaración de testigo.....	18
ARTÍCULO 351.- Admisibilidad.....	18
4 Jurisprudencia.....	18
a) Valoración de la prueba en materia civil: Inadmisibilidad de prueba testimonial para probar contrato de comisión.....	18
b) Prueba indiciaria en materia civil: Valoración en la simulación de contratos.....	20
c) Prueba testimonial: Compraventa con saldo deudor que no consta en el documento.....	20
d) Confesión ficta: Análisis sobre la posibilidad de admitir otra prueba en contrario que la desvirtúe.....	22
e) Prueba: Simulación de contratos.....	26
f) Prueba: Contrato de compraventa.....	27

g)Medios de prueba según quien la alegue.....	28
h)Simulación de actos y contratos: Concepto, elementos, normativa aplicable y medios probatorios.....	30
i)Prueba testimonial: Contrato de distribución.....	31
j)Obligaciones y contratos: Análisis sobre elementos y prueba de la simulación.....	32
k)Medios probatorios en materia civil: Análisis con respecto a la simulación de contratos y valoración de la prueba indiciaria.....	33

1 Resumen

El presente informe desarrolla el tema de la declaración de testigos en materia civil, desde la doctrina la normativa y jurisprudencia, explica la relevancia que tiene este tipo de prueba para los procesos. Tocando temas como: la reseña histórica del testimonio, los testigos en el sistema de la prueba, los diversos aspectos de la confesión, la prueba de testigos, el objeto del testimonio, el testigo técnico, las limitaciones de la prueba de testigos, entre otros.

2 Doctrina

a)Reseña histórica del testimonio

[Nuñez]¹

Los intentos de aplicar los conocimientos de psicología al campo del testimonio se remontan a los tiempos de "Manú" en el siglo XV antes de J.C. según la historia. El famoso Código Manava Dharma-Sastra en la legislación de la India, formula impedimentos para aceptar el testimonio de amigos, sirvientes, locos, gentes de mala reputación. La experiencia y capacidad crítica de los legisladores del pueblo hindú, fue a no dudarlo, lo suficientemente acertada para verter normas en asunto de la prueba testimonial. No aceptaba el testimonio de quienes estuviesen dominados por intereses o excedidos de fatiga o apasionados por el amor, porque disimulaban o desviaban la verdad. "El Libro VII del Código de Manú, regula vanos temas jurídicos relativamente avanzados, excepto en cuanto al atrasado concepto de la mujer frente a la sociedad y a la justicia, lo cual era propio de ese tiempo", poco más o menos es lo que nos quiere dar a entender Antonio Rocha en su obra de la Prueba en Derecho en uno de sus apartes de la página 325.

El que designa un lugar falso, dice, o después de haberlo designado se retracta, el que se contradice en sus declaraciones, el que trata de evadir las preguntas que legalmente se le dirigen, el que no prueba lo que ha dicho, el que habla con los testigos en los lugares impropios, y todos aquellos que pierden sus procesos.

Debe declararse nulo un testimonio dado por temor, error, amistad, enemistad, cariño, ignorancia, cólera. A las mujeres no se les admitía testimonio aún siendo varias y honestas a causa de

movilidad de su espíritu; aún siglos después, en la edad media el Derecho Cánico mantenía el mismo concepto de veda sobre el testimonio de la mujer.

En el Antiguo Testamento, en las leyes de Moisés, que dio al pueblo judío normas que dan valor probatorio al testimonio o imponen sanciones al testigo falso, como ésta que a continuación transcribo: "Un solo testigo no vale contra uno, en cualquier delito o cualquier pecado; en las palabras de dos o tres testigos se apoya la sentencia. Recordemos que el precepto octavo del decálogo prohíbe el falso testimonio y la mentira. El deuteronomio condena el falso testimonio con la pena del talión, si surgiere un testigo malo contra uno de los interesados en la causa se presentaren ante Yavhé, los sacerdotes y jueces, en funciones a su tiempo y luego de escrupulosa investigación comprobasen el falso testimonio contra su hermano, le castigarán haciéndole a él lo que pretendía se hiciese contra su hermano; así quitarse el mal en medio de Israel. Los otros al saberlo, temerán y no cometerán esa mala acción en medio de tí; no tendrá tu ojo piedad, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie. Deuteronomio 19, 17".

El digesto romano tachaba el testimonio de los parientes en línea recta, el testimonio del insano, del furioso, del demente, de los condenados en juicio público y de los apóstatas, versión ésta traída de la obra de Antonio Rocha, Pruebas en Derecho, página 329. La Ley de las Siete Partidas en la Edad Media, corresponde al año 1283, revela un avanzado concepto de observación psicológica en lo relativo a testimonio, pues mientras el Código de Manú no aceptaba el testimonio de la mujer, la ley de las Siete Partidas dice: "Mujer de buena fama puede ser testigo en todo pleito (partida tercera)". Otro gran acierto de las Siete Partidas, fue el anticiparse a la época moderna para calificar el testimonio de oídas como deficiente vehículo de la verdad solo para probar hechos muy antiguos y la fama, ésto lo encontramos en la página 329 de la Prueba en Derecho de Antonio Rocha. Según la partida XXXI el Juez puede llamar al testigo para que aclare sus respuestas si hallare alguna palabra dudosa o cubierta en su dicho.

Dentro del camino de la evolución del derecho probatorio, creemos que merece especial mención la obra de Jeremías Bentham, insigne jurista inglés, quien en el siglo XIX, más exactamente, en 1823 lanza su célebre "Tratado de las Pruebas Judiciales", obra en la que preconiza una reestructuración de los sistemas judiciales imperantes en su tiempo. Si bien, su tratado no es una concepción jurídica edificada sobre bases nuevas y estructuradas, como lo dice Antonio Rocha en su página 332 en su obra ya citada, sino una crítica revolucionaria contra las instituciones rutinarias y desueta practicadas en su tiempo. Bentham plantea su tesis sobre el testimonio, partiendo de la necesidad de considerar un valor gradual de persuasión sobre el cálculo de las posibilidades; supuesta la fuerza de la convicción que produce un testimonio de tipo medio y la persuasión graduada, seguramente que el testigo diga: "Me inclino a creer, o, yo creo, o yo sé, etc." y habiendo también grados en la escala de la duda, como son las posibilidades y la probabilidad, es posible adoptar una escala de grandes persuasiones, según el notable jurista inglés, en los Capítulos XVI y XVII del Libro I.

Su mérito reside esencialmente en cuanto a la crítica que hace de la verdad o mentira del testigo, pero también es admirable su concepción aritmética que lo condujo a la creación de una verdad formal, de una verdad objetiva. Incuestionablemente faltaba en la tesis de Bentham sobre el testimonio una consideración en lo relativo a las vivencias y percepciones internas inherentes a la naturaleza moral del hombre, en este aspecto nos parece más afortunada la tesis de Mittermaier, notable jurista alemán, quien tiene el acierto de desarrollar una concepción de tendencia psicológica con fundamento en las observaciones de la vida real. Demuestra la necesidad de orientar la crítica judicial de la prueba hacia la consecuencia de una verdad subjetiva de una certeza moral. El Doctor Antonio Rocha en su obra citada, en la página 332, nos comenta sobre el

famoso jurista alemán sin desconocer la influencia de lo objetivo en la convicción judicial, sostiene que se debe tener en cuenta motivos de convicción personal en el juez.

Las tesis de estos dos eminentes juristas, si bien contribuyeron a mover y revolucionar el derecho probatorio de su tiempo, no fueron suficientes para eliminar los errores del testimonio, no obstante, la buena fe y aplicación de los conocimientos de la lógica por parte de los jueces en sus investigaciones. La verdad es que éstos se sintieron sometidos a sus propios medios en el esclarecimiento de los casos judiciales, hasta que surgió la escuela científica que por medio de investigaciones y experimentos en colaboración con la psicología y psicopatología (clínica) hacen del testimonio un estudio profundo hasta pretender elevarlo a la categoría de ciencia y entonces se descubre en su apreciación los diversos errores que él encierra, según los distintos sujetos que declaran. Gracias a los trabajos realizados por los representantes de dicha escuela científica, Binet en Francia, Stern en Alemania, Mira y López en España y Clapared en Suiza, los errores en el testimonio son desde entonces posibles de descubrir a través de la responsabilidad del declarante. En realidad, la ciencia jurídica da mucho, especialmente, a la psicología experimental que ha escudriñado en la conciencia humana, como nace, se desarrolla y desenvuelve el proceso testimonial; cuáles son sus fallas, restricciones y aciertos de acuerdo con la variedad de factores que gravitan en la responsabilidad del sujeto que ha percibido y narra al juez los hechos materia de la deposición. Este largo proceso de evolución testimonial desde el Código de Manú hasta nuestros días, fue, seguramente, lo que hizo expresar a Francisco Gorphe la célebre frase: "Si el testimonio es tan viejo como el mundo, la ciencia del testimonio es tan joven como nuestro siglo XX y no ha terminado de nacer todavía.

b) Los testigos en el sistema de la prueba

[Couture]²

Una visión general de la prueba permite advertir que el método mejor y más directo de contralorear las proposiciones de las partes consiste, en tanto sea posible, en la observación inmediata a cargo del propio juez.

Si el litigio versa, por ejemplo, sobre el retiro de los árboles próximos a la pared medianera, ninguna prueba más vivaz y más útil que aquella que consiste en la observación directa por el magistrado de los árboles que han provocado el litigio. La mejor de las pruebas es, en este sentido, aquella que llega al juez mediante percepción directa de los hechos.

Pero no siempre la percepción es posible. Los hechos normalmente desaparecen y sólo queda de ellos el recuerdo. Se hace necesario, en la mayoría de los casos, en ausencia de percepción, acudir a su representación. Representación o reconstrucción presente de un hecho ausente.

La representación se puede obtener mediante cosas (documentos, en sentido lato). Un documento, ¿qué es sino una representación de un estado de voluntad común de los otorgantes? Una fotografía de los vehículos volcados con ocasión de un accidente de tránsito, ¿qué es sino la representación plástica de un estado de hecho llamado a desaparecer? Una radiografía, ¿no es, sin duda, la representación de un fenómeno ausente del mundo sensible del juez?

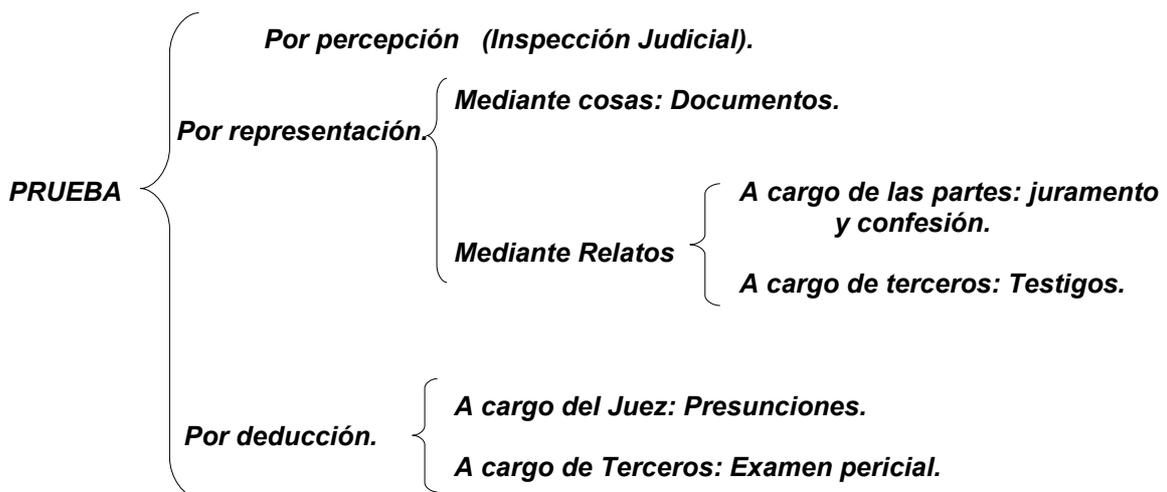
Pero los hechos no siempre pueden registrarse en documentos. Acude entonces el derecho a una

nueva posibilidad sustitutiva; la representación mediante relatos. Si esos relatos se obtienen por la narración de las partes interesadas, se está en presencia de las pruebas de juramento o de confesión. Si ese relato se obtiene a expensas de terceros imparciales que han presenciado los hechos, se está en presencia de una prueba de testigos.

Pero puede ocurrir, todavía, que, en el naufragio de toda prueba de percepción y de representación, se acuda entonces a un nuevo sustituto: la prueba por deducción. De los hechos conocidos se infieren y deducen los desconocidos. La prueba histórica se transforma en punto de partida de la prueba crítica.

Cuando esa deducción ocurre por actividad propia del juez, se dice que se está en presencia de una prueba de presunciones judiciales. Cuando las operaciones mentales de deducción están a cargo de terceros llamados a ampliar la información normal del juez, se está en presencia de la prueba pericial.

Reduciendo a un esquema muy sencillo las ideas que acaban de desenvolverse, se puede obtener el siguiente resultado:



Tratando de extraer de la observación precedente el primero de todos los criterios relativos al concepto de "reglas de la sana crítica", debe afirmarse que la preocupación esencial del juez ha de ser la de mantener la prueba de testigos dentro del campo que le es connatural.

Una línea ideal debe unir en el esquema anterior las palabras "representación", "mediante relatos", "a cargo de terceros".

La primera regla jurídica, anterior a toda otra de sana crítica, ha de ser la que examine la prueba de testigos en el contenido específico que acaba de asignársele.

Si el testigo no representa los hechos por un relato derivado de su memoria, sino que responde a un interrogatorio sugestivo, o lee su declaración en notas o apuntes, la prueba se inutiliza. Si el testigo pierde su natural condición de tercero imparcial por tener interés propio en el conflicto, abandona la condición de testigo para adquirir la condición de parte. Si el testigo en lugar de referirse objetivamente a los hechos, comienza a extraer de ellos conclusiones o conjeturas, pierde su condición de testigo para asumir la función de perito o de juez.

