

TEMA: SIMULACIÓN- Cuando se demanda la declaratoria de nulidad de un contrato por simulación, el juez, por razón de método, debe proceder a investigar primero si se halla demostrada la existencia o realización del contrato; en segundo lugar, si el acusador tiene o no el derecho para promover la acción y finalmente, indagar, en vista de las pruebas del proceso si la simulación está probada./**SUCESIÓN PROCESAL-** Siendo transmisible la acción de simulación, los herederos de las partes, al igual que éstas, tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulado el negocio jurídico celebrado por el causante y, con mayor razón, cuando tal acto lesiona sus derechos herenciales, como sucede cuando con ellos se menoscaba su legítima./**DONACIÓN-** Si la donación supera el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe ser autorizada por el Notario como lo estatuye el artículo 1458 del CC modificado por el artículo 1 del D. 1712 de 1989/

HECHOS: LEÓN GUMERCINDO GUERRA GOLLADO en nombre propio y como apoderado general de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR interpuso demanda verbal contra INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA para la declaratoria de simulación de los negocios jurídicos contenidos en las escrituras públicas N° XXXX del 3 de diciembre de 2009 y N° XXX del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín); por medio de las cuales MARGARITA PENAGOS ESCOBAR (actuando a través de apoderado general) transfirió a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA los predios con matrículas inmobiliarias 001-XXXXX y 001-XXXXX de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín - Zona Sur. El Juzgado Quince Civil del Circuito de Oralidad de Medellín profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones el 9 de noviembre de 2023; declaró probada la excepción de “cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales para el contrato de compraventa de inmuebles”, reconociendo la eficacia jurídica de la manifestación de voluntad visible en los actos jurídicos de compraventa que reposan en las escrituras públicas 4072 del 3 de diciembre de 2009 y 2298 del 28 de septiembre de 2011; ordenando el levantamiento de las medidas cautelares y condenando en costas a la parte demandante. Por tanto, los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: ¿Interés para recurrir y legitimación en la causa? ¿Simulación absoluta o relativa? ¿Nulidad absoluta? ¿Se probaron las mejoras? ¿Restitución de frutos? ¿Prescripción extintiva?.

TESIS: (...) simular implica que dos o más personas acuerden exteriorizar una voluntad de contratar que no es genuina; se trata de una manifestación engañosa, no alineada con lo que verdaderamente pretenden los supuestos contratantes, pero suficiente para otorgar a la simulación una apariencia de acuerdo legítimo. La Corte ha sostenido que la simulación de contratos: “...comprende una situación anómala en la que las partes, de consuno, aparentan una declaración de voluntad indeseada...Si hay un contenido negocial escondido tras el velo del que se exhibe al público, la simulación se dice relativa. Pero si no hay vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el convenio de las partes para dar vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca se propusieron ajustar, la simulación se califica de absoluta...” (CSJ SC, 19 jun. 2000, rad. 6266). “Cuando se demanda la declaratoria de nulidad de un contrato por simulación, el juez, por razón de método, debe proceder a investigar primero si se halla demostrada la existencia o realización del contrato; en segundo lugar, si el acusador tiene o no el derecho para promover la acción y finalmente, indagar, en vista de las pruebas del proceso si la simulación está probada” (sentencia del 30 de mayo de 1930). Los requisitos de la acción simulatoria, (i) que esté probado el contrato tildado de simulado, (ii) que quien demanda esté legitimado en la causa y (iii) que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.(...) Los presupuestos materiales para la sentencia se traducen en la legitimación en la causa e interés para obrar,(...) Al presentarse el fallecimiento de quienes integraban la litis por activa, operó la sucesión procesal; los herederos de

ambos demandantes optaron por vincularse y ocupar su lugar en la relación jurídica procesal, quedando cobijados por los efectos de la sentencia como herederos con legitimación para actuar (...). “El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. La sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado.”(...) Siendo transmisible la acción de simulación, los herederos de las partes, al igual que éstas, tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulado el negocio jurídico celebrado por el causante y, con mayor razón, cuando tal acto lesiona sus derechos herenciales, como sucede cuando con ellos se menoscaba su legítima. (...) para que se configure el fenómeno de la simulación se requiere: 1. Falta de concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada o pública. 2. La connivencia o consenso simulatorio entre los partícipes. 3. La causa o móvil “cumplido” por las partes que intervienen en el negocio de engañar a terceros.(...) De acuerdo con lo anterior cuando el Juez descubre la maniobra fraudulenta, se aplican los efectos jurídicos que de ella resulte, si se trata de simulación absoluta se declarará que el acto es inexistente, y en caso de ser relativa, una vez descubierto el verdadero acto, se le aplicarán sus efectos. (...) El mandatario y en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, simuló que vendía y la sociedad creada para el beneficio de los sobrinos, simuló que compraba; con las declaraciones de parte de la mayoría de los sucesores procesales y confesión del mandatario, se desvirtuó la presunción de autenticidad de la declaración realizada ante el Notario con la suscripción de las escrituras públicas de recibir el precio. Por tanto, no se cumplen los elementos esenciales constitutivos del contrato de compraventa previstos en el artículo 905 del C de Co, “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra de pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio...”(...) Aunado a que el mandatario que ejecutó los negocios jurídicos, a su vez ostentaba la calidad de representante legal suplente y accionista de la sociedad compradora; lo que coherente con el no pago del precio pactado, apunta a otro indicio de la simulación de los actos jurídicos de compraventa.(...) Conforme planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, no se están dados los elementos axiológicos de la simulación absoluta de los negocios jurídicos cuestionados; hubo convenio a cerca de la apariencia de los actos jurídicos exteriorizados, las partes sí pretendían la transferencia de los bienes de la demandante en favor de la sociedad en forma gratuita con apariencia de compraventa; por lo que no puede afirmarse como actos jurídicos inexistentes; en este sentido, no prospera la pretensión de simulación absoluta impetrada por la actora.(...) Los elementos probatorios examinados, permiten deducir que no hubo precio real de compra, desvirtuando lo establecido por el artículo 905 del C de Co y develándose la verdadera intención de la donación; presentándose la simulación relativa, descartándose los presupuestos materiales del negocio jurídico aparente (compraventa) y evidenciándose la existencia del acto jurídico simulado (donación).(...) Los negocios jurídicos para que sean válidos deben cumplir con ciertos requisitos establecidos en la Ley; si fallan o faltan alguno o algunos de ellos, el convenio jurídico estará viciado de nulidad absoluta.(...) Sobre la donación, dispone el artículo 1443 del CC(“La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.”(...) Referente a la donación de inmuebles, el artículo 1457 ibíd: “No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes.”(...) Conforme con el artículo 1458 del CC, las donaciones entre vivos, según su monto, requieren de insinuación(...)Conforme con el artículo 1458 del CC, las donaciones entre vivos, según su monto, requieren de insinuación. Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren

insinuación.” (...) Por lo que si la donación supera el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe ser autorizada por el Notario como lo estatuye el artículo 1458 del CC modificado por el artículo 1 del D. 1712 de 1989.(...) Conforme los apartados jurisprudenciales, los actos públicos contenidos en las escrituras de la referencia, son parcialmente nulos por falta de insinuación ante Notario en la parte que supera el equivalente a los 50 SMLMV, puesto que el valor que no sobrepase los 50 SMLMV, no requiere de la autorización por parte del Notario.(...) En síntesis, probada la simulación relativa de los negocios jurídicos contenidos en las escrituras públicas N° xxxx del 3 de diciembre de 2009 y N° xxxxx del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín) y la nulidad absoluta de las donaciones en lo que excedieron los 50 SMLMV de los predios con matrículas inmobiliarias 001-xxxx y 001-xxxx de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín realizadas por OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, se REVOCARÁ la sentencia del 9 de noviembre de 2023, ordenándose la cancelación de las anotaciones 4° del folio 01-xxxxx y 2° del folio 001-xxxxx; la restitución de los porcentajes de los predios en favor de la sucesión de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR; sin reconocimiento ni de frutos ni de mejoras.

M.P: RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

FECHA: 25/06/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, veinticinco (25) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	Verbal- simulación
Radicado:	05001-31-03-015-2013-00981-04
Demandante:	Margarita Penagos Escobar y León Gumercindo Guerra Collado
Demandado:	Inversiones Asturias de Urabá SA y Oscar Enrique Penagos Garcés
Providencia:	Sentencia
Tema:	Acreditada la legitimación en la causa por activa y el interés para actuar de la recurrente en calidad de sucesora procesal, están satisfechos los presupuestos axiológicos de la simulación relativa; se declara la nulidad parcial de la donación por falta de insinuación; no se accede al reconocimiento de mejoras ni de frutos porque no fueron probadas.
Decisión:	Revoca sentencia
Sustanciador/ponente:	Ricardo León Carvajal Martínez

De conformidad con la Ley 2213 de 2022 se procede a decidir por escrito, el recurso de apelación interpuesto por una de las sucesoras procesales frente a la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023 por el JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso verbal adelantado por MARGARITA PENAGOS ESCOBAR y LEÓN GUMERCINDO GUERRA COLLADO contra INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA.

1. ANTECEDENTES

1. LEÓN GUMERCINDO GUERRA GOLLADO en nombre propio y como apoderado general de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR interpuso demanda verbal contra INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA para la declaratoria de simulación de los negocios jurídicos contenidos en las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de

septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín); por medio de las cuales MARGARITA PENAGOS ESCOBAR (actuando a través de apoderado general) transfirió a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA los predios con matrículas inmobiliarias 001-769437 y 001-769438 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín - Zona Sur.

2. Mediante escritura pública N° 724 del 3 de junio de 2004 MARGARITA PENAGOS ESCOBAR otorgó poder general a HERNANDO PENAGOS ESCOBAR y a OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS con facultades dispositivas y de administración, entre otras, para adquirir o enajenar a título oneroso los bienes de la mandante presentes o futuros.
3. El apoderado OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS por escritura pública N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 transfirió el derecho de dominio del predio 001-769437 a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA pactándose el precio en \$95.125.000; enajenó mediante escritura pública N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 el inmueble 001-769438 a la misma sociedad, pactándose el precio en \$73.926.000; ambos negocios realizados "***motu proprio, sin informar a su mandante***", lo que constituye simulación total de las ventas, los dineros no fueron pagados al mandatario ni a la vendedora.
4. OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS es representante legal suplente y socio de la demandada; realizó maniobras para apoderarse de los bienes propiedad de la demandante defraudando su patrimonio y el de su esposo LEÓN GUMERCINDO GUERRA GOLLADO.
5. Las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (i) están viciadas de nulidad por falta de consentimiento y toda vez que no se pagó valor alguno pese a enunciarse que el vendedor que lo declaraba "***recibido del comprador por intermedio de su apoderado, a entera satisfacción...***"; (ii) contienen negocios jurídicos aparentes que dan lugar a la simulación absoluta, violándose el precepto 1524 del CC, no hubo causa de las obligaciones recíprocas entre

vendedor y comprador "**la de entregar la cosa vendida y la de pagar realmente el precio**"; y (iii) dan lugar a la simulación relativa, el negocio jurídico denota donación oculta por ser falsa la expresión de pagarse el precio.

6. La prueba indiciaria apunta a la simulación, el apoderado es hermano del representante legal principal de la sociedad compradora; a la fecha de presentación de la demanda no informó a su mandataria las ventas ni entregó el precio que fue fijado en menos de la tercera parte del valor comercial de los predios; se trata de actos escriturarios sucesivos.