Las reglas de la sana crítica tienen, en resumen, un campo fijo de aplicación. Aunque nada impide que tales reglas se utilicen para juzgar otros medios de prueba, lo cierto es que frente a las declaraciones testimoniales sólo podrán comenzar a funcionar en el momento en que el juez advierta que está en presencia de una prueba testimonial entendida en el sentido que es propio y peculiar de este medio de evidencia.

c) Confesión: Diversos Aspectos

[Moreno]³

Basta enunciar la materia de que debemos hablar en este capítulo, para que se conozca su importancia. *La confesión de parte releva de prueba* dice un proloquio vulgar, y esto demuestra cómo aun en el concepto de las personas indoctas, la mejor manera de probar la verdad de un hecho es la confesión que haga aquel a quien perjudica tal hecho. Este concepto se funda en la creencia muy razonable de que nadie querrá perjudicarse a sí mismo.

Sin embargo, como esta regla general puede no ser siempre verdadera y como, por otra parte, en las contiendas judiciales la sencillez y la buena fe de un litigante pueden ser sorprendidas por la malicia de su adversario, la ley ha debido determinar con toda precisión los caracteres que debe tener la confesión, para que produzca los efectos jurídicos que debe producir, los cuales son tan eficaces que hacen innecesario cualquier otro medio probatorio. Por eso han dicho algunos autores que la confesión no es una prueba, sino la exclusión de toda prueba, y los antiguos decían: *confessio probatio probatissima*.

Vamos, pues, a analizar brevemente cuáles son sus caracteres para deducir de ellos la eficacia de la confesión que un litigante hace a petición de su adversario, de un hecho que le perjudica, advirtiendo desde luego que puede ser de dos maneras, judicial o extrajudicial, divisible o indivisible. A la vez haremos, las observaciones que a una y otra se refieren, procurando demostrar la conformidad de los preceptos legales acerca de esta materia, con lo que aconseja el buen sentido y prescriben las reglas de la crítica.

Comenzaremos nuestro estudio dando la siguiente definición que trae Lessona y que nos parece la más atinada: "se llama confesión en derecho civil la declaración judicial o extrajudicial, mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y que es susceptible de producir efectos jurídicos".

Como la confesión es la manera de probar un hecho, no puede tener por objeto más que los hechos cuya existencia es necesario demostrar enjuicio. De aquí deduce Ricci, que al no tener necesidad de verdadera prueba los hechos permanentes que caen bajo la acción de los sentidos

pues se puede conocer su existencia mediante el acceso al lugar o con el auxilio de los peritos, la confesión no puede referirse a tales hechos.

En segundo lugar, como la confesión es la declaración de uno de los litigantes de un hecho jurídico que le perjudica, las declaraciones relativas a la aplicación de la ley no pueden tener nunca el valor de confesiones. Así lo enseña el autor citado, quien menciona los dos ejemplos siguientes que pueden servir de ilustración a esta doctrina, cuyo fundamento jurídico se comprende desde luego.

Si yo, admitiendo la existencia de una deuda a mi cargo, declaro que no está prescrita, ¿me impedirá esta declaración invocar la prescripción cuando concurren los requisitos legales? Claro que no, porque al declarar que la prescripción no existe, no hago sino aplicar la ley a mi modo, y todo lo que se refiere a la aplicación de la ley corresponde a las funciones del juez.

Supongamos, continúa diciendo, que en cuanto a la posesión, el confesante, al afirmar los hechos en los cuales se hace consistir la posesión, afirma que ésta no es legal, ¿deberá el juez conceptuarlo así sólo en virtud de la confesión? Sin duda, el juez debe admitir el hecho tal como es confesado; pero no está obligado a admitir la calificación jurídica del confesante, porque es libre para acudir a la ley y resolver conforme a ella.

Finalmente, como la confesión es un acto jurídico, debe recaer en un hecho que tenga valor jurídico, pues sólo de un hecho de esta naturaleza puede surgir un derecho en relación con una de las partes, y una obligación vinculada con la otra. Si no se tratara de hechos jurídicos, la confesión se confundiría con una simple afirmación, incapaz de crear ningún derecho.

De estas consideraciones se deduce el tercero de los caracteres generales de la confesión: que la declaración del hecho que se quiere probar recaiga en un hecho propio del confesante y que ceda o pueda ceder en su perjuicio. Se requiere que el hecho sea propio del confesante, porque nadie puede asegurar con certeza lo que otro ha ejecutado; y debe ser en su perjuicio porque la confesión en provecho propio carecería de todo efecto jurídico. En un principio de derecho natural, dice Ricci, que nadie puede crear en su favor una prueba porque al tener la prueba en el orden práctico de las cosas el mismo valor que el derecho, en cuanto lo que resulta probado se considera existente aunque no exista, y aquello que no se prueba se conceptúa como si no existiera aunque exista, a todos les sería dable crearse, según su buen querer, derechos y consiguientes obligaciones a cargo de otro, sin que ni unos ni otras hubieran existido jamás. Los antiguos prácticos decían que uno de los caracteres de la confesión era que se hiciera contra sí mismo, esto es, en contra y no a favor del confesante."

Como se ve por lo que acabamos de decir, no es de esencia, en el orden puramente racional, que la confesión se haga ante el juez, pudiendo hacerse también extrajudicialmente. La ley positiva reconoce, en efecto, que la confesión hecha fuera de juicio debe tener alguna eficacia probatoria. Pero ¿serán los mismos efectos de una y otra, esto es, de la confesión judicial y de la extrajudicial? Evidentemente no, por las razones que diremos con brevedad.

A primera vista podría creerse que la razón por la cual la ley da poco valor a la confesión extrajudicial consiste en la dificultad de asegurarse de la existencia real de ésta. Cuando un litigante confiesa un hecho ante el juez, no cabe duda alguna acerca de la realidad de la confesión; pero cuando ésta no se ha hecho en la presencia judicial, habrá que probar su realidad por medio de testigos, documentos, etc.

En tal caso no se puede llegar a la verdad, sino examinando previamente si los medios por los



cuales se ha tratado de probar la confesión son o no suficientes para ello. Hay, pues, motivos para dudar de la autenticidad de una confesión hecha fuera del juicio; pero ésta no es la única razón por la cual la ley mira con tan poca confianza este género de pruebas, porque si así fuera, siempre que la verdad de la afirmación del hecho confesado quedara bien establecida, lo quedaría también el mismo hecho, como si se hubiese confesado judicialmente, y no es así.

Ricci explica la diferencia que existe entre los efectos de la confesión judicial y la extrajudicial con toda claridad, y da dos razones que son concluyentes.

"Cuando la confesión se hace en juicio, se hace siempre de la parte que puede invocarla en su propio provecho, por lo que constituye en todo caso prueba plena en contra del confesante, mientras que la que se hace fuera del juicio puede no ser hecha a la parte, sino a un tercero. Ahora bien, la confesión hecha a un tercero ¿tendrá el mismo valor que la hecha a la parte que puede invocarla a favor suyo?

No, y esto por las dos razones que siguen: La primera es que la confesión, aunque sea un hecho unilateral, reviste los caracteres de un pacto cuando se hace a la persona que de ella puede aprovecharse, puesto que por su medio se ha querido constituir una prueba, que si llega a obtenerse, no es susceptible de ser destruida sin perjuicio de quien la obtuvo; mientras que por el contrario, cuando la confesión la hace a un tercero, como no se ha pretendido por medio de ella, constituir una prueba a favor de éste, sino de otra persona que no estaba presente y que era totalmente extraña a las declaraciones emitidas, mal podría ésta invocarla, dándole un efecto jurídico que ni el que la hizo ni aquel a quien pudiera aprovechar tuvieron la intención de atribuirle".

La otra razón es que cuando la confesión se hace a la parte que puede invocarla en provecho propio contra el confesante, no se hace para otro fin, sino para la prueba del hecho, por lo que tiene eficacia jurídica, precisamente en vista de su fin; pero si la confesión se hace a un tercero, podrá ser motivada por otros fines distintos del de la prueba, por lo cual tal confesión no debe tener el mismo valor que la otra.

Fundados en estos principios, los códigos vigentes, a la vez que declaran la plena eficacia probatoria de la confesión judicial, conceptúan por regla general que la realizada fuera de juicio, no hace prueba plena. El código reputa como extrajudicial la confesión hecha ante un juez incompetente, pero si los litigantes lo tenían por competente cuando la confesión se hizo, valdrá como judicial.

También se conceptúa como judicial la hecha en un testamento legítimo, menos cuando se trata del reconocimiento de un hijo natural, contradicho por la madre, de la renuncia de gananciales o de una deuda que no conste más que por el testamento.

Fuera de estos casos, dice el código, la confesión extrajudicial no hace prueba. Según nuestro concepto, la ley ha ido demasiado lejos al emitir esta declaración, porque en un sistema de pruebas puramente racional, la confesión hecha fuera de juicio debería producir por lo menos un indicio, al menos mientras el que la hizo no explicara los motivos que le impulsaron a ello. Ésta parece ser la opinión de Ricci, quien dice que la confesión extrajudicial no puede suministrar más que un simple indicio, que el juez apreciará según los casos y las circunstancias, poniéndolo en relación con los demás indicios que pueda haber respecto del hecho declarado.

Pero no es éste el único defecto que debemos advertir respecto a la confesión extrajudicial. Al referirse a ésta, dice en su art 415 del CPCV, que si fuere verbal sería ineficaz en todos los casos



en que no es admisible la prueba por testigos.

La razón de este precepto, que encontramos también en otros códigos, es clara: el legislador ha temido que cuando la ley prohíbe que se reciba prueba testimonial, tal prohibición se viese burlada, pretendiendo probar por medio de testigos la confesión de tal o cual hecho cuya prueba debiera constar de otra manera. En este caso se podría decir que la prueba no recae en el hecho mismo, sino en la confesión que de él se hizo; pero como el resultado práctico vendría a ser el mismo, la ley ha cuidado de precaver que se use un medio que conduciría a un resultado que ella no ha tenido a bien aceptar. En este caso puede tener aplicación aquel principio de derecho que dice: *cum quid una via prohibetur aliquid id alia non debet admitti*.

Pero si el CV ha tenido razón al establecer este precepto, considerado aisladamente, no puede dudarse que al ponerlo en relación con el art 566, según el cual la confesión extrajudicial no hace prueba, ha hecho una declaración enteramente inútil; porque si ésta de nada sirve ¿quién intentará probar por medio de testigos la existencia de una confesión ineficaz?

Más consecuente consigo mismo y más conforme con las tradiciones de la antigua jurisprudencia española nos parece el código de procedimientos de 1869, el cual en su art 654 califica la confesión extrajudicial de una prueba imperfecta e incompleta, que puede convertirse en plena en los casos siguientes:

1. Cuando se hace en presencia de dos testigos y de la parte contraria, con palabras claras, precisas y terminantes, señalando la causa de la obligación. Esta excepción fue tomada de los antiguos prácticos, quienes ponían este otro caso: cuando se hacía por dos veces, aunque no estuviese presente la otra parte.
2. Cuando se hacía en testamento, a no ser que apareciera hecha a favor de una persona inhábil para heredar.

La cuestión que promueven algunos autores, acerca de si debe o no aceptarse como judicial la confesión hecha ante un juez incompetente, no puede tener lugar entre nosotros, puesto según el art 402 del CPCDF (414 del CPCV), sólo es judicial la confesión que se hace ante juez competente, ya sea al contestar la demanda, o al absolver posiciones.

Sin embargo, diremos, que la excepción puesta en la fracc I del art 550 del CPCDF (566 del CPCV) destruirá en la mayor parte de los casos la regla general, la cual, por otra parte, no parece contar en su abono con una razón bastante sólida. Ricci, al referirse al art 1356 del código italiano, que considera judicial la confesión hecha ante el juez aunque sea incompetente, dice: "El motivo de semejante disposición está, a nuestro parecer, en el elemento convencional que existe en la confesión". En efecto, ante el juez aquel que hace declaraciones de que puede aprovecharse su contrario se compromete a mantener y a respetar las declaraciones mismas y a reconocer las consecuencias jurídicas que a favor de la parte contraria pueden derivarse. Ahora bien, que el juez, ante el cual se han hecho las declaraciones, reconozca su propia incompetencia en el asunto no quita nada a la solemnidad, con lo cual la declaración se hace, ni priva a la misma del carácter convencional que lleva implícito, por lo cual es lógico que se conceptúe como confesión judicial.

Las razones dadas por este autor y que nos parecen convincentes tienen mayor fuerza cuando se aplican a los otros casos que él analiza.

Se trata de saber si la confesión emitida en un juicio puede ser invocada en otro juicio distinto.

Según el concepto de Ricci, sí aunque el otro juicio fuese criminal, siempre que la parte a cuyo favor se hizo hubiere intervenido en él y hubiere tenido lugar en el debate sostenido con el procesado. Según nuestro código, creemos que no, pues le faltaría el requisito de ser hecha ante el juez del negocio, que indudablemente es lo que el código ha dado a entender al establecer que la confesión debe presentarse ante juez competente.

En este caso, no vemos por qué la confesión no pudiera tenerse, por lo menos como indicio vehemente que, acompañado de otros o por falta de pruebas contrarias, llevaría el convencimiento al ánimo del juez, conforme a las reglas de un criterio puramente racional.

Después de las cuestiones que brevemente hemos apuntado, aún nos queda por estudiar esta otra, destinada a examinar de las generalidades relativas a la confesión. ¿Qué declaraciones hechas en juicio deberán reputarse como confesión judicial?

Nuestro código responde diciendo: es confesión judicial la que se hace ante juez competente, al contestar la demanda, o absolviendo posiciones. Esto requiere alguna explicación, porque no siempre se ha opinado del mismo modo.

En la antigua legislación española parece que no existía precepto legal que atribuyese a los hechos confesados en los escritos y pedimentos la fuerza de una confesión judicial, pues, aunque se confesaba la demanda, al contestarla por escrito aconsejaban los prácticos que se pidiera la ratificación para que la confesión surtiese el efecto de dar por concluido el juicio. En cambio, en la jurisprudencia francesa, producía los efectos de confesión judicial la que se hacía en presencia del juez, respondiendo a las preguntas hechas por éste, y también en cualquier acto del procedimiento, en el curso de la instrucción, teoría adoptada por el CPCV de 1869, el cual en su art 551, dispone: "La confesión judicial puede hacerse verbalmente contestando a las posiciones, y reputa serlo la hecha en las manifestaciones verbales, escritos o alegatos que hagan los litigantes en el juicio que se sigue con ocasión del negocio que se ventila".

El código del Distrito Federal en su art 402, lo mismo que el vigente en Veracruz, en el 414, ha limitado los efectos de la confesión hecha en juicio, sólo a la que se hace al absolver posiciones y al contestar la demanda. Creemos que ha habido razón para ello, porque, según nuestro concepto, darle mayor amplitud no carecería de peligros. Las observaciones de Ricci acerca de este particular son dignas de tenerse en cuenta. Dice: "Para que se vea en la declaración una confesión, es necesario que haya sido hecha con intención de asegurar la existencia de un hecho, y no con otro fin. Infiérese de aquí que no todo lo que la parte afirma en un juicio con el solo fin de defenderse puede elevarse a la categoría de confesión. Me reclamáis, por ejemplo, la propiedad de un fundo, y en tal demanda opongo un contrato, del cual resulta que me habéis vendido el fundo reclamado: luego afirmo, mudando el sistema de mi defensa, que en este aparente contrato oneroso se contiene una donación disimulada, que habéis querido hacerme del fundo en cuestión: ¿podrá en tal caso objetármese que habiendo declarado la existencia de un contrato oneroso de compra y venta, no puedo ya alegar una donación disimulada, porque aquella declaración tuvo los caracteres de una confesión que hace prueba plena en contra mía? No, porque yo he deducido la compra y la venta como medio de defensa, no para hacer constar la existencia de ese hecho ofreciendo su prueba".

El código (art 437 del CPCDF y 449 del CPCV) dice también que cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación, añadiendo que en este caso la confesión quedará perfecta.



Varias consecuencias se deducen de este texto. La primera es que para que la confesión sea perfecta se necesita la presencia judicial; la segunda, que no sólo en la contestación de la demanda, sino también en todos los actos del juicio se podrá obtener la confesión judicial, si se ratifican; y la tercera, que la confesión sin ese requisito no es perfecta. Nosotros creemos que para el efecto de la prueba, la confesión hecha al contestar la demanda, aunque no se ratifique, es perfecta, y el legislador quiso decir en esta última parte del artículo citado que la confesión no ratificada, no puede servir para pedir la ejecución y surtir los otros efectos que la ley atribuye a la confesión, cuando es completa y perfecta.

No basta saber cuándo debe hacerse la confesión para que produzca todos sus efectos. Se necesita también tener conocimiento de las personas que pueden hacerla, pues habrá unas, como los menores y los incapacitados, a quienes la confesión no deberá perjudicar, por falta de conocimiento, y otras que por estar ausentes no podrían comparecer personalmente ante el juez, y deberán confesar por medio de otras personas que les representen.

En uno y en otro caso, ha sido conveniente establecer reglas, para desvanecer las dudas que podrían surgir en una materia de tanta trascendencia. De ellas vamos a ocuparnos a fin de dar término a este capítulo, reservando para el siguiente lo relativo a la manera de producirse esta prueba, y a la cuestión tan importante de la divisibilidad de la confesión.

El art 546 del CPCDF (562 del CPC de Veracruz) en su fracc I dice: "la confesión judicial hace plena prueba cuando reúne, entre otras circunstancias, la de ser hecha por persona capaz de obligarse"; y como si esto no fuera suficiente, en el art 548 (564 del CPCV) repite que se tendrán por probados los hechos cuando las posiciones se absuelvan en sentido afirmativo, siempre que el confesante sea capaz de obligarse, que la confesión haya recaído sobre hechos propios de éste, y concernientes al pleito, y que la declaración sea legal.

Por lo dicho, vemos, que la legislación vigente ha permanecido fiel a las tradiciones de la jurisprudencia. Siempre la confesión fue considerada el reconocimiento de un hecho, del cual se derivan derechos a favor de una parte y obligaciones para la otra; y al ser esto así, era lógico que no la pudiesen prestar legalmente quienes no pueden obligarse por sí mismos. En este punto la antigua jurisprudencia española está de acuerdo con la francesa. "La confesión, dice Moulton, hace prueba en justicia siempre que emane de una persona capaz de disponer del objeto que se disputa en el proceso. Así, la confesión que hace un menor o un individuo sujeto a interdicción no le puede perjudicar, y lo mismo debe decirse de una mujer casada no autorizada a comparecer en justicia".

Y no podría ser de otra manera porque si, como advierte Ricci, el derecho teóricamente considerado es independiente de la prueba, con la cual no puede confundirse, en la práctica no sucede lo mismo. El que reconoce la verdad de un hecho del cual emana para él una obligación sólo por eso acepta tal obligación. Sería ilógico, dice el autor citado, que quien no es capaz de contraer una obligación pueda, por efecto de la confesión que hizo, verse obligado a satisfacer el objeto de la convención. Si así fuese, la incapacidad para obligarse no existiría más que en el orden teórico, mientras que en el práctico bastaría confesar un hecho para obligar a quien lo hizo a una prestación a la que no podía ser obligado legalmente.

Admitido este principio general, surgen de él diversas cuestiones, algunas de las cuales han sido resueltas por la legislación positiva y otras por la jurisprudencia. Vamos a enunciar las principales de ellas, con la brevedad posible.

La primera cuestión que ocurre es relativa a los apoderados, y se duda si éstos podrán o no obligar a sus poderdantes por la confesión que hagan de algunos de los hechos dudosos.

Las discusiones que con este motivo sostenían los juriconsultos carecen entre nosotros de motivo, pues el código declara expresamente que sólo puede absolver posiciones (esto es, confesar los hechos controvertidos) el procurador que tenga poder especial para ello o poder general con cláusula especial para hacerlo (art 406 del CPCDF y (418 del CPCV). Esto no priva al otro litigante de la facultad que le da la ley para exigir que las posiciones sean absueltas por su colitigante personalmente, lo cual se verificará también cuando el apoderado ignore los hechos (art 417 del CPCDF y 419 del CPCV).

En virtud de una disposición tan clara no podría haber duda acerca de la ineficacia de la confesión que hiciera un abogado respecto de los hechos de su cliente; pero como esta cuestión se discutió alguna vez, el código quiso hacer cesar todo motivo de incertidumbre y declaró expresamente que no es permitido articular posiciones al abogado acerca de los hechos controvertidos en el juicio que patrocina. Moulton aconseja que siempre que un abogado hiciera en sus discursos, una declaración perjudicial a su cliente, éste cuide de protestar para que su silencio no se tome como prueba de aquiescencia.

Además de esta cuestión, se han promovido otras, como las siguientes:

1. ¿Cuáles son los límites de la confesión que pueden hacer los que representan a otros, como los tutores, administradores, etc.? La respuesta teóricamente es muy fácil: ni aquéllos ni éstos, pueden obligarse por causa de su confesión, sino respecto de los actos que pueden ejecutar con validez sin necesidad de autorización. Sin embargo, en la práctica no es fácil señalar ese límite, y Ricci cita una sentencia del Tribunal superior de Turín en sentido contrario a su opinión, que es la que hemos expuesto. Según el concepto nuestro, en caso de haberse excedido el tutor, confesando un hecho a consecuencia del cual se pretendiese obligarle a ejecutar un acto para el que necesitaría la autorización judicial, la confesión dejaría de ser eficaz como prueba. Si el tutor no puede vender los bienes raíces de su pupilo sin la licencia del juez, ¿de qué serviría a quien le demandase en juicio que confesara haber consentido en la venta?

2. ¿Hace prueba contra sus acreedores la confesión hecha por el deudor?

Ricci, quien se propone esta cuestión, menciona una sentencia del Tribunal superior de Nápoles, que la resolvió en sentido afirmativo, porque según se dice en ella, si esa confesión perjudica a los acreedores, éstos podrán promover las acciones que les competan por la enajenación hecha en fraude suyo. Él opina en sentido contrario.

Cabe distinguir lo siguiente: cuando los acreedores se dirigen contra terceras personas ejercitando los derechos de su deudor, la confesión de éste debe perjudicarles, porque como obran en nombre y representación del deudor tienen que aceptar todas las obligaciones contraídas por éste. Por el contrario, cuando los acreedores proceden al embargo de las cosas pertenecientes a su deudor ejercitan un derecho propio, no de aquél, y son verdaderos terceros, extraños al vínculo contractual, que de la confesión se deriva. Tal es la opinión de Ricci.

3. Finalmente, ¿puede alegarse la confesión contra el sucesor a título particular del confesante? La respuesta afirmativa se impone, puesto que el sucesor a título particular es como el continuador de la persona a quien sucede.

Nuestro código, en términos más generales, dice que el cesionario se considera apoderado del cedente para el efecto de ser obligado a confesar los hechos (art 408 del CPCDF y 420 del CPCV), mas esto debe entenderse cuando se trate de un litigio seguido con terceras personas.

El autor citado refiere un caso curioso, resuelto por una sentencia del Tribunal superior de Turín. Se trataba de un pleito surgido entre dos individuos que habían adquirido una misma casa de un tercero, y del valor de la confesión hecha por aquél como vendedor de la casa. El tribunal negó la eficacia de la confesión, no obstante que se trataba de un sucesor a título singular, fundándose en las siguientes razones, que son concluyentes.

"Juzgando, según esta declaración, dijo el Tribunal, se vienen a atribuir al dicho del autor común en daño de uno de los sucesores los efectos mismos que hubiera tenido la confesión de éstos, infringiéndose así el art 1396, según el cual la confesión judicial hace prueba contra aquel que la ha hecho, pero no contra terceras personas. Ahora bien, es evidente que el común autor, después de haber vendido a uno de sus causahabientes el fundo en litigio, no puede ya por un hecho propio anular esa venta, y no puede menos, por tanto, de ser considerado como un tercero en las relaciones entre los diferentes causahabientes".

La extensión de la materia de que venimos hablando nos obliga a suspender aquí su estudio para continuarlo en el capítulo siguiente, en el cual hablaremos, según indicamos antes, de la forma como debe pedirse y recibirse la confesión y de su indivisibilidad.

Como puntos de menor importancia, pero que no deben echarse en olvido, diremos en él algo acerca de la renovación de la confesión hecha en juicio y del juramento conocido antiguamente con el nombre de supletorio sustituido en algunos códigos modernos por lo que se ha llamado aseveración del actor, pues si el código vigente no enumera este género de pruebas, siquiera como recuerdo histórico conviene decir algo acerca de ellas.

d) Prueba de Testigos

[Arazi]⁴

1. Concepto

Se denomina prueba de testigos a aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han visto u oído sobre éstos.

Podemos observar las siguientes características:

- a) Las personas jurídicas no pueden ser llamadas como testigos. Sí se les puede requerir informes o confesión por medio de sus representantes.
- b) No pueden ser testigos quienes revistan la condición de partes. Quien es citado a propuesta de su litisconsorte no reviste el carácter de parte en la relación procesal entre el que lo propone y su adversario (ver cap. VIII, punto 9, ap. a).
- c) El testimonio puede versar sobre cualquier clase de hechos, con las limitaciones



propias de las pruebas en general.

En una definición más simple se podría decir que el testimonio es un medio de prueba por el cual quien no es parte en un proceso declara lo que es de su conocimiento.

La declaración debe efectuarse con fines procesales ante un juez o funcionario investido de autoridad para recibirla, en un proceso determinado y por terceros. Se menciona el testimonio de parte referido a las declaraciones de ésta cuando, por no serles desfavorable, no constituye confesión. Nosotros tomaremos el concepto restringido del testimonio, limitándolo a la declaración de terceros.

Por tercero debe entenderse quien no es parte desde el punto de vista procesal, aunque lo sea en la relación sustancial; por ejemplo, si por el daño causado con un automotor se demanda al dueño de éste, quien lo conducía puede ser testigo. En el caso, el conductor, si bien es sujeto del litigio, en mérito a su eventual responsabilidad en el hecho, no es sujeto del proceso.

Lo señalado precedentemente no siempre se entendió así, habiéndose decidido que la declaración del dependiente causante del hecho ilícito de ninguna manera puede considerarse declaración testimonial, pues si por testigo debe entenderse la persona ajena al pleito que depone sobre hechos que han ocurrido al alcance de sus sentidos, no es dudoso el interés de aquél en aparecer exento de toda culpa o negligencia, dada la eventual posibilidad de que posteriormente se haga aplicación del art. 1123 del Cód. Civ.. No es ésta la solución adecuada: la prueba debe admitirse ya que el dependiente es ajeno al proceso en que se lo cita como testigo, sin perjuicio de apreciarse con rigor la eficacia de la declaración (ver infra, punto 29, ap. ñ).

Con el mismo criterio es admisible la declaración del que ha cedido su crédito en el juicio entre el cesionario y el deudor, y del asegurado, en el juicio seguido por la aseguradora.

2. Objeto del testimonio

No debe limitarse el concepto de la prueba de testigos a la declaración sobre hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos de quien la hace. Esta restricción no es exacta, ya que el testigo puede declarar sobre hechos que no haya percibido directamente, sino que le han sido narrados por otros; la declaración puede también contener juicios lógicos o deducciones del testigo; es posible igualmente interrogarlo sobre el concepto que le merece determinada persona, etcétera.

Hay que distinguir entre la admisibilidad de la prueba y su eficacia como medio de convicción. Los juicios y deducciones del testigo, así como sus declaraciones "de oídas" serán valoradas por el juez, y en ciertos casos, podrán ser ineficaces. Sin embargo, no dejan de ser testimonios.

Enseñaba Alsina que "testigo es la persona capaz, extraña al juicio, que es llamada a declarar sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos"; pero, a pesar de esta definición, admitía que el testigo pueda expresar un juicio lógico, fundado en conocimientos comunes o técnicos que siempre son útiles para la apreciación de los hechos por el juez.

No obstante lo señalado, respecto de que se le debería admitir al testigo formular juicios de valor, los tribunales en algunas oportunidades los han rechazado, limitando la declaración a aquello que cae bajo la percepción de sus sentidos.