7. Pretendiendo, (i) declarar que son absolutamente simuladas las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011; (ii) consecuentemente declarar que la real intención de OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS y JORGE IVÁN PENAGOS GARCÉS fue burlar los intereses de la demandante, presentándose falta de consentimiento, causa ilícita, falsedad del pago, ausencia de los requisitos que la ley prevé para esa clase de negocios; (iii) subsidiariamente declarar relativamente simuladas las escrituras; y (iv) consecuential a la subsidiaria, declarar que "**sobre estos contratos ostensibles, debe prevalecer la donación oculta, por ser falsa la expresión de haberse pagado el precio**"; (v) segunda consecuential a la subsidiaria, declarar que la donación es absolutamente nula por falta de insinuación. En caso de prosperar principales o subsidiarias (i) ordenar al Notario Sexto del Círculo de Medellín para que inscriba la sentencia y cancele las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011; (ii) condenar a la demandada, poseedora de mala fe, a la restitución de los inmuebles y el pago de los frutos civiles a partir de la fecha de su tenencia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda¹, INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA se pronunció proponiendo excepciones (archivo 1, pdf 390 y siguientes, cuaderno principal, expediente electrónico).

2.1 Inexistencia obligaciones a cargo de la demandada y a favor de los actores

Las escrituras públicas cuestionadas contienen los elementos del contrato de compraventa; el poder otorgado por la actora confiere amplias, irrestrictas e ilimitadas facultades de disposición, enajenación y condonación; lo que la demandante considere perjudicial a sus intereses o en contravía del mandato, no puede afectar intereses de terceros.

Los demandantes otorgaron el 10 de agosto de 2011 poder especial al Dr. PENAGOS GARCÉS para la desafectación a vivienda familiar que tenía el predio 001-769438 (requisito para su venta); tenían pleno conocimiento que entraba al libre comercio; ***“si los parámetros fácticos enunciados por estos señores es la “ignorancia”, “el fraude” o “defraudación”, es fácil concluir que todo es falso en el peor de las hipótesis...negligente y culposo en el mejor de ellos.”***

2.2 Cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales para el contrato de compraventa de inmuebles y prescripción

La escritura pública N° 4072 fue suscrita el 3 de diciembre de 2009, la N° 2833 el 2 de septiembre de 2011 y la demanda se presentó en octubre de 2013; han transcurrido más de 2 años desde la firma y protocolización del acto escriturario, momento en el cual se asumieron los efectos contractuales al ser el mandato otorgado por la accionante con representación.

¹providencia del 13 de diciembre de 2013 (archivo 1, pdf 96, cuaderno principal, expediente electrónico).

2.3 Nadie puede alegar su negligencia o culpa en su propio beneficio

La demandante otorga poderes generales a terceros concediendo facultades de representación y disposición sin límite alguno, "**autorizando para condonar obligaciones, dar plazos para el pago de deudas, disponer en forma libre, amplia, irrestricta e ilimitada de sus bienes**"; no se interesa en sus bienes ni en los negocios que se celebren; cualquier acción debe interponerse contra quienes celebró contratos de mandato.

2.4 Petición antes de tiempo

Conforme sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 4 de octubre de 1982, "**durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera...**" "**la doctrina de la Corte expuesta permite concluir que el cónyuge tiene personería o está legitimado para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc. Sin mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber demandado al otro cónyuge en litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensión de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos en ese sentido**" (subrayas del demandado).

El demandante no acreditó ninguno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

2.5 Mejoras y derecho de retención

Los bienes del litigio eran antiguos, inutilizables para vivienda, estuvieron desocupados el 90% del tiempo en que la demandada los compró, los transformó y

adecuó para uso comercial, construyó un pequeño hotel o residencia estudiantil con 14 habitaciones, cada una con baño privado, closet, instalaciones eléctricas y señal tv-internet; lo que representó cambios en muros y habitaciones, divisiones en drywall, cambios y adiciones en ventanería, cambio de escaleras, trabajos de pisos, cambio de aparatos sanitarios y baldosines, carpintería, closets, puertas y cerrajería, instalación de gas natural, servicio de agua caliente; recepción y 4 patios; remodeló garajes para local comercial con cortinas metálicas, baño privado y zona de labores; fachada con vidrio temblado, cerraduras de seguridad, cambio de plomería y alcantarillado de la edificación, arreglo de goteras y techos; pintura interior y exterior.

Valor total aproximado de \$150.000.000 sin perjuicio de mayor valor que se logre probar, reclama valor indexado y derecho de retención.

Integrado el contradictorio por pasiva², OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS propuso idénticas excepciones, sin pretensión de mejoras (archivo 1, pdf 91 parte 2 cuaderno 1).

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Civil del Circuito de Oralidad de Medellín profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones el 9 de noviembre de 2023; declaró probada la excepción de "***cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales para el contrato de compraventa de inmuebles***", reconociendo la eficacia jurídica de la manifestación de voluntad visible en los actos jurídicos de compraventa que reposan en las escrituras públicas 4072 del 3 de diciembre de 2009 y 2298 del 28 de septiembre de 2011; ordenando el levantamiento de las medidas cautelares y condenando en costas a la parte demandante.

² providencia del 22 de mayo de 2018 se integró litisconsorcio por pasiva con OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS. (pdf 32 parte 2 cuaderno 1)

Arguyó que el marco teórico de la acción simulación contractual conmina al examen de la voluntad de las partes de los contratos que pretenden desmantelarse por la parte demandante; cuando la voluntad interna y la exteriorizada en el contrato no coinciden estamos en presencia del error, que si fue inducido por la contraparte o un tercero configura dolo; ambos tienen consecuencias jurídicas importantes pero son fenómenos independientes; el contratante o quien emite la manifestación de voluntad no sabe en principio que está equivocado, pero si se abstiene de manifestar lo que realmente quiere, se trata de reserva mental que no produce efectos dado el principio de la seguridad jurídica; si ambos contratantes manifiestan en el acto o contrato algo distinto a lo que realmente desean realizan un acto bilateral simulado.

Debe constatarse que la voluntad interna y la declarada divergen; esa divergencia de las partes debió concretarse antes o durante el nacimiento del acto jurídico (confabulación entre el acuerdo realmente celebrado y el escrito); lo que concreta el engaño a terceros derivado del negocio; trae una consecuencia defraudatoria (toda simulación engaña, pero no toda defrauda).

La demandante planteó a la jurisdicción que en el 2004 otorgó al demandado poder general y por cuenta de esa representación vendió sin informar a la demandante los predios objeto de litis a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA, representada por el hermano del mandatario; la demandante esgrime la simulación por actos sucesivos del mandatario sin contar con la aprobación para la venta sin pago, dicha maniobra concluye en apropiarse de los inmuebles para una sociedad con el ánimo de defraudar los intereses de la demandante.

Como pretensión subsidiaria planteó la simulación relativa dada la donación como contrato realidad; los contratos fueron simulados en tanto no fueron informados, no se denunció el precio de venta ni se pagó, lo que fue con intencionalidad de defraudar.

Estimando insuficiente la prueba de la parte demandante para la comprobación de los presupuestos fácticos de la acción, la prueba documental, declaración de los demandados y de la misma parte actora (integrada por los sucesores); la demandante en vida confirió dos poderes que facilitaron la enajenación irrestricta de sus bienes y para autorizar la cancelación del gravamen de afectación a vivienda familiar de uno de ellos, lo que denota un extremo grado de confianza, documentos con amplias facultades que arrojan el primer ropaje de legalidad frente al contrato de mandato para cuestionarse si hubo la denominada simulación o incumplimiento del contrato de mandato.

Pudo establecerse con las declaraciones de parte, que para fines de preservación y administración del patrimonio que heredarían de sus padres, HERNANDO PENAGOS ESCOBAR, su esposa e hijos, decidieron crear la sociedad INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA, su representante legal sería JORGE IVÁN PENAGOS ESCOBAR, hermano de la demandante quien era casada con LEÓN GUMERCINDO GUERRA COLLADO en los Estado Unidos de Norteamérica; igualmente que ante la óptima relación de los hermanos PENAGOS ESCOBAR, MARGARITA manifestó la voluntad de transferir a todos los sobrinos los inmuebles objeto de litis, cuya transferencia se contrató a través de negocio de compraventa por apoderado pero no con cada sobrino sino con la sociedad creada para administrar sus bienes; lo que sucedió en los actos jurídicos cuestionados.

El precio se acordó conforme el avalúo catastral de los inmuebles, fue objeto de posterior revisión, 6 de los 7 declarantes manifestaron que lo pactado fue una compraventa y que la decisión de perdonar el pago del precio fue de la vendedora, no se constata incompatibilidad entre la voluntad interna y la manifestada en ninguna de las partes del negocio, menos un acuerdo para escindir esa voluntad.

La forma y términos de las compraventas son viables jurídicamente, están dentro de la autonomía de la voluntad de los contratantes; podía la finada disponer en vida de esa parte de su patrimonio, incluso con el fin de favorecerlos, sin que ello concluya en una simulación; MARTHA CECILIA PENAGOS refirió en audiencia que

la suscripción de los poderes fue producto de presión o engaño por parte de sus hermanos con el fin de despojarla de la casa que su tía le había prometido y de paso dejarla en la calle, pero no se halló en el proceso respaldo probatorio a ninguno de sus dichos que tocan con un asunto ajeno al debatido donde ella es la única afectada.

Respecto de la pretensión subsidiaria de nulidad relativa, disponen los artículos 1711 a 1713 del CC que quien enajene un predio puede disponer del pago de su precio, concretamente el artículo 1712; sin embargo, no es un asunto motivo de proceso, al no demostrarse divergencia de las voluntades no se advierte simulación absoluta ni relativa.

4. APELACIÓN

MARTHA CECILIA PENAGOS, una de las sucesoras procesales de la demandante y apelante, refirió soporte doctrinal, citando apartes del libro Simulación de los Actos Jurídicos, "***La declaración que haga el comprador del inmueble en absolución de posiciones de que el vendedor dejó en su poder el dinero en qué consistía el precio y que nunca se lo cobró, es prueba suficiente de que nunca hubo precio en la venta y que el contrato es simulado, aunque declare lo contrario***"³; el Despacho indicó que no hay respaldo probatorio de la simulación, pero en las escrituras se manifestó que el precio pactado lo recibió la demandante a entera satisfacción por intermedio de sus apoderados, lo que fue desvirtuado por los mismos demandados que confesaron que el precio no fue pagado porque la demandante con posterioridad a la celebración del negocio manifestó su voluntad en ese sentido.

Respecto de la pretensión subsidiaria de simulación relativa, se probó que la real intención de la demandante era donar los inmuebles para que los disfrutaran sus sobrinos; como se demostró la existencia de la causa simulatoria y la causa

³ Fernando Quiceno Álvarez, Editorial Jurídica Bolivariana, Pág. 475

verdadera del contrato disimulado, prevalece la donación que bien se debe declarar nula porque no se reúnen los requisitos de validez y eficacia (insinuación).

Con la declaración de MARÍA ELENA PENAGOS GARCÉS quedó absolutamente probado que LEÓN GUMERCINDO GUERRA COLLADO, (como era su derecho) pretendía quedarse con los bienes de su esposa que conformaban la sociedad conyugal; sin embargo, los sobrinos de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR a través del apoderado general ORCAR ENRRIQUE PENAGOS GARCÉS, con el ánimo de defraudar a la sociedad conyugal y al cónyuge, mientras su tía padecía de alzhéimer, lograron la transferencia de los bienes a la sociedad demandada.

El poder para presentar la demanda que dio origen al presente proceso fue otorgado el 2 de febrero de 2013; la demandante MARGARITA PENAGOS ESCOBAR falleció el 5 de septiembre de 2014, casi 2 años después de presentada la demanda; años en los cuales estuvo alegando la simulación absoluta de la escritura 4072 del 3 de diciembre de 2009 y de la escritura 2833 del 10 de septiembre de 2011.

En las declaraciones de parte se ubican dos tiempos con mucha distancia entre sí; de un lado, la muerte de la madre de los hermanos PENAGOS GARCÉS ocurrida en el año 2004, momento en el que dicen que la demandante tenía la intención de hacer la donación; y de otro lado, los años 2009 y 2011, fechas en las que se hicieron las ventas simuladas, momento para el cual MARGARITA PENAGOS ESCOBAR tenía alzhéimer; consecuentemente, no pudo tener la voluntad de vender, porque su enfermedad del alzhéimer no le permitía comprender el negocio.