También se decidió que la declaración de un testigo de referencia carece de eficacia porque la relación de sujeto conocedor a objeto conocido no es directa.

3. El testigo técnico

En caso de que el testigo, por razón de su oficio o profesión, tenga conocimientos especiales en determinada materia, sus observaciones pueden ser de singular importancia.

Pero no se debe confundir esta prueba con la de peritos. Se ha dicho con acierto que el testigo no es "fungible" y el perito, en cambio, sí lo es. En efecto, el testigo debe declarar sobre un hecho concreto que él particularmente conoce por alguna circunstancia, no sobre aquello que pueda ser de conocimiento de cualquier persona de la misma profesión.

Otro rasgo distintivo entre el testigo y el perito se refiere al momento en que se tiene conocimiento del hecho sobre el que se declara: el testigo conoce el hecho con anterioridad a la declaración e informa lo que sabe acerca de él; el perito dictamina sobre hechos que puede desconocer antes de recibir el mandato del juez.

El objeto del testimonio se limita a los hechos ocurridos anteriormente, conocidos por el testigo, comprendiendo los juicios que sobre ellos debe exponer para su adecuada representación, inclusive los de carácter técnico, si tiene conocimientos especiales en la materia; el contenido del dictamen del perito es fundamentalmente el concepto o la opinión que deduzca sobre las cuestiones de hecho, pasadas, presentes o futuras, que se sometan a su consideración.

4. Limitaciones de la prueba de testigos

En varios casos la ley ha declarado expresamente la ineficacia de testigos:

a) Firma en blanco.— El art. 1017 del Cód. Civ. dispone que si el signatario de un documento firmado en blanco alega que las declaraciones y obligaciones que se encuentran en él no son las que tuvo intención de hacer o contratar, tal hecho no puede probarse por testigos, salvo que el papel que contenga la firma en blanco hubiese sido fraudulentamente sustraído a la persona a quien se confió y lo hubiera llenado un tercero contra la voluntad de aquélla (art. 1019, Cód. Civil).

b) Contratos. Principio general.— Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos moneda nacional se deben hacer por escrito y no se los puede probar por testigos (art. 1193, Cód. Civ.). Se advierte que en la actualidad ningún contrato puede probarse por testigos ya que no existen los de monto inferior al consignado por la ley en una moneda que no tiene curso legal.

La limitación de la prueba de testigos que impone el art. 1193 del Cód. Civ. se refiere al contrato en sí mismo, pero no a los hechos que lo sustentan o con los que él se vincula. Tampoco rige la exclusión de la prueba testifical cuando una de las partes hubiese recibido una prestación y se negase a cumplir el contrato (art. 1191, Cód. Civ.), ya que sería injusto que los contratantes no pudiesen justificar por medio de testigos y aun de presunciones, la existencia del contrato, dado

que ello implicaría tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos.

En relación con este tema se decidió que el locador puede valerse de todos los medios de prueba, incluso la de testigos, para acreditar la violación del contrato que lo vincula al locatario, por haber éste cedido la locación. En este caso el primero es un tercero en la relación establecida a sus espaldas, verbalmente o por escrito, y por ello puede probar la cesión por cualquier medio de prueba.

c) Modificación del contrato.— La prueba testimonial no es idónea para cambiar los términos de un contrato que es ley para las partes (arts. 1197 y 1198, Cód. Civ.). Por lo tanto, es ineficaz la tentativa de producir la convicción por medio de testigos o de presunciones contra el contenido de un documento.

d) Pago.— Se controvierte si la prueba del pago está sometida a la restricción legal y no puede ser acreditada por testigos. Desde antiguo la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que el pago puede acreditarse por cualquier medio de prueba, no siendo aplicables a él las restricciones del art. 1193, puesto que se trata de un hecho y no de un contrato.

e) Fianza.— La fianza puede contratarse en cualquier forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si se la niega enjuicio, sólo podrá probarse por escrito (art. 2006, Cód. Civil).

f) Prescripción adquisitiva.— En el juicio de adquisición de inmuebles por prescripción, se admite toda clase de pruebas, pero el fallo no se puede basar exclusivamente en la testimonial (art. 24, inc. c, ley 14.159).

g) Ejecución de sentencia.— El CPN excluye la prueba de testigos para acreditar los hechos en que se fundan las excepciones opuestas en el procedimiento de ejecución de sentencia (art. 507).

5. Testigo único

Durante mucho tiempo rigió el principio *testis unus, testis nullus* (testigo único, testigo nulo). Sin embargo, actualmente la jurisprudencia ha reaccionado contra tal limitación a los poderes de apreciación del juez.

Reiteradamente se decidió que no debe descalificarse al testigo único o singular; por esa sola circunstancia sus dichos no quedan privados de eficacia probatoria, máxime cuando existen otros elementos de convicción que avalan sus dichos, o bien su declaración guarda relación adecuada con las demás pruebas que obran en autos.

Dentro del sistema de la apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se resolvió que si el testigo único tiene relaciones con la aseguradora o fue protagonista del choque que da origen a la demanda, su declaración no es idónea por sí, salvo corroboración firme con otros elementos probatorios.

No obstante lo dicho en relación con la eficacia del testigo único, en alguna oportunidad la ley exige la declaración de más de un testigo para acreditar el hecho; tal el caso de la prueba para abonar la firma de un instrumento privado atribuido al deudor, para pedir embargo preventivo: deben declarar como mínimo dos testigos (art. 209, inc. 2-, CPN).

6. Requisito para ser testigo

El art. 426 del CPN dispone: "Toda persona mayor de catorce años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por la ley".

En primer lugar ha de tenerse presente que el carácter de testigo se adquiere cuando el juez ordena recibir la declaración; una persona no puede presentarse a declarar espontáneamente; el testimonio debe solicitarlo alguna de las partes u ordenarlo el juez, de oficio.

El testigo, como ya dijimos, debe ser una persona física y, de acuerdo con lo dispuesto por el CPN, mayor de 14 años. Esta edad mínima hay que tenerla en el momento de declarar, aunque la persona fuera menor cuando percibió el hecho sobre el cual declara.

En algunos países europeos, como Francia, Italia y Alemania, se admiten las declaraciones de testigos de menos edad que la mínima requerida, pero sin exigirse juramento, y en esos casos los testimonios tienen valor de indicio.

A pesar de la categórica disposición del artículo que citamos precedentemente, creemos que cuando el juez lo considere indispensable, puede recibir la declaración de personas menores de 14 años. La prueba no será estrictamente de testigos, sino que se tratará de declaraciones que tienen valor de indicios y cuya producción se realizará de conformidad con lo previsto por el art. 378, pár. 2º, del CPN, que prevé otros medios de prueba además de los enunciados por la ley (ver cap. IV, punto 7). En este caso no se exigirá juramento o promesa de decir verdad.

Se ha decidido que es admisible el testimonio del abogado de una de las partes que declara en juicio sobre hechos concernientes al pleito, pero tal testimonio tiene que tomarse con la debida reserva si no está corroborado por otras pruebas.

Asimismo, los miembros de una sociedad que es parte en el juicio pueden ser citados como testigos cuando no ejercen la representación de la entidad y aun cuando hayan sido representantes legales con anterioridad.

3 Normativa

Declaración de testigo

[Código Procesal Civil]⁵

ARTÍCULO 351.- Admisibilidad.

No será admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación.



En tal caso, toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento público o privado. Para lo anterior registrará la suma vigente a la fecha de la celebración de la convención o acto jurídico.

Para la estimación del objeto de la convención o acto jurídico no se tomarán en cuenta los frutos, intereses u otros accesorios.

Sin embargo, la prueba testimonial será admisible para comprobar actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor mayor al indicado, y para comprobar las convenciones que haya habido entre las partes, en los siguientes casos:

- 1) Cuando exista un principio de prueba por escrito.
- 2) Cuando haya sido imposible al que invoca la prueba testimonial procurarse una literal, o cuando, a consecuencia de caso fortuito, haya perdido la que se había procurado.

Será admisible la prueba testimonial aunque el objeto que constituya la materia de la obligación exceda del valor indicado, si el acreedor limita su reclamo a ese valor y renuncia al exceso.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los tribunales podrán permitir la prueba testimonial más allá del límite indicado en el párrafo primero, teniendo en cuenta las cualidades de las partes, la naturaleza de la convención o acto jurídico y cualquier otra circunstancia.

Los hechos puros y simples podrán ser probados por medio de testigos, cualquiera que sea la importancia de la cuestión en la cual se trate de establecer su existencia.

4 Jurisprudencia

a) Valoración de la prueba en materia civil: Inadmisibilidad de prueba testimonial para probar contrato de comisión

[Tribunal Segundo Civil Sección I]⁶

Voto de mayoría

"III.- Con su demanda, la parte actora manifestó que bajo las instrucciones de su cliente Roberto Chang, procedió a buscar algún casino en San José que estuviera por arrendarse, y que avocada a esa tarea contactó con el señor Walter Valverde Guerra quien en representación de la accionada "Hospitalidad Costa Inversiones HCI, Sociedad Anónima" llegó a un acuerdo con su cliente Roberto Chang, para darle en arriendo el casino del Hotel Quality Colón. Afirma la actora, que por la labor de contacto que ella realizó el señor Valverde Guerra le prometió en forma verbal la suma de doce mil dólares por concepto de comisión, equivalente a un mes de alquiler, de los cuales solo recibió dos mil dólares, adeudándole la parte demandada al día de hoy diez mil dólares restantes, los que ha intentado recuperar por varios medios pero que no le ha sido posible, motivo por el cual

interpuso la presente demanda.

IV.- La empresa demandada fue debidamente notificada y no contesto la demanda dentro del emplazamiento, razón por la cual se le declaró rebelde.

V.- El juez de primera instancia admitió el desistimiento de la única prueba documental que la actora había ofrecido, consistente en un cheque por dos mil dólares que debía solicitarse al Banco de Costa Rica y que presuntamente había sido girado a su favor por abono a la comisión que reclama. Igualmente se admitió la prueba testimonial propuesta y fue declarada inevacuable por inasistencia de los declarantes. En la sentencia apelada la presente demanda se declaró sin lugar sin especial condenatoria en costas, por falta de prueba de los hechos base del reclamo.

VI.- De la anterior resolución apeló la accionante, expresando como agravios, que al no evacuarse la testimonial de los señores Luis Brenes y Roberto Chan, el primero ex gerente de la empresa demandada y el segundo en calidad de contratante con la misma empresa, se le deja en absoluta indefensión. Alega que habiéndose declarado rebelde a la parte demandada, lo razonable era que en virtud del artículo 310 del Código Procesal Civil, se declare la condenatoria del demandado, una vez evacuada la prueba para mejor resolver. Aduce que no es procedente desde el punto de vista de los principios generales del derecho y de las facultades que competen al juez, que el juzgador de primera instancia prescindiera de la prueba para mejor resolver, la cual necesariamente debe admitirse por ser indispensable para la resolución del proceso, máxime que son las únicas pruebas con que cuenta, por lo que solicita su admisión. Asimismo aclara que los testigos no fueron a declarar cuando se les citó, porque el señor Luis Brenes no se encontraba en Costa Rica y el señor Roberto Chan había cambiado el número de celular y viajó a Guatemala, no obstante ahora se encuentra en limón y anuente a testificar.

VII.- Del análisis del cuadro fáctico que se presenta se concluye que la actora pretende demostrar la existencia de un contrato de comisión por la suma de doce mil dólares mediante la declaración de dos testigos que ofrece en segunda instancia para mejor resolver. Lo anterior contraviene lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Civil según el cual " *No será admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación.... Sin embargo, la prueba testimonial será admisible para comprobar actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor mayor al indicado, y para comprobar las convenciones que haya habido entre las partes, en los siguientes casos: 1) Cuando exista un principio de prueba por escrito...*". Si como se apuntó en líneas anteriores la actora no ha ofrecido prueba documental para demostrar la existencia del presunto contrato de comisión, la testimonial resulta inadmisibile y por ello a nada conduce admitirla para mejor resolver. Así las cosas, al no haber cumplido la accionante con la obligación de probar los hechos en que funda su demanda, a la luz de lo establecido en el ordinal 317 ídem, es evidente que la resolución deberá mantenerse en lo apelado."

b) Prueba indiciaria en materia civil: Valoración en la simulación de contratos

[Sala Primera]⁷

Voto de mayoría

"En lo que atañe a la prueba de la simulación por los terceros, este Tribunal ha indicado lo siguiente: "...los terceros pueden probar la simulación por todos los medios probatorios a su alcance, entre otras razones por encontrarse en la imposibilidad de procurarse prueba documental y por ser la simulación para los terceros un hecho. Por ello pueden acudir a la prueba testimonial e indiciaria para descubrir la apariencia del negocio simulado que se ha llevado a cabo por otros sin su conocimiento (artículos 757 Código Civil, correspondiente al 351 párrafo 3° Código Procesal Vigente, 753 del Código Civil, correspondiente al 351 párrafo in fine del Código Procesal vigente). Comúnmente los terceros no acuden a la prueba documental y testimonial, pues las partes simulantes no obran ante testigos, sino en el misterio, ni divulgan o publican la simulación ni entregan a terceros contra documentos con los cuales se aseguran ellas mismas. Desde luego que las partes simulantes interesadas en llevar el proceso simulatorio hasta sus últimas consecuencias tampoco van a confesar la simulación en juicio, todo lo contrario se preocuparán por darle apariencia de normalidad al negocio simulado. Cuando es un tercero el que alega la simulación, lo normal será que él mismo acuda a la prueba indirecta, de presunciones e indicios. Si se rechazara este tipo de prueba habría que renunciar a descubrir la simulación (Sala de Casación N° 26 de las 10,50 horas de 24 marzo 1954, I semestre p. 379. Sala de Casación N° 123 de las 14,45 horas de 6 de diciembre de 1967, II Semestre, Tomo II, p. 1106). En suma "Por la naturaleza de la simulación, es consustancial a ésta la prueba de indicios" (Sala Primera de la Corte, N° 311 de las 15,30 hrs. del 31 de octubre de 1990). El juzgador frente a esta clase de negocios debe aplicar una técnica de presunciones que le permita definir el síndrome indiciario de la simulación, pues las partes utilizan una técnica ocultatoria engañosa y bastante depurada que provoca dificultades probatorias" (sentencia número 41 de las 14 horas 40 minutos del 20 de marzo de 1991)."

c) Prueba testimonial: Compraventa con saldo deudor que no consta en el documento

[Tribunal Segundo Civil Sección I]⁸

Voto de mayoría

"II.- De acuerdo con los autos, el aquí actor le vendió a la demandada rebelde un derecho a una novena parte de una finca de su propiedad. En la escritura pública en que se hizo el traspaso, se consignó que la venta era por la suma de trescientos mil colones exactos, monto que se tuvo por recibido en ese acto. Según lo afirma el actor y lo ratifica el Notario Obando Méndez que autorizó la escritura, el verdadero precio de la venta fue mayor al aludido en el documento, la compradora quedó debiendo entre setecientos u ochocientos mil colones, en razón de lo cual él le sugirió elaborar algún documento adicional para garantizarse el saldo, pero el actor estimó que ello era innecesario en razón del parentesco que tenían y la honorabilidad de doña Luz Marina. Consta en autos además de la prueba documental mencionada y la deposición de Obando, el testimonio del guarda civil del Ministerio de Seguridad Pública de Coronado, don Oldemar Méndez Segura, quien

refirió que cuando se realizó la notificación a la demandada, ésta no quiso firmar el acta, pero sí aceptó que le debía esa plata a don Hernán pero que no le iba a pagar. III. El órgano a quo desestimó la acción, fundándose en que del tenor literal de la escritura de compraventa habida entre las partes se desprende que no hubo saldo alguno del precio, que conforme al artículo 351 del Código Procesal Civil, la prueba testimonial no es bastante para tener por probados hechos o negocios cuya cuantía exceda del diez por ciento de la establecida para la admisibilidad del recurso de casación.