Al escuchar el relato de los hermanos PENAGOS GARCÉS, el negocio de las ventas tiene una intención oculta, evitar que los bienes formaran parte de la sociedad conyugal con LEÓN GUMERCINDO GUERRA COLLADO, con lo cual, hay una causa para la simulación.

Es así como los contratos simulados, no pueden permanecer vigentes en el tiempo, tienen una intención oculta, un engaño a terceros y no hay una intención genuina

de celebrar un contrato de compraventa; por el contrario, existe la intención que MARGARITA PENAGOS ESCOBAR y su esposo no pudieran reclamar los bienes de la sociedad conyugal y en especial que LEÓN GUMERCINDO GUERRA COLLADO, no disfrutara de los bienes de su esposa.

5. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿Interés para recurrir y legitimación en la causa?

¿Simulación absoluta o relativa?

¿Nulidad absoluta?

¿Se probaron las mejoras?

¿Restitución de frutos?

¿Prescripción extintiva?

6. CONSIDERACIONES

6.1 ¿Acción de simulación?

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC640 de 2024, refiere a la autonomía de la voluntad privada como uno de los principios fundamentales del derecho privado, "**Según este postulado, los individuos tienen la libertad de establecer sus propios acuerdos y definir libremente las relaciones jurídicas que celebrarán con los demás, respetando siempre las limitaciones de la ley imperativa y el orden público.**"

Conforme la naturaleza y finalidad de ese principio, las partes de un negocio jurídico pueden pactar condiciones, modos y cláusulas "**convenientes, útiles y necesarias para la mayor eficacia de su vínculo jurídico, siempre que no sean contrarias**

a la Constitución, la ley, el orden público, los principios generales del derecho y a las finalidades del derecho privado."

Sigue la sentencia indicando que, en el contexto de los actos jurídicos, simular implica que dos o más personas acuerden exteriorizar una voluntad de contratar que no es genuina; se trata de una manifestación engañosa, no alineada con lo que verdaderamente pretenden los supuestos contratantes, pero suficiente para otorgar a la simulación una apariencia de acuerdo legítimo.

La Corte ha sostenido que la simulación de contratos:

"...comprende una situación anómala en la que las partes, de consuno, aparentan una declaración de voluntad indeseada... Si hay un contenido comercial escondido tras el velo del que se exhibe al público, la simulación se dice relativa. Pero si no hay vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el convenio de las partes para dar vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca se propusieron ajustar, la simulación se califica de absoluta..." (CSJ SC, 19 jun. 2000, rad. 6266).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC494 de 2023 refiere la procedencia de la acción de simulación:

"...depende de que se acredite la existencia de una discordancia entre el pacto aparente (aquel que percibe cualquier observador razonable) y lo que acordaron en privado los estipulantes, antinomia que debe resultar de la voluntad recíproca de estos, orientada a distorsionar la naturaleza del acuerdo, modificar sus características principales, o fingir su propia existencia."

En ese contexto, surge la acción de simulación cuyo propósito consiste en develar la verdadera intención de las partes de un contrato, oculta de manera concertada tras un negocio fingido.

6.2 ¿Se cumplen los presupuestos axiológicos de la simulación?

“Cuando se demanda la declaratoria de nulidad de un contrato por simulación, el juez, por razón de método, debe proceder a investigar primero si se halla demostrada la existencia o realización del contrato; en segundo lugar, si el acusador tiene o no el derecho para promover la acción y finalmente, indagar, en vista de las pruebas del proceso si la simulación está probada” (sentencia del 30 de mayo de 1930).

Los requisitos de la acción simulatoria, (i) que esté probado el contrato tildado de simulado, (ii) que quien demanda esté legitimado en la causa y (iii) que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.

6.2.1 ¿Está probado el contrato tildado de simulado?

Los negocios jurídicos cuestionados consisten en contratos de compraventa celebrados mediante las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín), por medio de las cuales MARGARITA PENAGOS ESCOBAR (actuando a través de apoderado general) transfirió a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA los predios con matrículas inmobiliarias 001-769437 y 001-769438 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín - Zona Sur.

El poder general conforme con el cual se realizaron los negocios jurídicos, fue otorgado por MARGARITA PENAGOS ESCOBAR a OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS mediante escritura pública N° 724 del 3 de junio de 2004; para que ***“ejerza en mi nombre y representación tal mandato en actos o contratos civiles o mercantiles, con las más amplias, irrestrictas e ilimitadas facultades dispositivas y de administración...mandato que tendrá las siguientes***

facultades: A) Para administrar los bienes del (la) poderdante, recaudar sus productos y celebrar con relación a ellos toda clase de contratos relativos a su administración...B) Para que exija, cobre o perciba cualquiera cantidades de dinero y de otras especies que se adeuden a (el) (la) poderdante...C) Para que pague a los acreedores del (la) poderdante y haga con ellos arreglos y transacciones sobre los términos y plazos de pago de las acreencias Ch) Para que exija y admita garantías personales o reales...D) Para que exija cuentas a quienes tengan obligaciones de rendirlas...E) Para que redima o perdone total o parcialmente las deudas a favor del (la) poderdante...F) Para adquirir o enajenar a título oneroso los bienes del mandante, sean muebles o inmuebles...G) Para asegurar las obligaciones del (la) poderdante o las que contraiga a nombre de estos con hipoteca..."; poder que no fue cuestionado en su autenticidad, por lo que los negocios jurídicos contenidos en las escrituras - realizados con ocasión al mandato con representación delegada en el apoderado- alcanzaron validez formal.

6.2.2 ¿Interés para obrar y legitimación por activa?

Los presupuestos materiales para la sentencia se traducen en la legitimación en la causa e interés para obrar, sobre los cuales tiene dicho el precedente:

“La legitimación en la causa, elemento material para la sentencia estimatoria –o, lo que es lo mismo, una de las condiciones sustanciales para el éxito de las pretensiones–, denota la correspondencia entre los extremos activo y pasivo del derecho sustancial reclamado, con los extremos activo y pasivo de la relación procesal mediante la cual se pretende su instrumentalización. La legitimatio ad causam se estructurará cuando coincidan la titularidad procesal afirmada en la demanda y la sustancial que otorgan las normas jurídicas de ese linaje.

...el interés para obrar es un presupuesto material para la sentencia de fondo estimatoria, aunque no corresponde ya a la titularidad del derecho sustancial debatido, sino a “la utilidad o el perjuicio jurídico,

moral o económico que para el demandante y el demandado puedan representar las peticiones incoadas en la demanda y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte en la sentencia⁴ (CSJ SC3598-2020).

En el caso concreto, la demanda fue interpuesta y admitida en favor de LEÓN GUMERCINDO GUERRA COLLADO en nombre propio y en representación de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR dado poder general otorgado.

Con el fallecimiento de la demandante MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, desde lo sustancial, se abrió la sucesión intestada de la causante como un sujeto de derecho sin personalidad; sucesión ilíquida en la cual y transitoriamente mientras de adelanta el proceso de sucesión y se adjudiquen los bienes, recaen los derechos y obligaciones que estaban en cabeza de la fallecida conforme lo estipula el artículo 1012 del CC al establecer que, ***“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte..”***

Permitiendo que opera la sucesión procesal en los términos del artículo 60 del CPC⁵ (normativa vigente para ese momento), para que los herederos que tienen interés legítimo, actúen en nombre de la sucesión de la causante, ingresando a la litis por activa los sobrinos de la finada y su esposo LEÓN GUMERCINDO GUERRA con ocasión a los gananciales; y ante el fallecimiento de GUERRA, le sustituyeron procesalmente sus sobrinos quienes no hacen parte del litigio dada conciliación judicial de sus pretensiones.

Al presentarse el fallecimiento de quienes integraban la litis por activa, operó la sucesión procesal; los herederos de ambos demandantes optaron por vincularse y ocupar su lugar en la relación jurídica procesal, quedando cobijados por los efectos

⁴ DEVIS, Hernando. Tratado de derecho procesal civil. Tomo III. Ed. Temis, Bogotá. 1961, p. 447.

⁵ ARTÍCULO 60. SUCESION PROCESAL. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran. El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente

de la sentencia como herederos con legitimación para actuar en nombre de las 32|AS121|54690 ilíquidas.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de marzo de 2005, con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 16346, al respecto ha indicado:

“El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. La sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado.”

La Corte Constitucional en sentencia T-553 del 2012 señaló:

“Adicionalmente, se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado. Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Además, el sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. Aunque, el sucesor tiene el deber adicional de presentarse al proceso para que el juez le reconozca su calidad.”

Por tanto y en nombre de la sucesión ilíquida de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR integran la litis por activa, OLGA LUCÍA, MARÍA ELENA, DIANA PATRICIA, LUZ ESTELLA y MARTHA CECILIA PENAGOS GARCÉS; JORGE IVÁN PENAGOS GARCÉS es a su vez demandado dada su calidad de representante legal de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA y demandante

en representación por ser sobrino de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR; OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS es a su vez integrado por pasiva dada su calidad de representante legal suplente de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA y demandante en representación por ser sobrino de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR.

Así, apeló la sentencia de primera instancia la sucesora procesal de la demandante, MARTHA CECILIA PENAGOS GARCÉS; por ende, acreditado su interés para actuar, la legitimación en la causa debe analizarse desde la perspectiva de los presupuestos sustanciales, procesales y fácticos de la acción.

6.2.2.1 ¿Martha Cecilia -sucesora procesal- está legitimada por activa?

Según el artículo 281 del CGP la sentencia debe guardar consonancia y armonía con los hechos y pretensiones de la demanda, los que se aduzcan en las demás oportunidades que autoriza el legislador y con las excepciones probadas y alegadas, si fuera necesario.

En la sentencia SC640 de 2024 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“...tiene el propósito de resguardar los derechos de defensa y contradicción de los litigantes, a través de la imposición de límites al fallador en ejercicio de su función de juzgamiento. De este modo, se evita sorprender a las partes con decisiones inesperadas, relativas a hechos, pretensiones o excepciones personales que no fueron alegados –ni replicados– oportunamente y que, por lo mismo, se mantuvieron al margen del debate procesal.”

Las mismas consideraciones operan frente a los reparos sustentados por la apelante:

"...las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, únicamente se extienden al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el ad quem" (CSJ SC3148-2021; reiterada en CSJ SC1303-2022).

Coherente con lo expuesto, la sentencia debe encontrar sustento material en las pretensiones y hechos de la demanda; para el caso los presupuestos fácticos enunciados por la parte demandante dan cuenta de una pretensión de simulación contractual soportada en la defraudación a los intereses económicos de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR dado el negocio jurídico de compraventa de dos inmuebles de su propiedad realizado por su apoderado general, de manera abusiva, sin el pago del precio; y de LEÓN GUMERCINDO dada la defraudación a los bienes que conforman la sociedad conyugal que se produjo con ocasión a ese negocio.

Como desapareció el interés para actuar de LEÓN GUMERCINDO conforme la conciliación de sus pretensiones realizada por sus sucesores procesales; el interés de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, representada por sus sucesores, se circunscribe a los presupuestos fácticos de su pretensión y no otra, dado el principio de congruencia.

Recurrió la sentencia de primera instancia la sucesora procesal de la demandante MARTHA CECILIA PENAGOS GARCÉS, acreditado interés para actuar conforme parámetros trazados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC1589 de 2020:

***"...el heredero está habilitado para demandar los actos aparentes del causante, en dos estadios distintos: de una parte, asumiendo la posición del de cuius, caso en el cual ejerce la acción que éste tenía para la defensa de sus personales derechos -iurehereditario-; o con la intención de velar por su interés propio, como cuando el acto aparente menoscaba su derecho a la legítima, sin que, en uno u otro caso, exista restricción en los medios que puede emplear el interesado para acreditar la simulación, pues los límites de antes, desaparecieron con el Código de Procedimiento Civil"* (subraya intencional).**

En sentido similar, en CSJ SC 1971-2022, puntualizó que:

"...la insistencia en referirse a la duplicidad de las acciones iure proprio o iure hereditatis, tiene el propósito de dejar en claro que, tratándose de terceros como lo sería el heredero que actúa a nombre propio, «no es la mendacidad del contrato simulado lo que les confiere derecho a reclamar la prevalencia de la verdadera voluntad de los contratantes, sino el menoscabo que el pacto aparente les irroga, aunque este se materialice mucho tiempo después de celebrado el contrato simulado.»

Las dos modalidades de intervención de los herederos del contratante fallecido han sido reconocidas por la Corte, entre otras en las sentencias de 14 sep. 1976 y de 4 de octubre de 1982, última en la cual precisó:

"Siendo transmisible la acción de simulación, los herederos de las partes, al igual que éstas, tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulado el negocio jurídico celebrado por el causante y, con mayor razón, cuando tal acto lesiona sus derechos herenciales, como sucede cuando con ellos se menoscaba su legítima. En este evento no queda duda sobre la suficiencia del interés jurídico del heredero que obre jure hereditario o jure proprio, para impugnar el acto simulado del causante."

En el presente asunto, la recurrente actúa como sucesora procesal de la demandante o *jure hereditario*; de modo que su pretensión se limita a la acción de la causante y a obrar en nombre de la sucesión ilíquida.

6.2.3 ¿Se probó la simulación?

La simulación corresponde a un fenómeno de elaboración jurisprudencial, desarrollado con base en el artículo 1766 del CC; la ha conceptualizado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC455 de 2023 como, **"la discordancia entre la voluntad real de los contratantes (elemento interno) y la declaración que de ella públicamente hacen (elemento externo) en procura de aparentar la existencia de un negocio al cual ellos no reconocen efecto alguno, o de disimular las verdaderas condiciones de un acuerdo francamente celebrado, o de disfrazar a una de las partes veraces de la convención superponiendo a una persona diferente."**

El tratadista Ospina Fernández expresa que **"...consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público en el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero..."**⁶

En este orden, ha expresado la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la simulación, que consiste en que las partes de consumo crean una situación aparente – ficticia con fines de engaño, que es diferente de la real.

Lo que nos conduce conforme al caso concreto a establecer si las escrituras públicas contentivas de las compraventas son aparentes – ficticias con el fin de esconder y desviar la realidad en lo referente a la verdadera propietaria de los inmuebles.

⁶ OSPINA FERNANDEZ Guillermo, Teoría General de los negocios Jurídicos, 2º Edic. , pág 130-131

En el evento que esta Sala de Decisión llegue a la conclusión de declarar la simulación, hay que determinar si se trata de simulación absoluta o relativa; teniendo presente que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil en sentencia de mayo 21 de 1969, expresó:

"...la simulación absoluta se realiza siempre que las partes, al tiempo que logran conseguir el propósito fundamental buscado por ellas de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo, obran bajo el recíproco entendimiento de que no quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos, dándolo por inexistente. La declaración oculta tiene aquí, pues, el cometido de contradecir frontalmente y de manera total la pública, y a eso se reducen su contenido y su función..."

En la simulación relativa, en cambio, no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiera todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllas. Más claro: en este caso el acuerdo privado no se endereza simple y únicamente a neutralizar o enervar el contenido de la declaración aparente, como sucede en la simulación absoluta..."

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 5 de 1975, enuncia los requisitos de la prueba indiciaria en la simulación, a saber:

"La conducencia de la prueba indiciaria respecto al hecho investigado;
a) Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente;

- b) Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la falsificación del hecho indicador por obra de terceros o de las partes;**
- c) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado;**
- d) Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes;**
- e) Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes y convergentes;**
- f) Que no existan contradicciones que no pueden descartarse razonablemente;**
- g) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, pues es frecuente que un hecho indiciario se preste a diferentes inferencias que conduzcan a distintos resultados;**
- h) Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquéllos, y**
- i) Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez."**

Por ende, para que se configure el fenómeno de la simulación se requiere:

1. Falta de concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada o pública.
2. La connivencia o consenso simulatorio entre los partícipes.
3. La causa o móvil "cumplido" por las partes que intervienen en el negocio de engañar a terceros.

También, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la simulación en sentencia 5438 de febrero 15 de 2000:

"En el cosmos contractual, de ordinario, acontece que la voluntad expresada —o exteriorizada— por las partes, es el corolario fidedigno del querer de las mismas, el reflejo de su intento, de suerte que en tales circunstancias converge la voluntad y su declaración. Sin embargo, ello

no resulta ser siempre así, habida cuenta de que en algunas ocasiones aquellas, impulsadas por diferentes móviles, se confabulan para engañar a terceros, ya sea realizando tan sólo en apariencia un acto cuyos efectos no desean, ora ocultando, detrás de la declaración que se pone de presente al público —por ello tildada de ostensible—, otra intención real y sería que es la que los agentes verdaderamente tienen, pero la cual mantienen encubierta frente a los demás. Situaciones como las anteriores, dan lugar a lo que, de antaño, se conoce como simulación absoluta y relativa, respectivamente. Por lo tanto, pese a que el negocio reúna externamente las condiciones de validez, éste no constituye ley para las partes (lex contractu) ya que la actuación realizada no las ata, sino que la verdadera voluntad, la denominada interna, es la llamada a disciplinar sus relaciones, razón por la cual la jurisprudencia de la Corte, desentrañando el contenido del artículo 1766 del Código Civil, habilitó en el ordenamiento patrio la acción declarativa de simulación, a fin de permitir que los terceros, o las partes que se vean afectadas desfavorablemente por el acto aparente, puedan desenmascarar tal anomalía en defensa de sus intereses, y obtener el reconocimiento jurisdiccional de la realidad oculta, en pos de combatir el prenotado acuerdo simulatorio, de factura mentirosa o tramposa, tal y como lo tilda un importante sector de la doctrina patria y comparada.”

De acuerdo con lo anterior cuando el Juez descubre la maniobra fraudulenta, se aplican los efectos jurídicos que de ella resulte, si se trata de simulación absoluta se declarará que el acto es inexistente, y en caso de ser relativa, una vez descubierto el verdadero acto, se le aplicarán sus efectos.

Así, conforme lo establecen los artículos 169 y siguientes del CGP, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales, procederemos a hacer un análisis del acervo probatorio, no sin antes advertir que además de la carga y libertad probatoria para allegar medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez que tienen las partes, tratándose de la simulación, la prueba indiciaria es la más

utilizada, precisamente por el ocultamiento de la verdad que pretenden los involucrados en el acto simulado.

Es ampliamente conocido que la simulación constituye un fenómeno de difícil prueba, en tanto quienes a él concurren quieren que florezca ante los ojos del mundo un acto diverso del que realmente se realizó o que aparezca como si algo hubiera acontecido cuando en verdad nada se produjo, motivo por el cual ha sido menester de antiguo acudir a las pruebas indiciarias con el fin de intentar desentrañar la verdadera voluntad, teniendo claro que se puede llegar a la verdad extrayendo conclusiones a partir de las conductas de quienes hipotéticamente aparentaron un negocio; por ello la base de la sentencia ha de ser, la certeza acerca del hecho endilgado, sin la plena convicción del fallador, la negativa se impondrá, aunque la prueba sugiera la posibilidad de haberse simulado un acto, porque no es esa probabilidad ni esa sugerencia las que conducen al éxito de las pretensiones, sino, la plenitud probatoria, la evidencia absoluta e indudable.

Esta Sala Civil, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, procederá hacer una relación de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso; luego se analizarán, para establecer con base en ellas, principalmente con fundamento en prueba indiciaria, si el acto que se ataca fue simulado o no; teniendo en cuenta los 3 elementos de la simulación:

Prueba documental:

- Escritura pública 4401 del 22 de diciembre de 1965 Notaría Primera del Círculo de Medellín, donde MARGARITA PENAGOS ESCOBAR (soltera) y residente en EEUU, adquiere el predio por compra realizada a HERNÁNDO PENAGOS ESCOBAR (Pdf 1 a 6, archivo 1, expediente digital).
- Escritura pública 724 del 3 de junio de 2004, MARGARITA PENAGOS ESCOBAR otorga poder general a HERNÁNDO PENAGOS ESCOBAR y OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS con irrestrictas facultades para

- vender sus bienes y condonar deudas, entre otras (pdf 7 a 12, archivo 1, expediente digital).
- Escritura pública 4072 del 3 de diciembre de 2009, el apoderado OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS transfirió en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR el derecho de dominio del predio 001-769437 a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA pactándose el precio en \$95.125.000 (pdf 13 a 19, archivo 1, expediente digital).
 - Certificado de libertad y tradición del inmueble 001-769437, consta registro de la venta "ANOTACIÓN No. 2 del 19-01-2010" (pdf 20, archivo 1, expediente digital).
 - Poder especial otorgado el 10 de agosto de 2011 para cancelación de afectación a vivienda familiar conferido por MARGARITA PENAGOS ESCOBAR y LEÓN GUMERCINDO GUERRA a JORGE IVÁN PENAGOS GARCÉS y OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS para que **"en nuestro nombre y representación, conjunta o separadamente, procedan a firmar la escritura pública por medio de la cual se CANCELARÁ LA AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR que se constituyó por instrumento público 2298 de fecha 28 de mayo de 1999...gravamen que afecta el inmueble con la matrícula 001-769438... para que el referido inmueble, apartamento, entre al libre comercio..."** (pdf 142 a 143, archivo 1, expediente digital).
 - Escritura pública N°2833 del 10 de septiembre de 2011, se canceló la afectación a vivienda familiar constituida por escritura pública N° 2298 del 28 de mayo de 1999 y el apoderado OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR transfirió el derecho de dominio del predio 001-769438 a la sociedad, pactándose el precio en \$73.926.000 (pdf 21 a 26, archivo 1, expediente digital).

- Certificado de libertad y tradición del inmueble 001-769438, consta registro del levantamiento afectación a vivienda familiar "ANOTACIÓN No. 3" y la venta "ANOTACIÓN No. 4 del 10-09-2011" (pdf 27 a 28, archivo 1, expediente digital).
- Poder al Abogado, otorgado ante Notario público del Estado de Nueva York (EEUU) el 17 de noviembre de 2009, traducido al español, por medio del cual MARGARITA P. GUERRA designa como representante a LEÓN C. GUERRA con facultades para "***invertir su dinero, vender o disponer de su propiedad durante el tiempo de vida sin decirle a usted...transacciones inmobiliarias, de inmuebles, operaciones de negocios, transacciones de herencia, demandas y litigios... donaciones de mayor cuantía y otras transferencias...***" (pdf 29 a 46, archivo 1, expediente digital).
- Certificado de matrimonio entre MARGARITA PENAGOS y LEÓN C. GUERRA del 23 de junio de 1969 (pdf 65 a 66, archivo 1, expediente digital).
- Certificado de existencia y representación legal de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ S, constituida por escritura pública 129 del 4 de febrero de 2004, con capital autorizado de \$12.000.000, representada legalmente por JORGE IVÁN PENAGOS GARCÉS (gerente), OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS (primer suplente), OLGA LUCÍA PENAGOS GARCÉS (segunda suplente); conformando la junta directiva por OSCAR ENRIQUE, OLGA LUCÍA, LUZ ESTELLA, MARIA ELENA y DIANA MARÍA PENAGOS MARTA ELENA DEL SOCORRO CORREA (pdf 71 a 78, archivo 1, expediente digital).
- Poder especial otorgado el 28 de febrero de 2013 por LEÓN GUMERCINDO GUERRA (en nombre propio y como apoderado general de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR) al Abogado DIEGO ALEJANDRO CASTRILLÓN ALZATE para la presentación de proceso contra INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA (pdf 79 a 82, archivo 1, expediente digital).