IV.- Sin embargo, el Tribunal discrepa de esa conclusión. En efecto, de la propia lectura del numeral 351 del Código de cita se desprende que el referido límite no es óbice para que prospere la prueba testimonial cuando se trata de hechos puros y simples, cuando hay un principio de prueba por escrito, y cuando ha habido imposibilidad de procurarse prueba documental o se ha extraviado la que había. Estima el Tribunal que para la procedencia de la prueba testimonial en la especie debe considerarse también la actitud de que hizo gala la demandada en el proceso. Debidamente notificada que fue, no se dignó siquiera contestar la secuencia que los hechos que debieron tenerse por contestados afirmativamente. Y con tal contestación afirmativa en rebeldía, se configuró el principio de prueba por escrito que a su vez hizo posible y legítima la prueba testimonial del Notario que otorgó la escritura y del funcionario policial que participó de la notificación de la demanda, armóniza en el sentido de que la accionada reconoció la existencia de la deuda. Para concluir, el desinterés de la última se hace más evidente cuando se le notificó la sentencia de primera instancia, pues ni siquiera tuvo a bien señalar para futuras notificaciones.V.- Por otra parte, es de tomar en cuenta que la materia aquí planteada es de naturaleza patrimonial y, por ello, dejada a la libertad de disposición de los particulares. No se trata de cuestiones relativas a estados o capacidad, en que la referida libertad no es de recibo, sino al monto de una obligación dejada de pagar, que, con su conducta, la propia demandada reconoció como cierta, por lo que es aplicable la regla del artículo 1008 del Código Civil de que el consentimiento también se expresa mediante hechos de los que necesariamente se deduzca. Ello obliga, entonces, a revocar la sentencia apelada para, en su lugar, abrir el paso a la acción, concediendo el pedimento de declarar a la accionada deudora del actor por la suma de setecientos noventa y siete mil quinientos colones exactos. Las costas, dado la suerte que corrió la acción, igualmente estarán a cargo de la demandada, como manda observar el artículo 221 del Código Procesal Civil citado."

d) Confesión ficta: Análisis sobre la posibilidad de admitir otra prueba en contrario que la desvirtúe

Criterios establecidos en sentencias precedentes

[Tribunal Segundo Civil Sección II]⁹

Voto de mayoría

"VI.- En el Código Procesal Civil no se regula en todos sus efectos y particularidades la confesión ficta, pero se ha interpretado en forma reiterada por los Tribunales nacionales, parcialmente en la forma aplicada por el juez de primera instancia. Los efectos que puede surtir una confesión ficta, permiten en ese contexto ser interpretados en dos sentidos; por una parte, se tiene la tesis, según la cual, será valorada como prueba afirmativa de los hechos allí consignados, sin requerir otra prueba que la complemente, siempre y cuando no conste pruebas o afirmaciones de la parte en sentido contrario de la posición y, la segunda, según la cual solo puede ser considerada si se



aporta prueba complementaria que la refuerce (prueba corroborante). Cabe cuestionarse la validez de esta última posición a la luz de las regulaciones contenidas en el Código de rito. Si bien la confesión no realizada, pero tenida por rendida ante la omisión de la parte llamada a declarar, no puede tener efecto de plena prueba, por la regulación del artículo 338, del Código ya citado, pues se requiere haberla efectuado, como se interpreta de la frase: “La confesión judicial prueba plenamente contra quien la hace”, sí es fuente probatoria. Plena prueba significa que no hay prueba oponible, en principio, pues en realidad deberá ser confrontada con el resto de la prueba constante en autos, aún en el caso de la confesión rendida efectivamente. Por su parte, la confesión ficta, es decir, tenida por depuesta como sanción procesal, está condicionada al análisis crítico que realiza el juzgador para determinar su credibilidad, en la forma que adelante se expone. Es necesario referirse a la interpretación dada por la Sala Primera, de la Corte Suprema de Justicia: “en forma reiterada se ha resuelto que la confesión ficta, como tal, es una ficción que descansa en una presunción de verdad, que no es absoluta sino relativa, y que por lo mismo se la puede combatir con otras pruebas, y que es contrario al ejercicio de la facultad que la ley confiere a los juzgadores si, a virtud de una confesión ficta, éstos atribuyen a la parte declaraciones contrarias a las que auténticamente constan por suyas en los autos (entre otras, Sentencias de Casación de las 3,30 pm del 22 de noviembre de 1928 y 127 de las 16,50 horas del 16 de octubre de 1981).”

364-F-90, SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas diez minutos del veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa. La premisa aquí expuesta permitiría afirmar la imposibilidad de calificar de plena prueba la confesión rendida en rebeldía o confesión ficta; sin embargo, de este antecedente no se extrae la necesidad de contar con prueba complementaria que corrobore la confesión; es decir, parte de la tesis según la cual es necesario tener prueba que la contradiga para desvirtuar su contenido. Asimismo, se ha dicho, analizando este tema: “...sólo incurre en el yerro endilgado el juzgador que arbitrariamente desestima la probanza. Es decir, cuando hace mal uso de los poderes a él conferidos por la ley en materia probatoria. Para que la denegación configure la causal dispuesta en el artículo 594 inciso 2do. del Código de rito, se requiere la concurrencia de dos supuestos: que la prueba sea admisible según las leyes, y que su denegatoria haya podido producir indefensión. (...) la **confesión ficta se basa en una presunción de verdad, no absoluta, sino relativa, susceptible de ser refutada por cualquier tipo de prueba. Como lo indica el Ad-quem, en la sustanciación obra abundante prueba que contradice la confesión en rebeldía de los demandados.” (Texto subrayado no es del original). RES.: 000122-F-98, SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas quince minutos del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.- Es decir, se plasma la tesis según la cual debe existir prueba que contradiga la confesión ficta, para restarle valor. En ninguno de estos antecedentes se refiere la necesidad de prueba complementaria o corroborante, sino la necesidad de analizar la confesión ficta en conjunto con el resto del elenco probatorio existente.**

VIII.- Este Tribunal ha analizado también en reiteradas ocasiones el tema. “En lo concerniente a la **confesión ficta**, nuestra Sala de Casación ha desarrollado de manera clara y precisa la forma en que ha de apreciarse. Así, cuando las normas del Código Civil la regulaban, antes de la promulgación del actual Código Procesal Civil, se indicó: ‘El recurrente argumenta que se dio a esa **confesión ficta** un valor de plena prueba, quebrantando así las disposiciones de los artículos 727 y 728 del Código Civil, porque, según manifiesta, aunque la confesión prueba plenamente contra quien la hace, ese efecto solo debe entenderse para la confesión expresa y no para la confesión en rebeldía. Podría, en realidad, sostenerse que el primero de esos artículos adquiere su cabal sentido frente a la confesión expresa, mas esto no tiene mayor importancia en el caso que se analiza, porque no es cierto que los juzgadores le hayan dado, sin más, a la **confesión ficta**, el valor de plena prueba. De haber procedido así entonces posiblemente sí habrían cometido un yerro, mas no por violación del artículo que menciona el recurrente, sino del numeral 264 del Código de Procedimientos Civiles, hoy derogado. En efecto, si bien este artículo, en su versión original,



imponía al juez tener por confeso en la sentencia a quien no compareciere a confesar sin justa causa instituyendo así un tipo de prueba tasada, esa norma se modificó a partir del año 1937 y desde entonces se quitó a la confesión en rebeldía el carácter de prueba tasada, para ubicarla en el campo de la libre apreciación. El cambio se sustanció variando el imperativo "será" por el facultativo "podrá". De este modo, la **confesión ficta** quedó reservada a la libre apreciación del juez, quien en su ponderación debe guiarse por los senderos de la sana crítica, de modo que en este respecto solo podría cometer yerro el tribunal si notoriamente se sale de tales senderos, lo que ocurriría si acepta la confesión en absoluta desarmonía con los demás elementos de prueba que obren en el expediente." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 284, de las catorce horas treinta minutos del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa). (...) Por último, en otra resolución más reciente, la misma Sala reiteró lo indicado en la resolución N° 364-90 antes citada, cuando expresó: "Si bien en un principio Casación -a través de un voto de mayoría: 3 a 2- no admitió prueba contra la contestación afirmativa de la demanda derivada de no haberla contestado, y haber sido declarada la rebeldía, por tratarse de **confesión ficta** (Sentencia NO 101 de las 15:15 horas del 5 de octubre de 1965), el voto de minoría fue acogido por la antigua Sala Primera Civil para admitir cualquier tipo de prueba para contradecirla, pues la **confesión ficta** es una ficción, relativa y no absoluta, por lo cual siempre, frente a la contestación afirmativa en rebeldía, el juicio debe abrirse a pruebas y facultar al demandado a ofrecer la de descargo contra lo tenido por contestado en forma afirmativa (Sentencias N° 199 de 8:00 hrs. del 13 de marzo de 1962, 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965, y 697 de 8:35 hrs. del 20 de diciembre de 1966). Posteriormente la Sala de Casación continuó con este criterio. La **confesión ficta** es un valor relativo y debe ser apreciada en armonía con las demás probanzas del expediente (Sentencia NO 78 de las 15 horas del 21 de junio de 1971). Esta Sala, por su parte, recientemente, mantuvo la misma línea jurisprudencial. La confección ficta descansa en una presunción de verdad. No es absoluta sino relativa. Por esta razón es susceptible de ser combatida por medio de otras pruebas. El fundamento lógico consiste en la imposibilidad del juzgador de atribuir a la parte declaraciones contrarias a las auténticas ofrecidas por él dentro del proceso." (Subrayado no es del original). (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 16 de las catorce horas cuarenta minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro)." N°298, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA.-San José, a las nueve horas treinta minutos del ocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

IX.- En el supuesto de afirmaciones realizadas por la parte llamada a confesar, con anterioridad a su llamamiento, los antecedentes jurisprudenciales han sido contestes, en la imposibilidad de tener por confesa a la parte que ha declarado en contra de las posiciones. "Como acertadamente lo analiza el señor juez, con la **confesión ficta** no puede tenerse por demostrado que... le adeude al reconventor las sumas reclamadas, pues resulta necesario considerar como un todo, la prueba que obra en el expediente y la contestación a la reconvenición dada por la demandante. Allí la ... niega el derecho que reclama el accionado y manifiesta que el abogado director de un proceso tiene el deber de brindar toda la asesoría que sea necesaria para los intereses de su cliente y no puede pretender cobrar sumas diferentes por asesoría y actuaciones que implícitamente están dentro de sus funciones como abogado director. (...) Sería contradictorio tener por demostrada la deuda que reclama el reconventor con ese solo elemento probatorio, si la misma representante de la accionante ha negado categóricamente que se le debe suma alguna al reconventor y el licenciado ... tampoco aportó prueba adicional que confirme o demuestre su dicho." (Subrayado no es del original). N° 269, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.- San José, a las nueve horas veinticinco minutos del veintinueve de junio del dos mil.

X.- Si bien se dijo en una sentencia de este Tribunal, Sección Primera, lo siguiente: "...la **confesión ficta** o en rebeldía por sí sola no constituye plena prueba, sino que debe complementarse con otras pruebas para tener por probado lo que con ella se pretende (ver la sentencia N° 122-98 de las 14:15 horas del 27 de noviembre de 1998 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y N°

27 de las 9:00 hrs. del 28 de enero del año 2000 de la Sección II de este Tribunal).” N°291, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.- San José, a las catorce horas veinticinco minutos del veintiuno de julio del dos mil.- Lo cierto es que revisada la resolución aquí citada de la Sala Primera, esta no sostiene la necesidad de prueba complementaria para tener por probado lo que con ella se pretende.

XI.- La confesión ficta es la sanción procesal ante la omisión de la parte llamada a declarar, esta tiene su efectividad ante la ausencia de prueba o manifestaciones propias, que la contradigan, de conformidad con lo expuesto. "La **ficta confessio** no es consecuencia directa de la admisión y de la confesión, sino de la posible valoración de una conducta idéntica, que es la de guardar silencio o responder evasivamente. Esta actitud procesal, se produzca en un momento o en otro y con ocasión de las alegaciones y contraalegaciones o de la confesión judicial, es lógico que, junto con los demás elementos de juicio, pueda ser considerada en la sentencia..." (Andrés de la Oliva. Miguel Ángel Fernández. Derecho Procesal Civil. Tomo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1993. Págs. 315 y 316).- Se desprende de lo expuesto y transcrito que la **confesión ficta** no tiene la misma naturaleza de la confesión judicial, que es la que sí constituye plena prueba contra quien la hace y según se dispone expresamente en el artículo 338 del Código Procesal Civil.-

La **confesión ficta** servirá para tomarla en consideración, pero junto con los demás elementos probatorios que existen en el expediente, de modo que por la sola circunstancia de que a una parte se le declare como confesa, ello no significa que los hechos sobre los que debía declarar constituyan plena prueba en su contra." N° 198, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.-San José, a las catorce horas treinta minutos del veinticinco de mayo del dos mil uno.