Declaraciones de parte:

En audiencia de práctica de pruebas, MARÍA ELENA PENAGOS declaró, ***“¿conoce a INVERSIONES ASTURIAS DE URABA SA? es una sociedad que fue constituida por deseo de mis padres en vista de que mi mamá estaba muy enferma ya con cáncer y también de acuerdo a la voluntad de mi papá, que ellos querían que los bienes que ellos habían conseguido en vida fueran parte de los hijos...la sociedad lleva más de 10 años; ¿conoció al señor León Gumercindo Guerra Collado? si señor, desafortunadamente lo conocí; ¿usted sabe si entre la señora Margarita Penagos Escobar y los señores Hernando Penagos escobar y Oscar Enrique Penagos Garcés se realizó algún negocio? fuera de lo de las casas de bolivariana que yo sé que siempre fue la voluntad de mi tía que pertenecieran a sus sobrinos no sé de ningún otro negocio; ¿qué propiedades está hablando? las que son objeto de esta conciliación; ¿qué sabe? esas casas estaban supremamente descuidadas, mi tía estaba en nueva york y había conseguido con su trabajo varios apartamentos y varias casas, ella realmente dijo que no necesitaba esas casas y no pensaba volver a vivir a Colombia porque ella estaba casada con León Gumercindo, mi mamá era la que administraba esas casas, ella decidió que esas casas pasaran a nombre de sus sobrinos y que la sociedad que se iba a constituir administrara y mejorara esas casas que había que hacerles inversión...el caso es que mi tía vino a Colombia con León Gumercindo y levantó el asunto de propiedad familiar que tenía la escritura de una de las casas para que pudieran quedar a nombre de nosotros, ya después cuando a ella le dio alzaimer, León Gumercindo decidió que las casas (se quería quedar con ellas) y las puso a nombre e él y por consiguiente quedaron a nombre de sus sobrinos después; ¿inicialmente a quien se le vendieron las propiedades? a Asturias de Urabá...porque ya había muerto mi mamá y ya se había constituido esa sociedad; ¿sabe por cuánto? tengo entendido que más o menos por el valor que figuraba en catastro; ¿sabe si se les ha hecho algún tipo de mejoras? sé que mis hermanos Oscar y Jorge Penagos han invertido en esas casas muchísimo dinero para poder ponerlas de una manera adecuada para poder que sean rentables...en este momento creo que son para un asilo de ancianos;***

¿sabe de dónde Inversiones Asturias de Urabá pagó el precio, cómo obtuvo el dinero? no conozco ese detalle, nosotros teníamos la nuda propiedad de la propiedad, hasta que mi papá falleció nosotros no teníamos...mi hermano Jorge que figura como gerente no tenía realmente el manejo de la sociedad...mi papá era un médico, bastante desorganizadito en sus cuentas, desconozco el motivo por el cual no se contabilizó la venta de esa propiedad; ¿usted sabe que entre las partes aquí involucradas hubo la intención de defraudar a alguien? ninguna intención; ¿usted sabe si la señora Margarita dijo que en esa venta había alguna simulación? ella no lo dijo, cuando ya ella estaba con alzaimer el señor León Gumercindo tomó las riendas del asunto y tergiversó todas las cosas, pero ella en sano juicio jamás de los jamaces hubiera demandado a sus sobrinos."

En audiencia de práctica de pruebas, LUZ ESTELLA PENAGOS expresó, ***"¿conoce INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA? si conozco a la sociedad Asturias de Urabá, esta sociedad fue conformada unas semanas antes de que falleciera mi madre por sugerencia de ella misma y de mi padre para que los bienes no entraran en sucesión, sino que hubiera una sociedad de familia...¿conoce al señor Oscar Enrique Penagos Garcés? claro que si doctor, es mi hermano mayor (el mayor de los hombres), lo conozco y lo quiero mucho; ¿al señor Hernando Penagos Escobar? total, es el amor de mi vida, es el papá que acompañé todos los días hasta el último día de su vida al igual que a la mamá, un médico honesto, íntegro, un humanista... fue capaz de criar a sus 7 hijos con la mamá y levantar una familia hermosa; ¿conoció a la señora Margarita? si, fue como una segunda madre para mí...una persona muy tímida, entregada a Dios...fue bacterióloga...se casó con León Gumercindo ya mayor tía más de 45 años y el señor León Gumercindo trabajó muy poquito, fue un vividor...la explotó de todas formas muy dolorosamente hasta el último minuto de su vida; ¿lo conoció? Cuando ella estuvo enferma yo estuve viviendo con ellos en Estados Unidos...¿nos cuentas de le los negocios de la señora Margarita con Hernando y Oscar Enrique? la relación de mi padre Hernando Penagos Escobar con Margarita Penagos Escobar era una relación entrañable ellos eran dos hermanitos solos en el mundo, se***

encargó de criarla, pagarle su universidad...cada negocio que ella iba a hacer se la consultaba al papá... pero ya después que se casó con León Gumercindo el hombre era muy vivo...con respecto a los negocios, el papá le dijo un día a Margot...por qué no construí una casa aquí en Medellín, uno no sabe que algún día te quieras volver a Medellín...papi se encargó de la construcción de la casa y mi papá y mi mamá se encargaron de la administración de la casa...que estaba en alquiler, mi papá manejaba un cuadernito (manejaban las cuentas de una manera muy coloquial)...a pocos días del fallecimiento de la mamá, a motu proprio dijo vamos a poner esta casa para el beneficio de los sobrinos, pero quiero que lo maneje el papá Hernando Penagos, pero el usufructo a nombre del papá...ya la mamá falleció el 5 de junio de 2004...después de eso vino Margot y vino León y levantaron algo jurídico de las casas para que eso quedara para los sobrinos...¿dónde son esas casas y quien las compró? en la avenida bolivariana...las compró la sociedad de inversiones Asturias de Urabá...le dijimos Margotsota entonces vamos a pagarte esas casas nos dijo: no, la voluntad mía toda la vida es que esas casas sean para mis 7 sobrinos, pero mientras este viva que el usufructo sea para el papá... ¿sobre los bienes se ha realizado algún tipo de mejoras? sí, las mejoras han sido impresionantes, las casas estaban caídas...las mejoras que se le han hecho a las casas son muchas, mis hermanos le han metido más de 200 millones de pesos en mejoras...¿en esa negociación hubo intención de engañar a alguien? para nada Doctor, jamás, nosotros siempre hemos sido transparentes...incluso cuando se le iba a pagar Margot dijo: no, yo no quiero nada de pagos porque ustedes son como mis hijos, son mis sobrinos y mis únicos herederos; ¿por qué Margarita interpuso la demanda? no la puso a ella, la puso el esposo."

En audiencia de práctica de pruebas, OLGA LUCÍA PENAGOS manifestó, **"¿nombre de sus padres? Hernando Penagos Escobar y María Silvia Garcés de Penagos; ¿conoce a margarita Penagos Escobar? nuestra tía, única hermana de mi papá; ¿a la sociedad Asturias de Urabá y a Oscar Enrique Penagos? sí, sociedad que se formó en el 2004 por solicitud de la mamá y el papá para traspasar los bienes a los 7 hijos y el usufructo quedaría en cabeza**

de ellos hasta que fallecieran los dos; ¿relación de Margarita con sus sobrinos y hermanos? excelente la relación con la familia, una relación muy generosa y muy noble; ¿conoció a León Gumercindo? sí cuando estuve con ellos en Nueva York, durante casi un año compartí con ellos; ¿qué sabe del negocio de las propiedades? la tía le manifestó a mi papá el deseo de que esas propiedades se pasaran a nombre de los 7 sobrinos... cuando ya se iba a organizar el pago dijo que no tenían por qué pagarlas que esa era su voluntad; ¿por qué lo supo? porque en ese momento estaba en Medellín... ¿en ese negocio había ánimo de defraudar a alguien? Ella a nombre propio no lo hizo, lo hizo León Gumercindo...la obligó a ella a hacer porque él se creía el dueño de todo."

En audiencia de práctica de pruebas, DIANA MARÍA PENAGOS declaró, ***"¿conocimiento que tenga de la negociación de su tía Margarita Penagos Escobar y el poder que otorgó a su hermano y al sobrino Oscar Enrique Penagos Garcés? tengo todo el conocimiento, mi mamá estaba muy enferma y a raíz de la enfermedad de mi mamá, mi papá y mi mamá tomaron la decisión, me lo consultaron a mi porque yo era la Abogada de la casa, me dijeron que ¿qué era lo más justo?, lo más justo era una séptima parte para cada uno de los hijos, que ¿cómo lo podíamos manejar? se constituyó una sociedad la cual hice yo misma, el poder general lo hice yo misma, lo puse a nombre de Oscar y a nombre de mi papá, pues porque estaban en Medellín, Olga vivía en Cartagena en ese entonces, la mona vivía en Cartagena en ese entonces, yo vivía en Cali...la mona (Marta Cecilia Penagos) otorgó un poder general...Margot dijo les voy a vender las casas a un precio muy barato, al valor del avalúo catastral, se hizo la compraventa y tengo entendido que Jorge en varias oportunidades, incluso cuando ella vino con León, le dijo que le iba a pagar la plata y ella dijo que no, no quiso recibir el precio...ella dijo yo quiero que esas casas le queden a ustedes; ¿conoció a León Gumercindo? Si; ¿cuál era la relación de él con ustedes? muy distante...él se aprovechó de ella y la hizo sufrir mucho...estoy absolutamente segura que ella jamás le conferiría un poder a León Guerra para demandarnos a nosotros."***

En audiencia de práctica de pruebas, JORGE IVÁN PENAGOS dijo, ***“¿conocimiento del negocio? mi papá y mi mamá decidieron crear una sociedad Inversiones Asturias, viendo que ya la mamá estaba muy enferma, la sociedad se creó por partes iguales para los 7 hijos, es decir en séptimas partes y decidieron ponerme a mí como gerente...y el deseo de Margot como lo han dicho ellas, fue vender esa casa a la sociedad Inversiones Asturias, porque de esa manera quedaba por partes iguales entre sus 7 sobrinos...se realizó la venta de una primera casa y la segunda tenía afectación a vivienda familiar, después de dos años ella vino con León Gumercindo y los dos firmaron el levantamiento de la afectación a vivienda familiar para poder vender la segunda casa...mi papá y Margarita Penagos tenían un ajuste de cuentas...y a la hora de pagarle las casas ella dijo no quiero que me paguen nada...a la hora de pagarla ella no quiso recibir dinero...no sé qué dineros tenía ella con mi papá si hubo algún ajuste de dineros; ¿en qué contexto fue que dijo lo del precio? lo dijo en la sala de la casa en laureles, no me acuerdo quienes estaban en ese momento.”***

En audiencia de práctica de pruebas, OSCAR PENAGOS declaró, ***“¿conocimiento del negocio? estando mi mamá ya bastante enferma, decidieron que todos los bienes que ellos habían construido con mucho esfuerzo durante toda la vida pasaran a ser propiedad de Inversiones Asturias de Urabá y nos traspasaron la nuda propiedad, para que ellos disfrutaran de los beneficios de la sociedad en vida. Mi papá hizo sus negocios...Jorge era el que decidía sobre sus negocios; ¿relación de Margarita Penagos con la sociedad?...ella vio el estado de las casas (viajaba constantemente), tomó la decisión de no venirse a vivir a Colombia por la situación de orden público...la tía Margot cuando conoció el modelo de la sociedad tomó la decisión de traspasar las casas a la sociedad para que quedaran en cabeza de los 7 hijos, los sobrinos que eran la adoración de su vida; ¿conoció a León Gumersindo? lo conocí, me tocó una situación muy difícil porque él se fue y dejó a mi tía durante un año; ¿cuál fue la razón por la que ella le dio poder a usted? mi papa y ella eran muy buenos hermanos...ella a mi papá le consultaba todos los negocios y yo era la mano derecha de mi papá el mayor de los hombres que lo acompañó en el manejo***

de la empresa; ¿la negociación de los inmuebles por cuanto dinero fue? por el valor catastral.. ese precio no se pagó en lo que nosotros conocemos... ellos dos mantenían una cuenta en el banco de Manjathan; ¿por qué lo sabe? mi padre fue mi socio y mi amigo y me contaba; ¿quién ha hecho mejoras y arreglos? mi mamá en vida administraba los arreglos...las casas las arregló la sociedad, mi hermano y yo prestamos una plata para poder arreglarlas, eran dos casas, hoy en día es una casa independiente, el monto más o menos está muy cercano a los 200 millones de pesos, permanentemente se hacen mejoras."

En audiencia de práctica de pruebas, MARTHA CECILIA PENAGOS acotó, ***"¿relación con margarita? éramos muy unidas, prácticamente yo era su confidente...ella viajó a París donde yo estaba estudiando, en vista de que yo tenía una situación económica muy difícil, me ofreció esta casa de Medellín para que fuera mi taller y mi estudio...yo viajé a finales del 86 y me instalé en la casa en el 87...viví en esta casa hasta finales del 90; ¿por qué doña Margarita no le escrituró esa casa a usted? ella dejó consignada en una escritura que hizo en el 99, quedó claramente especificado que esa casa era para mi uso y beneficio...la casa (en el 2004 mientras se hacía la sociedad) fue alterada, fue reconocida por el notario Primero de Medellín, en el 2011 que yo estaba con el Dr Sergio de los Reyes tratando de resolver la situación con mis hermanos, el notario lo reconoció y después mis hermanos trajeron ese mismo año a mi tía para que firmara lo que decía vivienda a afectación familiar, yo tengo la escritura alterada porque la original se desapareció, ahí fue cuando traspasaron la casa a finales de 2012, la parte de abajo la habían traspasado en el 2009; ¿sabe algo del negocio? lo último que ella me dijo en el 2012 (el día que la hicieron firmar) fue "Mona a mí ya me quitaron todo, yo olvido para no sufrir"... refiriéndose a mis hermanos; ¿cuál fue el precio que se pactó por la venta de las casas? a ella no le pagaron nada...fue un robo...en ese momento yo salí a deberle a la sociedad."***

6.2.3.1 ¿Se probó la divergencia entre la voluntad real y la declarada por los contratantes?

En los hechos de la demanda, MARGARITA PENAGOS ESCOBAR a través de apoderado general, pretendió la simulación de los actos traslaticios realizados en su nombre a través de apoderado general, quien vendió inmuebles de su propiedad a la sociedad demandada (de la cual era socio y representante legal suplente) y declaró en las escrituras públicas cuestionadas, recibir el precio pactado, mismo que no le fue pagado.

En la contestación a la demanda, se indicó que OSCAR ENRIQUE PENAGOS, tenía amplias facultades de disposición y administración de los bienes de su poderdante, incluyendo vender inmuebles de su propiedad y condonar deudas.

En audiencia, los sucesores procesales de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, excepto la recurrente, declararon que fue voluntad de su tía transferir los inmuebles objeto de litis a la sociedad demandada creada desde el 2004 para administrar los bienes del patrimonio familiar de los 7 sobrinos y celebrados los actos públicos, se condonó el precio pactado.

OSCAR ENRIQUE PENAGOS, vinculado por pasiva, en interrogatorio de parte surtido en audiencia confesó que el dinero que declaró recibir a satisfacción en los actos públicos no fue pagado por la sociedad demandada.

Así, de esta prueba se desprende que en forma coetánea con la firma de la escritura pública de compraventa de los inmuebles, era la voluntad de las partes contractuales a través de un acuerdo privado y oculto, transferir los bienes en favor de la sociedad sin el pago del precio y para el beneficio de los sobrinos de la supuesta vendedora.

6.2.3.2 ¿Se probó concierto simulatorio entre los partícipes?

El mandatario y en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, simuló que vendía y la sociedad creada para el beneficio de los sobrinos, simuló que compraba; con las declaraciones de parte de la mayoría de los sucesores procesales y

confesión del mandatario, se desvirtuó la presunción de autenticidad de la declaración realizada ante el Notario con la suscripción de las escrituras públicas de recibir el precio.

Por tanto, no se cumplen los elementos esenciales constitutivos del contrato de compraventa previstos en el artículo 905 del C de Co, "**La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra de pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio...**"

El mandatario - demandado estaba facultado para vender, pero no vendió pese a transferir la propiedad de los inmuebles de MARGARITA PENAGOS a la sociedad; desestimándose la excepción denominada "**Inexistencia obligaciones a cargo de la demandada y a favor de los actores.**"

Aunado a que el mandatario que ejecutó los negocios jurídicos, a su vez ostentaba la calidad de representante legal suplente y accionista de la sociedad compradora; lo que coherente con el no pago del precio pactado, apunta a otro indicio de la simulación de los actos jurídicos de compraventa.

6.2.3.3 ¿Se probó que el propósito de engañar a terceros?

Si bien entre el demandado OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS y la demandante MARGARITA PENAGOS ESCOBAR existió un contrato de mandato a través del cual le otorgó poder con irrestrictas facultades de administración y disposición de sus bienes, dada la naturaleza y particularidades de los negocios jurídicos cuestionados; se probó la aquiescencia de trasladar los inmuebles en favor de la sociedad demandada, estipulando un precio aparente.

Al unísono los sucesores procesales declararon que LEÓN GUMERCINDO (demandante y esposo de la finada MARGARITA) era una persona de reprochables comportamientos, no creen que su tía le otorgara poder para demandar a la

sociedad porque **"era voluntad de ésta que los bienes quedaran a nombre de sus sobrinos."**

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5631 de 2014, refiriéndose a la prueba indiciaria en procesos de simulación, **"Ante la dificultad de acreditar el pacto real que subyace al aparente, esta resulta ser el mecanismo ideal para auscultar la realidad, pues, con ella, "se logra, por inducción lógica, el resultado de dar por conocidos, con base en hechos firmemente acreditados en el proceso, otros que no lo están, lo que supone una labor crítica donde predominan ampliamente la labor intelectual del juzgador, quien dentro de los límites señalados en la ley, libremente escoge los hechos básicos que le han de servir para formular la inferencia y deducir sus consecuencias."**

Delineando aspectos relevantes para considerar la prueba indiciaria, **"De ordinario, se establecen por indicios de la simulación, el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición del todo o buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, etc., el móvil para simular (causa simulandi), los intentos de arreglo amistoso (transactio), el tiempo sospechoso del negocio (tempus), la ausencia de movimiento en las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente (pretium confesus), el lugar sospechoso del negocio (locus), la documentación sospechosa (preconstitutio), las precauciones sospechosas (provisio), la no justificación dada al precio recibido (inversión), la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz, etc"** (CSJ SC, 13 de octubre de 2011, Rad. 2002-00083-01, citada en SC11197-2015).

En el caso concreto se constatan los indicios del (1) parentesco entre la demandante y su mandatario, el representante legal principal y socios de la demandada sociedad; (2) la buena relación familiar; (3) el deseo de la demandante que las casa quedaran para el disfrute de sus sobrinos; (4) no se allegó prueba de la capacidad económica y financiera de la sociedad adquirente, revisada la información contenida en el certificado de existencia y representación legal de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA, puede constatar que no tenía capacidad de pago, siendo su capital autorizado \$12.000.000 y la sociedad como comerciante que está obligada a llevar contabilidad según los artículos 48 y ss. del C de Co, no aportó de registros contables, financieros, soportes contables o extractos de movimientos bancarios o estados de cuenta que acreditaran una capacidad financiera mayor; (5) la sociedad no demostró pese a estar obligados a llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales⁷, que conformó su contabilidad, libros, registros contables, inventarios, soportes contables y estados financieros, que dieran cuenta una historia clara, completa y fidedigna de sus negocios⁸; (6) el comportamiento de la sociedad y de los sucesores procesales en el litigio, siendo accionistas de la sociedad demandada, con interés en que los predios salieran del haber social de la sociedad conyugal y pasara al patrimonio de la sociedad; (7) precio exiguo pactado (correspondiente al avalúo catastral de ambos predios) e inexistencia de precio real (condonado, conforme lo confesado); (8) la forma y recibo del pago a la fecha de la escritura pública que fueron desvirtuados vía confesión y declaraciones de parte.

6.2.4 ¿Simulación absoluta o relativa?

Conforme el haz probatorio se parte de un hecho exterior consignado en las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín), cual es la compraventa de dos inmuebles por parte de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR

⁷ Artículo 19 Código de Comercio.

⁸ Artículos 48, 49, 50 y 57 del Código de Comercio, éste último modificado por el artículo 26 de la Ley 2195 de 2022.

(vendedora) representada por su mandatario OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS en favor de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA como compradora.

El estudio del interés para obrar realizado da cuenta que, con ocasión al fallecimiento de los demandantes primigenios y la conciliación parcial de las pretensiones realizada entre los demandados y los sucesores procesales de LEÓN GUMERCINDO, fungen por activa y por pasiva los sobrinos herederos de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, en dos calidades (i) representando la masa sucesoral y (ii) conformando la sociedad demandada integrada por el mismo grupo familiar.

De ahí que, contrario a la posición asumida por el Juez de Primera Instancia, los antecedentes de dichos negocios comienzan a generar dudas, en cuanto al por qué las escrituras de compraventa fueron a nombre de la sociedad demandada, representada legalmente por el mismo mandatario general de la demandante y cuyos accionistas son los herederos y sucesores procesales de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR.

De las escrituras públicas de compraventa y del interrogatorio de parte surtido por OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS - mandatario general de Margarita – surge un indicio contundente, que el precio pactado y recibido según las escrituras públicas, confesó no recibirlo; aunado a las declaraciones de parte de los otros sucesores procesales.

Así, de las declaraciones y de la documentación que obra en el expediente, se evidencia la confianza que tenía MARGARITA PENAGOS ESCOBAR con su sobrino OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS (accionista y representante legal suplente de la sociedad demandada), a quien le confirió mandato con irrestrictas facultades de administración y disposición de sus bienes, le autorizó para realizar negocios con su patrimonio, incluso en forma gratuita.

Conforme planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, no se están dados los elementos axiológicos de la simulación absoluta de los negocios jurídicos

cuestionados; hubo convenio a cerca de la apariencia de los actos jurídicos exteriorizados, las partes sí pretendían la transferencia de los bienes de la demandante en favor de la sociedad en forma gratuita con apariencia de compraventa; por lo que no puede afirmarse como actos jurídicos inexistentes; en este sentido, no prospera la pretensión de simulación absoluta impetrada por la actora.

Desde el libelo genitor se esbozó como pretensión subsidiaria (y es el tema de apelación), la declaración de simulación relativa de las compraventas y la consecuente nulidad absoluta de la donación por falta de insinuación.

Tales acuerdos jurídicos se formalizaron mediante las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011, por medio de las cuales se transfirió a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA los inmuebles con matrículas inmobiliarias 001-769437 y 001-769438 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín - Zona Sur; se describen y especifican los predios; pero respecto del precio, obra confesión y declaraciones de parte, del no pago al momento de la celebración del acto jurídico ni posteriormente, deformando los negocios de compraventa y ocultando una donación; lo que encuentra coherencia con la prueba indiciaria que da cuenta del móvil o causa del acto simulado; trasladar los bienes del patrimonio de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA sin pago del precio, por lo que procede la declaratoria de simulación relativa, que conforme la doctrina y la jurisprudencia:

“I) De naturaleza del contrato, en donde existen dos actos jurídicos con contenido positivo cada uno: el simulado y el secreto. Ejemplo de esta clase de simulación lo constituye la compraventa que disfraza u oculta una donación, en razón a que lo disimulado es la naturaleza del contrato.