XII.- Como se expuso anteriormente, hay dos tesis diferentes sobre las consecuencias que devienen de la omisión de la parte de asistir a rendir declaración, caso de ser llamada a confesar. En criterio del Tribunal, la tesis sistemáticamente aceptada es la de considerar la prueba en contrario, como presunción relativa que es. Por ello, no requiere prueba complementaria. Así se ha dicho: "...no existe unidad de criterio tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Para algunos fallos produce convicción plena si concuerda con las circunstancias de la causa y demás pruebas producidas, es decir, si hay pruebas que la corroboran. Para otros, las posiciones absueltas en rebeldía producen plena prueba aunque no exista prueba corroborante, pero siempre que sus conclusiones no resulten desvirtuadas por otros elementos de juicio que surjan de los autos, es decir, que no haya prueba en contrario. Así, frente a pruebas documentales y testimoniales que contradicen la **confesión ficta**, ésta carece de valor..."

(Bacre, Aldo. Teoría General Del Proceso, Tomo III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, págs. 201 y 202). (...) (Sentencias N° 199 de 8:00 hrs. del 13 de marzo de 1962, 3 de 9:10 hrs. del 5 de enero de 1965, y 697 de 8:35 hrs, del 20 de diciembre de 1966. (Sentencia N° 78 de las 15 horas del 21 de junio de 1971). (...) (Sentencia N° 364 de las 14:10 horas del 26 de diciembre de 1990)." (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 016 de las catorce horas cuarenta minutos del trece de abril de mil novecientos noventa y cuatro).-

Es claro, entonces, que si en el caso concreto existen otros elementos de prueba que contradicen lo confesado fictamente, deberá valorarse en su conjunto el elenco probatorio a efecto de llegar a la solución más apropiada. (...)Manifiesta el recurrente que la sentencia declara sin lugar la demanda en cuanto al demandado ..., no obstante haber aceptado el mismo, en virtud de rebeldía, la consumación dolosa de los hechos y estar comprobado además, que causó daño patrimonial a su mandante. Asimismo, indica que no se justifica en forma alguna la razón por la que exime de responsabilidad a un demandado cuya actuación está hartamente demostrada. No lleva razón el recurrente. En primer lugar, debemos hacer remisión de lo dicho en el considerando primero en relación a la fuerza probatoria que tiene, en realidad, la confesión en rebeldía. De suerte entonces que cuando existan elementos de prueba claros y contundentes en cuanto a lo verdaderamente acontecido, la confesión ficta cede ante estos." (subrayado no es del original) N° 306, TRIBUNAL

SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.-San José, a las nueve horas diez minutos del tres de agosto del dos mil uno.

XIII.- En refuerzo de lo indicado, véase lo siguiente: “...**confesión ficta** no equivale a una prueba confesional propiamente dicha. El carácter de plena prueba que se predica de la confesión, rige sólo cuando el confesante efectivamente declara sobre hechos que le perjudiquen, regla que deriva de la máxima de la experiencia según la cual cuando una persona reconoce hechos personales que le perjudican tiene que ser creída. Esto no aplica cuando el “confesante” no asiste a la prueba, pues en ese caso esa incomparecencia debe valorarse con el resto de los elementos de convicción, sin darle el valor tasado dispuesto para una confesión real.” **No 033**, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.- San José, a las catorce horas del diecinueve de febrero del dos mil tres.

XIV.- Para el caso concreto de análisis, en relación con la confesión ficta, se es inidóneo intentar demostrar la existencia de un convenio de alto valor económico, mediante dicho acto procesal. No solamente es ilógico pretender demostrar con una confesión ficta, los extremos económicos de un convenio verbal, cuando este tiene valor económico elevado; en el ordenamiento procesal existe limitación para recibir prueba testimonial respecto a actos o convenciones jurídicas con un valor mayor al diez por ciento de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación, es decir, setenta mil colones. Se admite, asimismo, la prueba declarativa o de declaraciones con un valor superior al indicado, si existe principio de prueba por escrito o fuese imposible para la parte procurarse una literal. Ese límite puede obviarse, asimismo: “teniendo en cuenta las cualidades de las partes, la naturaleza de la convención o acto jurídico y cualquier otra circunstancia. Los hechos puros y simples podrán ser probados por medio de testigos, cualquiera que sea la importancia de la cuestión en la cual se trate de establecer su existencia” (artículo 351 del Código Procesal Civil). Si no es posible admitir prueba testimonial en esos supuestos, menos aún puede ser admitida la confesión rendida por ficción procesal. En un sentido similar véase el siguiente voto: “Lo que le tocaba probar al actor era que el precio de venta de los inmuebles fue la suma de ... millones de colones, como lo afirmó en la demanda, precio que la juzgadora de primera instancia tuvo por cierto en su fallo con base únicamente en la contestación en rebeldía de los accionados. Eso es así porque se trata de una transacción millonaria, que de ser cierto que existió la forma idónea de probarla es con los documentos respectivos donde quedó asentada, y no únicamente con la **confesión ficta** de los accionados -que es a lo que equivale la contestación afirmativa de los hechos de la demanda en rebeldía del demandado-, pues la **confesión ficta**, por sí sola, no constituye plena prueba (en ese sentido Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, votos números 122-98 y 801-02; y de este Tribunal y Sección, votos números 98-98 y 124-99, entre otros). Sin embargo el actor no probó ese extremo de la demanda, y a él le correspondía hacerlo según ya se dijo (artículo 317 inciso 1) del Código Procesal Civil).” **No 092**, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION SEGUNDA.- San José, a las ocho horas veinte minutos del treinta y uno de marzo del dos mil tres. **XV.-** Apoyar la tesis referente a la necesidad de una prueba corroborante lleva a la conclusión que se crea una antinomia entre el efecto procesal apuntado, en el artículo 336 del Código Procesal Civil, pues se tendría por contestadas en forma afirmativa las posiciones pero por no existir otra prueba que la corrobore perdería valor. Con ello, se tiene a una persona que por ficción legal aceptó un hecho, pero por ausencia de prueba esa aceptación se desvirtúa, eso obliga a un análisis previo sobre las preguntas admisibles. Esto genera un contrasentido, pues eso obliga al juez a hacer un análisis sobre el fondo para determinar la admisibilidad de la prueba, de las posiciones contenidas en el interrogatorio. El artículo citado regula la consecuencia de la negativa a declarar, literalmente dispone: “Si el llamado a declarar no compareciere sin justa causa, rehusare declarar, o respondiere en forma evasiva, a pesar del apercibimiento que se le haya hecho, podrá ser tenido por confeso en la sentencia definitiva, con respecto a los hechos que comprenda el interrogatorio escrito. Si no hubiere interrogatorio escrito y el preguntante hubiera comparecido, no así el declarante, el juez podrá tener por ciertos los hechos de la demanda

susceptibles de confesión." La norma indudablemente potestativa, establece un supuesto fáctico para aplicar la sanción de la declaración ficta; sin embargo, no establece como requisito de análisis la confrontación con la restante prueba, ni su corroboración con otra.

XVI.- Sobre el mismo tema véanse, de este Tribunal y Sección, los siguientes votos: **N° 98**, a las nueve horas veinte minutos del trece de marzo de mil novecientos noventa y ocho. **N°124**, a las nueve horas veinticinco minutos del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, **N° 259**, a las nueve horas diez minutos del veintinueve de junio del dos mil uno, **No 031**, a las quince horas cinco minutos del catorce de febrero del dos mil tres, **N° 032**, a las quince horas diez minutos del catorce de febrero del dos mil tres, **No 094**, a las ocho horas treinta minutos del treinta y uno de marzo del dos mil tres."

e)Prueba: Simulación de contratos

[Sala Primera]¹⁰

Voto de mayoría

"VI.- La prueba de la simulación difiere si proviene de una de las partes simulantes, es decir quien ha intervenido en el acuerdo y proceso simulatorio, respecto de la que puede alegar un tercero cuyo fin es impugnar el negocio simulado. Cuando es alguna de las partes las opiniones no son unánimes; para algunos es necesario el contradocumento o prueba literal del acuerdo simulatorio, y para otros es admisible toda clase de prueba, dada la imposibilidad moral en que están las partes simulantes de obtener un contradocumento, además de la posibilidad de hacer un contradocumento no cabe deducir su necesidad. La preconstitución de prueba documental en la simulación puede ser una cautela normal más no una necesidad. No obstante lo anterior, con frecuencia la prueba de la simulación resulta "*ex re ipsa*" sea del propio documento en que se hizo constar el contrato o negocio simulado, constituyendo ese documento principio de prueba por escrito, haciendo admisible la prueba testimonial e indiciaria (artículos 757, inciso 1° y 763 Código Civil). En lo que sí existe acuerdo es que en la simulación ilícita no es necesario el contradocumento, siendo admisible todo medio probatorio, pues quienes por vía directa o indirecta violentan la ley no merecen protección. Por el contrario, los terceros pueden probar la simulación por todos los medios probatorios a su alcance, entre otras razones por encontrarse en imposibilidad de procurarse prueba documental y por ser la simulación para los terceros un hecho. Por ello pueden acudir a la prueba testimonial e indiciaria para descubrir la apariencia del negocio simulado que se ha llevado a cabo por otros sin su conocimiento (artículos 757 Código Civil, correspondiente al 351 párrafo 3° Código Procesal vigente, 753 del Código Civil, correspondiente al 351 párrafo in fine del Código Procesal vigente). Comúnmente los terceros no acuden a la prueba documental y testimonial, pues las partes simulantes no obran ante testigos, sino en el misterio, ni divulgan o publican la simulación ni entregan a terceros contradocumentos con los cuales se aseguran ellas mismas. Desde luego que las partes simulantes interesadas en llevar el proceso simulatorio hasta sus últimas consecuencias tampoco van a confesar la simulación en juicio, todo lo contrario, se preocuparán por darle apariencia de normalidad al negocio simulado. Cuando es un tercero el que alega la simulación, lo normal será que él mismo acuda a la prueba indirecta, de presunciones e indicios. Si se rechazara este tipo de prueba habría que renunciar a descubrir la simulación (Sala de Casación N° 26 de las 10:50 horas de 24 de marzo 1954, I Semestre p. 379. Sala de Casación N° 123 de las 14:45 horas del 6 de diciembre 1967, II Semestre, Tomo II, p. 1106). En suma "Por la

naturaleza de la simulación, es consustancial a ésta la prueba de indicios" (Sala Primera de la Corte, N° 311 de las 15:30 horas del 31 de octubre 1990). El juzgador frente a esta clase de negocios debe aplicar una técnica presuncional que le permita definir el síndrome indiciario de la simulación, pues las partes utilizan una técnica ocultatoria engañosa y bastante depurada que provoca dificultades probatorias."

f) Prueba: Contrato de compraventa

[Sala Primera]¹¹

Voto de mayoría

"I.- El señor C.V.C. promueve el presente recurso de casación por razones de fondo. En particular, aduce errónea aplicación e interpretación de los artículos 752 del Código Civil y 351 del Código Procesal Civil. Arguye el recurrente que el contrato de compra-venta celebrado por él con el señor E.N.A., se halla dentro de los supuestos de excepción del artículo 351, párrafo 3ero., inciso 2, y párrafos 6to. y 7mo., del Código Procesal Civil. Refiérese a la finca del Partido de Puntarenas N° 3873, la cual, según su aserto, adquirió de tal manera, pagando el precio de veinticinco mil colones. Aduce razones en virtud de las cuales, a su juicio, se vio imposibilitado para formalizar por escrito la transacción respectiva. Al respecto invoca la ausencia de notario público con oficina abierta, en forma permanente, en la ciudad de Miramar. Según su tesis, ello le exime de aportar prueba documental para demostrar el contrato y, a la vez, legítima la prueba testimonial. Por tal razón, reclama, el Tribunal de grado incurre en violación legal, al aplicar erróneamente el artículo 752 del Código Civil, y no advertir, y excluir sin razón, las excepciones contempladas por el ordinal 351 precitado. II.- Anteriormente, establecían los artículos 752 y 757 del Código Civil -actualmente lo hace el 351 Procesal Civil- las pautas en el ámbito probatorio, aplicables al caso concreto. Tales disposiciones consignan, en forma clara y explícita, las excepciones al requerimiento de prueba documental, cuando la valoración de los actos jurídicos sobrepasan el mínimo legalmente fijado. Sin embargo, esos supuestos de admisibilidad no se dan en la especie. Los argumentos en torno a la imposibilidad de procurarse prueba documental esgrimidos por el señor V., resultan inconsistentes. Basta para sustentar lo anterior, observar que la alegación presentada al respecto por la parte, versa sobre el impedimento para formalizar el contrato en documento público. Sin embargo, pudo haberse recurrido al documento privado, de acuerdo con el artículo 752 del Código Civil. En ese evento, dicho medio habría configurado principio de prueba por escrito; y, con base en él, la testimonial hubiera sido procedente (artículos 757 del Código Civil y 351, párrafo 3ero. inciso 2 del Código Procesal Civil). Por otro lado, la aducida inexistencia de oficina notarial abierta en su lugar, no puede configurar razón idónea para los efectos pretendidos. De conformidad con lo expuesto, no se dan los quebrantos de ley reclamados por el actor. III.- Con fundamento en las razones indicadas, procede desestimar el recurso de casación establecido, con sus costas a cargo de quien lo interpuso."

g) Medios de prueba según quien la alegue**Simulación de actos y contratos: Concepto, elementos y tipos**[Sala Primera]¹²