II) De contenido del contrato, en el cual tanto el acto secreto como el público o simulado son de una misma naturaleza, pero el público contiene cláusulas que no son sinceras o fechas antedatadas o

posdatadas, ya sea porque en el público se estipula un precio más alto o más bajo al realmente convenido.

III) De interposición de personas, denominada simulación relativa subjetiva, que es realizado cuando son transmitidos derechos o bienes a personas que sólo aparentemente tienen la calidad de intervinientes en el acto, ya que el verdadero sujeto del derecho a quien es transmitido es otro que no figura como parte” (SC455-2023).

Los elementos probatorios examinados, permiten deducir que no hubo precio real de compra, desvirtuando lo establecido por el artículo 905 del C de Co y develándose la verdadera intención de la donación; presentándose la simulación relativa, descartándose los presupuestos materiales del negocio jurídico aparente (compraventa) y evidenciándose la existencia del acto jurídico simulado (donación).

La situación planteada, con base en el haz probatorio analizado en esta providencia, nos coloca, como se ha venido explicando y evidenciando en los párrafos anteriores, en la existencia de pruebas directas e indicios serios, coherentes, creíbles que nos dirigen a que el negocio jurídico celebrado sobre las propiedades de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR en apariencia fueron una compraventa para simular la donación realizada a los hermanos PENAGOS GARCÉS a través de la sociedad INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA; por lo que en este sentido se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, para declarar probadas las SIMULACIONES RELATIVAS.

Como el negocio real fue donar, el problema jurídico que a continuación abordará esta Sala de Decisión Civil tiene que ver con el cumplimiento o no de los parámetros legales para la validez de la donación; es decir, si la donación supera el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, previamente se obtuvo ¿autorización por parte de Notario?

6.2.5 ¿Se cumplió con el requisito ad substantiam actus de la autorización por parte de Notario para la donación?

Los negocios jurídicos para que sean válidos deben cumplir con ciertos requisitos establecidos en la Ley; si fallan o faltan alguno o algunos de ellos, el convenio jurídico estará viciado de nulidad absoluta.

El artículo 1502 del CC estatuye:

"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita..."

En igual sentido, el artículo 1740 del mismo estatuto:

"Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes."

El artículo 1741:

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas..."

Lo anterior conduce a revisar si las donaciones contenidas en las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín), a la que nos referimos en el tema de la simulación relativa, cumplieron con los requisitos legalmente establecidos.

Sobre la donación, dispone el artículo 1443 del CC:

“La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.”

Referente a la donación de inmuebles, el artículo 1457 ibíd:

“No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes.”

Conforme con el artículo 1458 del CC, las donaciones entre vivos, según su monto, requieren de insinuación; el texto original disponía:

“La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso.”

Se entiende por insinuación la autorización de juez competente solicitada por el donante o donatario.

El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal.”

(Subraya fuera de texto).

Norma que fue modificada por el artículo 1 del Decreto 1712 de 1989, quedando:

“Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.

Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación."

(Destacado no original).

Modificando el monto del valor de dos mil pesos al que exceda (50) salarios mínimos mensuales para la autorización del Notario mediante escritura pública; derogando **"y será nula en el exceso"** y estableciendo que **"Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación."**

Con la expedición del Decreto 1712 de 1989 **"...el legislador aumentó el límite máximo de las donaciones que no requieren insinuación; se derogaron las normas que imponían la intervención oficiosa del fisco y del ministerio público, y el procedimiento terminó siendo delegado a los notarios, al menos en aquellos casos en los que donante y donatario sean personas plenamente capaces (en el sentido que se le otorgaba a esa expresión antes de la entrada en vigor de la Ley 1996 de 2019)"**⁹; se ajustaron las reglas y la competencia para autorizar la insinuación de las donaciones, modificándose las previsiones que originalmente traía sobre la materia el artículo 1458 del CC; se autorizó que la insinuación -cuando fuera procedente por exceder lo donado 50 SMLMV- se efectuará ante Notario, quien la autorizará cuando se pacte de común acuerdo por los contratantes (capaces) y siempre que no se contraríe ninguna disposición legal; la petición de autorización se realiza por los interesados y la escritura pública (además de los requisitos propios), debe contener **"la prueba fehaciente del valor comercial del bien, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia"** (artículo 3°, resaltado); por lo que si la donación supera el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, debe ser autorizada por el Notario como lo estatuye el artículo 1458 del CC modificado por el artículo 1 del D. 1712 de 1989.

⁹ CSJ SC 3725 de 2021, 8 sep. 2021

La insinuación por vía notarial requiere que el **"donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal"** (artículo 1°); que la petición sea **"presentada personal y conjuntamente"** por los dos o por **"sus apoderados, ante el notario del domicilio del primero"** o del lugar que corresponda al asiento principal de sus negocios, si tuviere varios (artículo 2°); requisitos esenciales de la insinuación notarial¹⁰ cuya desatención **"conduce a la nulidad absoluta del acto, en los términos del artículo 1741 del Código Civil."**¹¹

La modificación introducida por el Decreto 1712 de 1989 del artículo 1458 del CC, no distingue que la donación tenga efectos hasta el límite del monto de la insinuación, como lo disponía la previsión original **"solo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos y será nula en exceso"**; sin embargo, el segundo inciso de la norma vigente establece que, **"Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación."**

Interpretación considerada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-6265 de 2014, **"Sobre el particular, la jurisprudencia ha sido pacífica al entender que los alcances de la modificación legislativa de 1989 no son otros que, por una parte, facultar al notario donde antes sólo podía obrar el juez, y por otra, aumentar y actualizar el parámetro cuantitativo del requisito de la insinuación; de donde acertadamente se infiere que cualquier negocio jurídico celebrado en cuantía inferior a la establecida por el legislador, o la porción de aquél que no supere dicho baremo, conserva su validez en razón a la naturaleza y finalidad de la referida exigencia."**

¹⁰ CSJ.AC 1338-2022. *«Las nuevas exigencias constituyen en requisitos ad substantiam actus de la insinuación notarial, por tratarse de formalidades indispensables para que alcance efectos jurídicos, cuya ausencia conduce a la nulidad absoluta de la donación soportada en la misma, en aplicación del artículo 1741 del Código Civil»*

¹¹ CSJ SC361-2023.

Por tanto, las donaciones que superan el tope de 50 salarios establecido en el artículo 1º del Decreto 1712 de 1989, deberán declararse nulas en todo lo que exceda dicho límite.

Coherente con lo anterior, en sentencia SC1078-2018 se pronunció frente a un fallo que reconoció la nulidad absoluta de la donación efectuada sin insinuación, señalando, ***“Así, como la nulidad ordenada por el juez de primer grado fue total y no fueron erradas las prestaciones recíprocas, hay lugar a corregir esa decisión, para en su lugar, disponer la nulidad de una fracción, esto es, en el exceso del valor permitido libremente para las donaciones, tesis contra la que, por cierto, fue montado otro de los cargos del demandante en el recurso de casación, que no fue acogido, a cuyo propósito apuntó la Corte: Sobre el particular, la jurisprudencia ha sido pacífica al entender que los alcances de la modificación legislativa de 1989 no son otros que, por una parte, facultar al notario donde antes sólo podía obrar el juez, y por otra, aumentar y actualizar el parámetro cuantitativo del requisito de la insinuación; de donde acertadamente se infiere que cualquier negocio jurídico celebrado en cuantía inferior a la establecida por el legislador, o la porción de aquél que no supere dicho baremo, conserva su validez en razón a la naturaleza y finalidad de la referida exigencia.*”**

En efecto, al analizar la cuestión y establecer la correcta hermenéutica de las disposiciones involucradas, la Sala señaló:

***“El decreto 1712 de 1989, que modificó el precepto 1458 del código civil, estatuye en su primer inciso, en lo pertinente, que ‘corresponde al Notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales...’*”**

***“Y aferrado a la letra del precedente inciso, estima el censor que la donación no insinuada que sobrepase el aludido tope es absolutamente nula en su totalidad y no, como se decretó, nula tan sólo en cuanto exceda de ese límite, aduciendo que, a diferencia del precepto 1458, la norma vigente no estatuye*”**

la validez parcial del contrato en eventos semejantes, de manera que han de aplicarse los artículos 1740 y 1741 de esa codificación que consagran la nulidad de todo el acto o contrato.

“Pero tal parece que en su labor hermenéutica no paró mientes el impugnante en el inciso 2º del referido decreto, conforme al cual ‘las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación’. Y atendidos los términos de este segundo inciso, forzoso es concluir que la nulidad por carencia de autorización sólo operará en tanto la donación exceda de esa suma, ya que lo demás sería exigir insinuación también para la cantidad menor, contrariando, ahí sí, la expresa disposición legal. (Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 2003, exp. 7593; reiterada, entre otras, en Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2010, exp. 15076).”

En conclusión, deben subsistir de manera parcial las donaciones, puesto que la nulidad sólo puede darse por el exceso, como así fue considerado en la decisión de la Corte en jurisprudencia citada.

Este Magistrado Ponente en precedentes de la Sala Primera de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, ha declarado la nulidad absoluta de la donación que no ha sido insinuada, sin embargo, para no ir en contravía del precedente de la Corte Suprema de Justicia acoge la postura decantada.

Así, el caso concreto trata de dos negocios jurídicos declarados relativamente simulados; el contenido en la escritura pública 4072 del 3 de diciembre de 2009 y en la escritura pública 2833 del 10 de septiembre de 2011; para el 3 de diciembre de 2009 fecha de la escritura pública 4072, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$496.900, valor que multiplicado por 50 da como resultado \$24.845.000, pactándose que el precio de la venta ficticia en el valor correspondiente al avalúo catastral del inmueble con matrícula 001-769437 en \$95.125.000, que supera el monto de la suma que debía declararse, por lo que era necesario para la validez de la donación cumplir con el requisito de la insinuación ante Notario; y para el 10 de

septiembre de 2011 fecha de la escritura pública 2833, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$535.600, valor que multiplicado por 50 da como resultado \$26.780.000, pactando que el precio de la venta ficticia en el valor correspondiente al avalúo catastral del inmueble con matrícula 001-769438 en \$73.926.000, que supera el monto de la suma que debía declararse, por lo que era necesario para la validez de la donación cumplir con el requisito de la insinuación ante Notario.

Conforme los apartados jurisprudenciales, los actos públicos contenidos en las escrituras de la referencia, son parcialmente nulos por falta de insinuación ante Notario en la parte que supera el equivalente a los 50 SMLMV, puesto que el valor que no sobrepase los 50 SMLMV, no requiere de la autorización por parte del Notario.

Cabe añadir que la parte actora no probó el valor comercial de los predios al momento de la celebración de los actos escriturarios; obran en el expediente dos dictámenes periciales expedidos en febrero de 2022 (con vigencia de 1 año) aportados en audiencia de conciliación celebrada el 24 de febrero de 2022, conforme los cuales la parte demandada formuló propuesta conciliatoria; sin embargo, no fueron controvertidos, no se decretaron como prueba ni datan del período exacto de los negocios cuestionados, por lo que no constituyen prueba del valor comercial.

En términos de la sentencia SC3725 de 2021, ***"no le compete al fedatario exponer el mérito que le asigna a las pruebas del valor comercial del bien, la calidad de propietario del donante y de que este conserva lo necesario para su congrua subsistencia, pues su función no es jurisdiccional, sino de guarda de la fe pública; por ende, resulta suficiente con que verifique que los contratantes aportaron elementos demostrativos que sirvan, a los ojos de un observador razonable, como evidencia fehaciente de las aludidas variables"***;

Era carga probatoria de la parte demandante acreditar el valor comercial estimado para la fecha de la suscripción de las escrituras públicas en los términos de los

artículos 164 y 167 del CGP¹²; situación que conduce a que se estime el valor catastral de los predios a dicha época (conforme lo probado), planteándose la nulidad parcial en el porcentaje que exceda conforme las siguientes premisas:

El valor del predio con matrícula 001-769437 al 2009 fue \$95.125.000; el equivalente a 50 SMLMV para la época es \$24.845.000; el valor superior corresponde a \$70.280.000; por lo tanto, si \$95.125.000 es el 100% del valor del predio, los \$24.845.000 equivalen al 26,12% y los \$70.280.000 al 73,88%; así que se declara la nulidad parcial de la donación celebrada mediante escritura pública 4072 del 3 de diciembre de 2009 quedando válida la donación del 26,12% y nula la donación del 73,88% del predio.

El valor del predio con matrícula 001-769438 al 2011 fue \$73.926.000; el equivalente a 50 SMLMV para la época es \$26.780.000; el valor superior corresponde a \$47.146.000; por lo tanto, si \$73.926.000 es el 100% del valor del predio, los \$26.780.000 equivalen al 36,22 % y los \$47.146.000 al 63,78%; así que se declara la nulidad parcial de la donación celebrada mediante escritura pública 2833 del 10 de septiembre de 2011 quedando válida la donación del 36,22 % y nula la donación del 63,78% del predio.

6.2.6 ¿Restituciones mutuas?

El artículo 1746 del CC prescribe:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...”

Los bienes donados por MARGARITA PENAGOS ESCOBAR a través de apoderado OSCAR ENRIQUE PENAGOS a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA por medio de las escrituras públicas 4072 del 3 de diciembre de 2009 y 2833 del

¹² Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

10 de septiembre de 2011 con matrículas inmobiliarias 001-769437 y 001-769438, deben regresar a la sucesión de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR en el porcentaje de 73,88% respecto del predio con matrícula 001-769437 y en el porcentaje del 63,78% el predio con matrícula 001-769438.

Como no se demostró que los inmuebles estuvieran destinados a actividad económica o se encontraran arrendados o produciendo frutos, siendo carga probatoria de la parte actora en los términos de los artículos 164 y 167 del CGP; no existe prueba de su causación, por lo que no serán reconocidos.

6.2.7 ¿Prescripción de la acción de simulación?

La demandada sociedad y el vinculado por pasiva, como excepción de mérito alegaron la prescripción de la acción, indicando que pasaron más de dos años desde la suscripción de las escrituras públicas cuestionadas hasta la presentación de la demanda.

El artículo 2512 del CC estatuye a la prescripción como **"...un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales."**

La prescripción extintiva o liberatoria, supone la falta de ejercicio de las acciones y derechos durante un tiempo determinado y su configuración se traduce en la consecuencia que debe enfrentar el acreedor por su negligencia como titular del derecho de acción.

El artículo 2535 ibíd indica, **"la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones"**, precisando que **"se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible."**

En SC1971-2022 la Corte consideró que, **"el punto de partida del plazo decenal de prescripción de la acción de simulación ejercida por una de las partes del contrato simulado coincide con la fecha de su celebración."**

El artículo 2536 del CC dispone que el término para la acción ordinaria es de 10 años, siendo la regla general que debe aplicarse en los procesos de simulación, toda vez que no están sujetos a términos más cortos de prescripción.

Como los negocios jurídicos cuestionados se celebraron en el año 2009 y 2011 y la demanda se interpuso en el 2013 no operó la prescripción de la acción, por lo que la excepción está llamada al fracaso.

6.2.8 ¿Hay lugar al reconocimiento de mejoras?

Como la sentencia de primera instancia será revocada para estimar la simulación relativa y declarar la falta de insinuación notarial en el monto que superó el equivalente a los 50 SMLMV; para mantener un equilibrio material y procesal, esta Sala de Decisión abordará el tema de las mejoras alegadas por la parte demandada.

Dice el artículo 966 del CC,

"El poseedor de buena fe, vencido, tiene así mismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda.

Sólo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa..."

Debe examinarse si la demandada INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA, de su propio peculio o con sus recursos económicos, ejecutó obras civiles que hayan aumentado el valor venal de los predios objeto de litis, para en caso positivo reconocerlas, de lo contrario, negarlas; carga de la prueba que con base en los artículos 164 y 167 del CGP recae en la demandada.

Solicitó la demandada con la contestación de la demanda el reconocimiento de mejoras realizadas sobre los predios objeto de litis; para su comprobación allegó prueba documental y solicitó la declaración de testigos.

La documental aportada da cuenta de, (1) informe de pagos por remodelación de casas, sin identificar las casas, quién realizó el pago ni a nombre de quién (expediente digital, pdf 145, cuaderno principal); (2) cuenta de cobro de GUSTAVO ALONSO ÁLVAREZ RESTREPO a INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA, con relación de precios y suministros sin identificación del predio en el cual se realizan las intervenciones (expediente digital, pdf 150, cuaderno principal); (3) constancias de transferencias bancarias a GUSTAVO ÁLVAREZ según la demandada como correspondientes a los trabajos realizados en las casas de Bolivariana (Margarita Penagos), sin que pueda constatarse a qué concepto corresponden los movimientos bancarios (expediente digital, pdf 151, 152 cuaderno principal); (4) relación total de arreglos casa de la Bolivariana sin identificarse la casa, quién realizó el pago, la relación ni a nombre de quién o si se realizaron pagos por esos conceptos (expediente digital, pdf 253 y 254, cuaderno principal); (5) contrato de suministro de vidrio templado y otros, sin identificarse a quién y en dónde se efectuó el suministro o si se realizaron pagos por esos conceptos (expediente digital, pdf 255, cuaderno principal); (6) constancia de transferencia bancaria a ARGIRO CÁRDENAS como correspondientes a trabajos de revoque "arreglos casas de Bolivariana", sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 257 cuaderno principal); (7) constancia de transferencias bancarias a nombre de Baldosas Súper Pisos, sin que pueda relacionarse los movimientos bancarios con pagos correspondientes a mejoras de los predios objeto de litis (expediente digital, pdf 258, 259 cuaderno principal); (8) constancia de transferencias bancarias a nombre de Depósitos Miranda, sin que pueda relacionarse los movimientos bancarios con pagos correspondientes a mejoras de los predios objeto de litis (expediente digital, pdf 260 a 269 cuaderno principal); (9) constancia de transferencia bancaria a GILDARDO VILLA como correspondientes a instalación del sistema de gas "arreglos casas de Bolivariana", sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 270 cuaderno principal); (10) constancias de transferencia bancaria a

GUILLERMO RESTREPO como correspondientes a trabajos de pisos “arreglos casas de Bolivariana”, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 271 a 273 cuaderno principal); (11) constancia de transferencias bancarias a JAIME AGUILAR como correspondientes a albañilería “arreglos casas de Bolivariana”, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 274 a 279 cuaderno principal); (12) constancias de transferencias bancarias a LIBARDO ORREGO como correspondientes a “eléctrico casas de Bolivariana”, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 280 a 285 cuaderno principal); (13) constancia de transferencias bancarias a JULIO HENAO como correspondientes a albañilería “arreglos casas de Bolivariana”, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 286 a 292 cuaderno principal); (12) constancia de transferencias bancarias a LIBIA DEL CÁRMEN CASTAÑEDA como correspondientes a trabajos de techo y pintura, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 293 a 299 cuaderno principal); (15) constancia de transferencias bancarias a OSCAR CARDONA como correspondientes a trabajos de plomería casas Bolivariana, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 300 a 304 cuaderno principal); (16) constancia de transferencias bancarias a ROBINSON TAPIERO como correspondientes a muros en Dry Wall trabajos en casas Bolivariana, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 305 a 309 cuaderno principal); (17) constancia de transferencias bancarias “pago servicios al constructor”, relacionando facturas no aportadas al expediente, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 310 a 361 cuaderno principal);(18) constancia de transferencias bancarias a WALTER HENAO como correspondientes a trabajos de ventanería en casas Bolivariana, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 362 a 365 cuaderno principal); y (19) constancia de transferencias bancarias relacionadas por la demandada con “instalación gas casa Bolivariana primer piso”, sin que pueda constatarse a qué concepto corresponde el movimiento bancario (expediente digital, pdf 366 cuaderno principal).

Como la demandada desistió de los testimonios solicitados para la comprobación de los hechos que soportaron su petición de mejoras; las declaraciones de los sucesores procesales, apunta a que fueron los hermanos directamente y no la sociedad quienes hipotéticamente realizaron las mejoras; y los documentos arrojados no arrojan certeza de la relación de los egresos con las construcciones, suministros y servicios relacionados; no hay prueba de su existencia; no hay registros contables; no hay certeza que lo pagado fue a través de las cuentas de la sociedad y con dineros de la sociedad; así que radicada como se encuentra la carga de la prueba en la peticionaria de mejoras conforme la regla prevista en el artículo 167 del CGP al disponer que, "**Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**"; y sin que de acuerdo con la apreciación de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica (artículo 176), se acreditaran las mejoras pretendidas; por tanto, esta Sala de Decisión Civil no reconocerá mejoras en favor de la sociedad.

En **síntesis**, probada la simulación relativa de los negocios jurídicos contenidos en las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín) y la nulidad absoluta de las donaciones en lo que excedieron los 50 SMLMV de los predios con matrículas inmobiliarias 001-769437 y 001-769438 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín realizadas por OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR, se REVOCARÁ la sentencia del 9 de noviembre de 2023, ordenándose la cancelación de las anotaciones 4° del folio 01-769438 y 2° del folio 001-769437; la restitución de los porcentajes de los predios en favor de la sucesión de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR; sin reconocimiento ni de frutos ni de mejoras.

7. COSTAS

De conformidad con lo establecido por los numerales 1 y 4 del artículo 365 del CGP y ante la revocatoria de la sentencia de primera instancia, se impone condena en

costas en primera y segunda instancia a cargo de la parte demandada y en favor de la recurrente.

8. AGENCIAS EN DERECHO

Se fijan como AGENCIAS EN DERECHO a cargo de la parte demandante – apelante y en favor de la demandada, en el equivalente a DOS (2) SMLMV.

DECISIÓN

La **SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Por las razones expuestas, se **REVOCA** la sentencia del 9 de noviembre de 2023; en consecuencia.

SEGUNDO: Se **DECLARA LA SIMULACIÓN RELATIVA** de las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín), porque los negocios allí plasmados, corresponden a **DONACIONES** realizadas por OSCAR ENRIQUE PENAGOS GARCÉS en nombre de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR en favor de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA.

TERCERO: Se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DE LA INSINUACIÓN NOTARÍAL DE LAS DONACIONES** contenidas en las escrituras públicas N° 4072 del 3 de diciembre de 2009 y N° 2833 del 10 de septiembre de 2011 (ambas de la Notaría 6 del Círculo de Medellín), en lo que excede el equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES; generándose **NULIDAD PARCIAL DE LAS DONACIONES** en el monto que extralimitó el

equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, como se consideró en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: OFÍCIESE a la NOTARÍA 6 DEL CÍRCULO DE MEDELLÍN y a la OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE MEDELLÍN - ZONA SUR para los fines legales de las SIMULACIONES RELATIVAS y de las NULIDADES PARCIALES.

QUINTO: Se **ORDENA LA RESTITUCIÓN** del 73,88% del predio con matrícula 001-769437 y del 63,78% del predio con matrícula 001-769438, en favor de la sucesión de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR.

SEXTO: Se **NIEGA EL RECONOCIMIENTO DE MEJORAS** en favor de INVERSIONES ASTURIAS DE URABÁ SA y se niega **LA RESTITUCIÓN DE FRUTOS** en favor de la sucesión de MARGARITA PENAGOS ESCOBAR.

SÉPTIMO: Se **CONDENA** en **COSTAS** en primera y segunda instancia a la parte demandada y en favor de la recurrente.

OCTAVO: Se fijan como **AGENCIAS EN DERECHO** a cargo de la parte demandada y en favor de la recurrente, en el equivalente a DOS (2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE

LOS MAGISTRADOS



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

"Al servicio de la Justicia y de la Paz Social"

LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

MARTHA CECILIA LEMA VILLADA