Voto de mayoría

"XI.- Tocante a la figura de la simulación esta Sala, en forma reiterada, ha dicho: "IV.- Simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es. Disimular significa ocultar lo que es. En ambos casos el individuo tiene el engaño como idéntico objetivo. Ambos conceptos aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: la simulación. En el campo jurídico, estos términos no cambian de sentido pues la simulación es el acuerdo de voluntades destinado a crear un negocio jurídico aparente para ocultar uno real (simulación relativa), o hacer real u ostensible uno irreal con el propósito de engañar a terceros (simulación absoluta), engaño que puede tener una finalidad lícita o ilícita. Los elementos constitutivos de la simulación, entre otros, son los siguientes: a) disconformidad intencional o consciente entre voluntad y declaración; b) acuerdo simulatorio; c) propósito de engaño a terceros y d) causa simulandi, entendiendo por tal el fin, motivo o propósito que determina a las partes simulantes a dar apariencia a un negocio jurídico inexistente; constituye el por qué del engaño o propósito mediato de la simulación, ya que el inmediato es el engaño a terceros; la causa simulandi constituye el móvil o motivo del traspaso simulado, y permite valorar o calificar la simulación de lícita o ilícita. V.- La simulación, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una regulación indirecta, derivada de los principios conformadores de los contratos y las causas de nulidad de los mismos. El artículo 627 del Código Civil dispone que son esencialmente indispensables para la validez de las obligaciones los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación, y causa justa. Por su parte el 1007, ampliando las condiciones indispensables del numeral 627, exige para el nacimiento del contrato el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley; es evidente que en la simulación falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, pues existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado, o si se quiere existe un consentimiento aparente, el del negocio simulado. Al faltar tal elemento, de conformidad con el artículo 835, inciso 1º, el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta. Por ello cualquier interesado puede alegar la nulidad derivada de la simulación (artículo 837 ibídem). VI.- La prueba de la simulación difiere si proviene de una de las partes simulantes, es decir quien ha intervenido en el acuerdo y proceso simulatorio, respecto de la que puede alegar un tercero cuyo fin es impugnar el negocio simulado. Cuando en alguna de las partes las opiniones no son unánimes; para algunos es necesario el contradocumento o prueba literal del acuerdo simulatorio, y para otros es admisible toda clase de prueba, dada la imposibilidad moral en que están las partes simulantes de obtener un contradocumento... La preconstitución de prueba documental en la simulación puede ser una cautela normal mas no una necesidad. No obstante lo anterior, con frecuencia la prueba de la simulación resulta "ex re ipsa" sea del propio documento en que se hizo constar el contrato o negocio simulado, constituyendo ese documento principio de prueba por escrito, haciendo admisible la prueba testimonial e indiciaria (artículos 757, inciso 1º y 763 Código Civil). En lo que sí existe acuerdo es que en la simulación ilícita no es necesario el contradocumento, siendo admisible todo medio probatorio, pues quienes por vía directa o indirecta violentan la ley no merecen protección. Por el contrario, los terceros pueden probar la simulación por todos los medios probatorios a su alcance, entre otras razones por encontrarse en imposibilidad de procurarse



prueba documental y por ser la simulación para los terceros un hecho. Por ello pueden acudir a la prueba testimonial e indiciaria para descubrir la apariencia del negocio simulado que se ha llevado a cabo por otros sin su conocimiento (artículos 757 Código Civil, correspondiente al 351 párrafo 3º Código Procesal vigente, 753 del Código Civil, correspondiente al 351 párrafo in fine del Código Procesal vigente). Comúnmente los terceros no acuden a la prueba documental y testimonial, pues las partes simulantes no obran ante testigos, sino en el misterio, ni divulgan o publican la simulación ni entregan a terceros contradocumentos con los cuales se aseguran ellas mismas. Desde luego que las partes simulantes interesadas en llevar el proceso simulatorio hasta sus últimas consecuencias tampoco van a confesar la simulación en juicio, todo lo contrario, se preocuparán por darle apariencia de normalidad al negocio simulado. Cuando es un tercero el que alega la simulación, lo normal será que él mismo acuda a la prueba indirecta, de presunciones e indicios. Si se rechazara este tipo de prueba habría que renunciar a descubrir la simulación (Sala de Casación N° 26 de las 10:50 horas de 24 marzo 1954, I Semestre p. 379. Sala de Casación N° 123 de las 14:45 horas del 6 de diciembre 1967, II Semestre, Tomo II, p. 1106). En suma "Por la naturaleza de la simulación, es consustancial a ésta la prueba de indicios" (Sala Primera de la Corte, N° 311 de las 15:30 horas del 31 octubre 1990). El juzgador frente a esta clase de negocios debe aplicar una técnica presuncional que le permita definir el síndrome indiciario de la simulación, pues las partes utilizan una técnica ocultatoria engañosa y bastante depurada que provoca dificultades probatorias. (Sentencia número 61, de las 14:40 hrs. del 3 de abril de 1991. En igual sentido, pueden consultarse las sentencias de esta Sala números: 16 de las 14:40 hrs. del 13 de abril de 1994; 42 de las 15 hrs. del 14 de mayo y 74 de las 15:10 hrs. del 20 de agosto, ambas de 1997). XII.- El Tribunal, después de valorar en conjunto, toda la prueba indiciaria obrante en autos, de conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, prohija la tesis sobre la existencia de un contrato simulado. En tal sentido, los indicios más reveladores, provienen de los términos del propio convenio, así como de la relación laboral antecedente y de los hechos acaecidos después de su perfeccionamiento, a saber: 1.- Doña M.J. laboraba para G., percibiendo el salario correspondiente a asistente de la gerencia. Además, podía vender los Libros del Año y cobrar la comisión respectiva -40% sobre las ventas-. Esas actividades las desarrollaba en las instalaciones de la empresa, para lo cual, contaba con su oficina, mobiliario, teléfono, etc. 2.- Se le cancelaron las prestaciones legales, por una suma superior a los seiscientos mil colones, sin comprobarse que hubiese mediado un despido. 3.- El convenio, mediante el cual es contratada como comisionista, fue consagrado en escritura pública, sin que ello fuese necesario. 4.- Una vez suscrito el contrato, se convierte en agente vendedora, con exclusividad para vender el libro del año a partir de enero de 1991, recibiendo por concepto de comisión un 40%, de conformidad con las liquidaciones presentadas. Ello, sin existir prueba acreditando que el servicio brindado por la empresa y los vendedores, en cuanto a la colocación del libro en mención, fuere ineficiente, al punto que ameritase un cambio. 5.- A pesar de la variación en su situación laboral, siguió utilizando las instalaciones, mobiliario y servicios de la empresa. 6.- referente a la cláusula penal estipulada en ese contrato, no se previó el supuesto de que fuera doña M.J. quien diera por terminada la relación. 7.- No se previeron prórrogas del contrato. 8.- La relación de amistad existente entre la actora y el señor C.G., al ser compañeros de trabajo por aproximadamente 20 años. En los últimos, doña M.J., se desempeñó como su asistente. 9.- A pesar de que, según afirmó la actora, contrató a un asistente, a quien le cancelaba de su peculio el salario, no aparece registrada, en la Caja Costarricense de Seguro Social, como patrona durante los meses de enero a abril de 1991. 10.- Es reportada, durante los meses de enero a abril, a la Caja Costarricense de Seguro Social, y de enero a marzo al Instituto Costarricense de Seguros, como empleada de la sociedad accionada. XIII.- La Sala, tras analizar todo el acervo indiciario, arriba a igual conclusión que la sustentada por los juzgadores de instancia. Sea, lo estipulado en el contrato denominado, de venta y distribución del libro del año, no representa la voluntad real de los otorgantes, debido a colusión y a abuso de derecho por parte de los otorgantes. Al respecto, no se comprobó la justificación de una

negociación en esos términos. Asimismo, militan las desproporcionadas ventajas para la actora, en contraposición con las onerosas cargas u obligaciones recaídas en la sociedad reconvertora. En consecuencia, se impone el rechazo de este motivo de casación."

h) Simulación de actos y contratos: Concepto, elementos, normativa aplicable y medios probatorios

[Sala Primera]¹³

Voto de mayoría

"VIII. "Simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es. Disimular significa ocultar lo que es. En ambos casos el individuo tiene el engaño como idéntico objetivo. Ambos conceptos aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: la simulación. En el campo jurídico, estos términos no cambian de sentido pues la simulación es el acuerdo de voluntades destinado a crear un negocio jurídico aparente para ocultar uno real (simulación relativa), o hacer real u ostensible uno irreal con el propósito de engañar a terceros (simulación absoluta), engaño que puede tener una finalidad lícita o ilícita. Los elementos constitutivos de la simulación, entre otros, son los siguientes: a) disconformidad intencional o consciente entre voluntad y declaración; b) acuerdo simulatorio; c) propósito de engaño a terceros y d) causa simulandi, entendiendo por tal el fin, motivo o propósito que determina a las partes simulantes a dar apariencia a un negocio jurídico inexistente; constituye el por qué del engaño o propósito mediato de la simulación, ya que el inmediato es el engaño a terceros; la causa simulandi constituye el móvil o motivo del traspaso simulado, y permite valorar o calificar la simulación de lícita o ilícita. IX. La simulación, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una regulación indirecta, deriva de los principios conformadores de los contratos y las causas de nulidad de los mismos. El artículo 627 del Código Civil dispone que son esencialmente indispensables para la validez de las obligaciones los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y causa justa. Por su parte el 1007, ampliando las condiciones indispensables del numeral 627, exige para el nacimiento del contrato el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley; es evidente que en la simulación falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, pues existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado, o si se quiere existe un consentimiento aparente, el del negocio simulado. Al faltar tal elemento, de conformidad con el artículo 835, inciso 1 °, el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta. Por ello cualquier interesado puede alegar la nulidad derivada de la simulación (artículo 837 ibídem). X. La prueba de la simulación difiere si proviene de una de las partes simulantes, es decir quien ha intervenido en el acuerdo y proceso simulatorio, respecto de la que puede alegar un tercero cuyo fin es impugnar el negocio simulado. Cuando es alguna de las partes las opiniones no son unánimes; para algunos es necesario el contradocumento o prueba literal del acuerdo simulatorio, y para otros es admisible toda clase de prueba, dada la imposibilidad moral en que están las partes simulantes de obtener un contradocumento, además de la posibilidad de hacer un contradocumento no cabe deducir su necesidad. La preconstitución de prueba documental en la simulación puede ser una cautela normal más no una necesidad. No obstante lo anterior, con frecuencia la prueba de la simulación resulta "*ex re ipsa*" sea del propio documento en que se hizo constar el contrato o negocio simulado, constituyendo ese documento principio de prueba por escrito, haciendo admisible la



prueba testimonial e indiciaria (artículos 757, inciso 1 ° y 763 Código Civil). En lo que sí existe acuerdo es que en la simulación ilícita no es necesario el contradocumento, siendo admisible todo medio probatorio, pues quienes por vía directa o indirecta violentan la ley no merecen protección. Por el contrario, los terceros pueden probar la simulación por todos los medios probatorios a su alcance, entre otras razones por encontrarse en imposibilidad de procurarse prueba documental y por ser la simulación para los terceros un hecho. Por ello pueden acudir a la prueba testimonial e indiciaria para descubrir la apariencia del negocio simulado que se ha llevado a cabo por otros sin su conocimiento (artículos 757 Código Civil, correspondiente al 351 párrafo 3 ° Código Procesal vigente, 753 del Código Civil, correspondiente al 351 párrafo in fine del Código Procesal vigente). Comúnmente los terceros no acuden a la prueba documental y testimonial, pues la partes simulantes no obran ante testigos, sino en el misterio, ni divulgan o publican la simulación ni entregan a terceros contradocumentos con los cuales se aseguran ellas mismas. Desde luego que las partes simulantes interesadas en llevar el proceso simulatorio hasta sus últimas consecuencias tampoco van a confesar la simulación en juicio, todo lo contrario, se preocuparán por darle apariencia de normalidad al negocio simulado. Cuando es un tercero el que alega la simulación, lo normal será que él mismo acuda a la prueba indirecta, de presunciones e indicios. Si se rechazara este tipo de prueba habría que renunciar a descubrir la simulación (Sala de Casación No. 26 de las 10:50 horas de 24 marzo 1954, I Semestre p. 379. Sala de Casación No. 123 de las 14:45 horas del 6 de diciembre 1967, II Semestre, Tomo II, p. 1106). En suma "Por la naturaleza de la simulación, es consustancial a ésta la prueba de indicios" (Sala Primera de la Corte, No. 311 de las 15:30 horas del 31 octubre 1990). El juzgador frente a esta clase de negocios debe aplicar una técnica presuncional que le permita definir el síndrome indiciario de la simulación, pues las partes utilizan una técnica ocultatoria engañosa y bastante depurada que provoca dificultades probatorias". (Los considerandos VIII, IX y X corresponden a la Sentencia de esta Sala N° 41 de las 14 horas 40 minutos del 3 de abril de 1991). "

j) Prueba testimonial: Contrato de distribución

Alcances del artículo 431 inciso f) del Código de Comercio

[Sala Primera]¹⁴

Voto de mayoría

"[...] como bien lo señala el recurrente, el contrato de distribución no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, al resultar un contrato atípico, no está sujeto, para su validez, a formalidades especiales. Ello establece la posibilidad de su existencia, independientemente de que el acuerdo haya sido plasmado por escrito en un documento. Pero tal disposición debe verse en relación a dos aspectos, en primer término, a que la misma norma establece, en esos casos, la obligatoriedad de acreditar en forma indubitable los términos de la contratación; y, además, a lo prescrito por el numeral 431, inciso f) [Código de Comercio], en el sentido de que la prueba testimonial no será admitida como única para acreditar un contrato, si la obligación supera el valor indicado en el párrafo 1) del artículo 351 del Código Procesal Civil."

j) Obligaciones y contratos: Análisis sobre elementos y prueba de la simulación

[Tribunal Segundo Civil Sección I]¹⁵

Voto de mayoría

“VII.- LAS PRUEBAS TESTIMONIALES Y DOCUMENTALES OTORGAN INDICIOS PRECISOS Y CONCORDANTES EN CUANTO A LOS ACTOS SIMULADOS EN QUE INCURRIERON LOS DEMANDADOS. En nuestro ordenamiento jurídico, la simulación tiene una regulación indirecta, derivada de los principios conformadores de los contratos y de las causas de nulidad de los mismos. El artículo 627 del Código Civil dispone que son indispensables para la validez de las obligaciones los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, un objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación y una causa justa. Por su parte, el numeral 1007 ibídem, ampliando las condiciones del citado 627, exige, para el nacimiento del contrato, el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley. Es evidente que en la simulación falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, pues existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado, o, si se quiere, existe un consentimiento aparente, el del negocio simulado. Al faltar tal elemento, de conformidad con el artículo 835, inciso 1º, del Código Civil, el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta. Por ello cualquier persona interesada puede alegar la nulidad derivada de la simulación (artículo 837 ibídem). La prueba de la simulación difiere si proviene de una de las partes simulantes, es decir, de quien ha intervenido en el acuerdo y proceso simulatorios, respecto de la que puede alegar una tercera persona cuyo fin es impugnar el negocio simulado. En muchas ocasiones, su demostración resulta del propio documento en que se hizo constar el contrato o negocio simulado, constituyendo, el mismo, un principio de prueba por escrito que hace admisible la prueba testimonial y la indiciaria (artículo 372 del Código Procesal Civil). Las terceras personas, ajenas al negocio, pueden acreditar la simulación por todos los medios de convicción a su alcance, entre otras razones, porque se encuentran en imposibilidad de procurarse prueba documental y por ser la simulación, para ellos, un hecho puro y simple. Por eso pueden acudir a la testimonial y a la indiciaria para descubrir la apariencia del negocio simulado que se ha llevado a cabo por otras personas sin su conocimiento (artículo 351 del Código Procesal Civil). Comúnmente, las terceras personas no acuden a las pruebas documentales y testimoniales, pues las partes que acuden a la simulación no obran ante testigos, sino en el misterio, ni divulgan o publican la simulación, ni entregan a terceras personas contradocumentos para demostrar sus intenciones reales. Desde luego que las partes interesadas en llevar el proceso simulatorio hasta sus últimas consecuencias, tampoco van a confesar su fraude en juicio; todo lo contrario, se preocuparán por darle apariencia de normalidad al negocio simulado. Cuando es una tercera persona la que alega la simulación, lo normal será que acuda a la prueba indirecta de presunciones e indicios. Frente a esta clase de negocios, el órgano jurisdiccional debe aplicar una técnica presuncional que le permita definir el síndrome indiciario de la simulación, pues las partes utilizan mecanismos de ocultación, engañosos y bastante depurados que provocan dificultades probatorias. De esta manera, el juez o la jueza deben formarse una convicción respecto de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, uniendo la lógica con la experiencia. La presunción constituye un caso de inversión de la prueba, porque favorece a quien la invoca y pone a cargo de la otra parte la comprobación de lo contrario. Sin embargo, para que surja la presunción de un hecho es necesario que otros se hallen constatados por prueba directa, de donde resulta que a quien la alega le corresponde la prueba de los que han de servirle al juzgador o a la juzgadora de punto de partida para su razonamiento. En el caso que nos ocupa,



aún eliminando la ficción jurídica derivada de la confesión en rebeldía de los demandados Vacek y Benes, existe prueba testimonial y documental de la que se puede deducir, claramente, que ellos incurrieron en un acto simulado con el fin de perjudicar a la parte actora. Al respecto, como bien lo argumenta el a-quo, el testimonio de Johan Georg Deutsch, demuestra claramente la naturaleza simulada en cuanto al otorgamiento de estas hipotecas. Dicho testigo estuvo presente durante una reunión que tuvieron en la ciudad de Stuttgart, Alemania, los personeros de la actora con el co-demandado Karl Benes, quien fue la persona que, supuestamente, otorgó un préstamo al accionado Vacek, por el que él como, apoderado de la sociedad actora, constituyó como garantía las once hipotecas sobre la finca citada. Dicho deponente, de nacionalidad alemana, indicó que escuchó como el accionado Benes, en idioma alemán, reconoció que él nunca le había prestado dinero a la sociedad denominada "Palomar del Pacífico", nombre social que correspondía anteriormente a la sociedad actora. Debemos destacar que fue, precisamente, a nombre de esa sociedad que Vacek solicitó el préstamo a Benes y otorgó las hipotecas. Así las cosas, si el propio acreedor reconoció ante ese testigo que nunca se otorgó tal préstamo, ello constituye una prueba evidente de que el negocio fue simulado. Por otra parte, el testigo Gilberto Valverde Monge, quien ejecutaba trabajos de contabilidad para la empresa actora, declaró que ese préstamo otorgado por Benes nunca ingresó al haber societario, ni siquiera para efectos tributarios aparecía algún documento contable del que se pudiera extraer la existencia de esos créditos hipotecarios a favor de Benes. Así las cosas, esos elementos probatorios, analizados en conjunto (artículo 330 del Código Procesal Civil), vienen a constituir indicios claros y precisos de los negocios simulados realizados entre Vacek y Benes."

k) Medios probatorios en materia civil: Análisis con respecto a la simulación de contratos y valoración de la prueba indiciaria

[Sala Primera]¹⁶

Voto de mayoría

"IV.- No obstante lo antes dicho a mayor abundamiento, la Sala procede a hacer las siguientes consideraciones: en relación con el valor que se le otorgó a los indicios: parentesco familiar, monto por el que se realizó el traspaso, conocimiento que tenían de la anotación del decreto de embargo y permanencia del taller en la misma propiedad con posterioridad a la venta, valga reiterar lo resuelto por esta Sala, sobre el tema de la simulación: "IV.- Simular significa representar o hacer aparecer alguna cosa fingiendo o imitando lo que no es. Disimular significa ocultar lo que es. En ambos casos el individuo tiene el engaño como idéntico objetivo. Ambos conceptos aparecen como aspectos diversos de un mismo fenómeno: la simulación. En el campo jurídico, estos términos no cambian de sentido pues la simulación es el acuerdo de voluntades destinado a crear un negocio jurídico aparente para ocultar uno real (simulación relativa), o hacer real u ostensible uno irreal con el propósito de engañar a terceros (simulación absoluta), engaño que puede tener una finalidad lícita o ilícita. Los elementos constitutivos de la simulación, entre otros, son los siguientes: a) disconformidad intencional o consciente entre voluntad y declaración; b) acuerdo simulatorio; c) propósito de engaño a terceros y d) causa simulandi, entendiéndose por tal el fin, motivo o propósito que determina a las partes simulantes a dar apariencia a un negocio jurídico inexistente; constituye el por qué del engaño o propósito mediato de la simulación, ya que el inmediato es el engaño a terceros; la causa simulandi constituye el móvil o motivo del traspaso simulado, y permite valorar o

calificar la simulación de lícita o ilícita. V.- La simulación, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una regulación indirecta, derivada de los principios conformadores de los contratos y las causas de nulidad de los mismos. El artículo 627 del Código Civil dispone que son esencialmente indispensables para la validez de las obligaciones los siguientes elementos: la capacidad de las partes que se obligan, objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación, y causa justa. Por su parte el 1007, ampliando las condiciones indispensables del numeral 627, exige para el nacimiento del contrato el consentimiento de las partes y el cumplimiento de las solemnidades establecidas por la ley; es evidente que en la simulación falta uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, pues existe una disconformidad intencional entre lo querido y lo manifestado, o si se quiere existe un consentimiento aparente, el del negocio simulado. Al faltar tal elemento, de conformidad con el artículo 835, inciso 1°, el negocio simulado está viciado de nulidad absoluta. Por ello cualquier interesado puede alegar la nulidad derivada de la simulación (artículo 837 ibídem). VI.- La prueba de la simulación difiere si proviene de una de las partes simulantes, es decir quien ha intervenido en el acuerdo y proceso simulatorio, respecto de la que puede alegar un tercero cuyo fin es impugnar el negocio simulado. Cuando es alguna de las partes las opiniones no son unánimes; para algunos es necesario el contradocumento ... La preconstitución de prueba documental en la simulación puede ser una cautela normal mas no una necesidad. No obstante lo anterior, con frecuencia la prueba de la simulación resulta "ex re ipsa" sea del propio documento en que se hizo constar el contrato o negocio simulado, constituyendo ese documento principio de prueba por escrito, haciendo admisible la prueba testimonial e indiciaria (artículos 757, inciso 1° y 763 Código civil). En lo que sí existe acuerdo es que en la simulación ilícita no es necesario el contradocumento, siendo admisible todo medio probatorio, pues quienes por vía directa o indirecta violentan la ley no merecen protección. Por el contrario, los terceros pueden probar la simulación por todos los medios probatorios a su alcance, entre otras razones por encontrarse en imposibilidad de procurarse prueba documental y por ser la simulación para los terceros un hecho. Por ello pueden acudir a la prueba testimonial e indiciaria para descubrir la apariencia del negocio simulado que se ha llevado a cabo por otros sin su consentimiento (artículos 757 Código Civil, correspondiente al 351 párrafo 3° Código Procesal Civil vigente, 753 del Código Civil, correspondiente al 351 párrafo in fine del Código Procesal vigente). Comúnmente los terceros no acuden a la prueba documental y testimonial, pues las partes simulantes no obran ante testigos, sino en el misterio, ni divulgan o publican la simulación ni entregan a terceros contradocumentos con los cuales se aseguran ellas mismas. Desde luego que las partes simulantes interesadas en llevar el proceso simulatorio hasta sus últimas consecuencias tampoco van a confesar la simulación en juicio, todo lo contrario, se preocuparán por darle apariencia de normalidad al negocio simulado. Cuando es un tercero el que alega la simulación, lo normal será que él mismo acuda a la prueba indirecta, de presunciones e indicios. Si se rechazara este tipo de prueba habría que renunciar a descubrir la simulación (Sala de Casación N° 26 de las 10:50 horas de 24 de marzo 1954, I Semestre p. 379; Sala de Casación N° 123 de las 14:45 horas del 6 de diciembre 1967, II Semestre, Tomo II, p. 1106). En suma "Por la naturaleza de la simulación, es consustancial a ésta la prueba de indicios" (Sala Primera de la Corte, N° 311 de las 15:30 horas del 31 de octubre 1990). El juzgador frente a esta clase de negocios debe aplicar una técnica presuncional que le permita definir el síndrome indiciario de la simulación, pues las partes utilizan una técnica ocultatoria engañosa y bastante depurada que provoca dificultades probatorias. (Sentencia número 61, de las 14 horas 40 minutos del 3 de abril de 1991. En igual sentido, pueden consultarse las sentencias de esta Sala números: 16 de las 14 horas 40 minutos del 13 de abril de 1994; 42 de las 15 horas del 14 de mayo y 74 de las 15 horas 10 minutos del 20 de agosto, ambas de 1997)." (N° 612 de las 16 horas 30 minutos del 6 de octubre de 1999).

V.- En el caso bajo análisis no se observan las violaciones acusadas. En esta materia es precisamente con base en indicios y presunciones, como se arriba a determinar la existencia del

traspaso simulado. El Tribunal por medio de la valoración en conjunto de la prueba, que obra en autos, concluyó acertadamente que los demandados intentaron disimular la voluntad real a través del traspaso del inmueble cuya nulidad se peticiona en el litigio, con el propósito de ocultar el patrimonio de la sociedad y así no honrar la obligación. Como es normal en este tipo de simulaciones, el negocio jurídico se efectuó entre familiares, el representante de la compañía, con su esposa y su madre; el valor de la venta fue de ¢2.000.000,00 (¢1.000.000,00 cada una) fue un monto ínfimo respecto al valor real y aunque la empresa vendió la totalidad del inmueble, permaneció en el lugar utilizando el taller."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Nuñez Cantillo, A. (1995) El Testimonio como Medio de Prueba. Doctrina y Jurisprudencia. Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Santa Fe de Bogotá, D. C. Colombia. Pp. 5-7.
- 2 Couture, E. J. (1941). Las "reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba testimonial. Impresora Uruguaya S.A. Montevideo, Uruguay. Pp. 13-16.
- 3 Moreno Cora S. (2001). Tratado de las Pruebas civiles y penales. Editorial Jurídica Universitaria. México. Pp. 52-58.
- 4 Arazí, R. (1998). La prueba en el Proceso Civil. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. Argentina. Pp. 321-329.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 7130 del dieciséis de agosto de mil novecientos ochenta y nueve. Código Procesal Civil. Fecha de vigencia desde: 03/11/1989. Versión de la norma: 9 de 9 del 04/12/2008. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 208 del: 03/11/1989. Alcance: 35.
- 6 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA.- Sentencia número 1 de las nueve horas del veinte de enero de dos mil seis. Expediente: 02-001038-0182-CI.
- 7 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 4 de las quince horas del diez de enero de mil novecientos noventa y dos. Expediente: 92-000004-0004-AG.
- 8 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA.- Sentencia número 12 de las nueve horas treinta y cinco minutos del doce de enero de dos mil uno. Expediente: 00-000301-0010-CI.
- 9 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN SEGUNDA.- Sentencia número 38 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de febrero de dos mil cinco. Expediente: 99-001205-0164-CI.
- 10 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 41 de las catorce horas cuarenta minutos del tres de abril de mil novecientos noventa y uno. Expediente: 91-000041-0004-CI.
- 11 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 54 de las catorce horas cuarenta minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 97-200054-0004-CI.
- 12 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 64 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y ocho. Expediente: 98-000064-0004-CI.
- 13 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 87 de las quince horas cuarenta y siete minutos del veinticuatro de enero de dos mil uno. Expediente: 99-000115-0181-CI.
- 14 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 104 de las catorce horas quince minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. Expediente: 94-000104-0004-CI.
- 15 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN PRIMERA.- Sentencia número 117 de las dieciséis horas del ocho de abril de dos mil diez. Expediente: 98-000672-0181-CI.
- 16 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 195 de las once horas del diecisiete de marzo de dos mil cuatro. Expediente: 99-000210-0184-CI.