

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia  
Sala de Casación Civil*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente:  
**ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**

Bogotá, D.C., Treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011).-

Ref.: 05001-3103-005-2000-00229-01

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandado **EDUARDO DE JESÚS RESTREPO VÉLEZ** contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, dentro del proceso ordinario que los señores **AMPARO** y **OSCAR RESTREPO VÉLEZ**, éste último sustituido por el señor **EDUARDO RESTREPO ÁLVAREZ**, promovieron en contra de la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA S. EN C.**, las señoras **OLGA MARÍA DE LA CANDELARIA URIBE DE RESTREPO**, **MARCELA RESTREPO URIBE** y **CLAUDIA RESTREPO URIBE**, los **HEREDEROS DETERMINADOS** de las señoras María Gabriela Restrepo Vásquez y María Joaquina Restrepo Viuda de López, señores **EDUARDO DE JESÚS**, **ALBERTO** y **MARÍA CLARA RESTREPO VÉLEZ**, y los **HEREDEROS INDETERMINADOS** de las citadas causantes.

## ANTECEDENTES

1. En el escrito con el que se dio inicio al litigio, que obra del folio 70 al 76 del cuaderno No. 1, se solicitó, en esencia, que se declarara “que la voluntad real de las partes” contenida en las escrituras públicas Nos. 4887 de 10 de diciembre de 1996, 795 de 31 de marzo de 1997 y 528 de 8 de marzo de 1999, otorgadas, la primera, ante la Notaría Once de Medellín, y las restantes ante la Notaría Novena de esa misma ciudad, “fue la de transferir a título gratuito y no oneroso” los bienes inmuebles enajenados mediante dichos instrumentos.

Adicionalmente, los demandantes reclamaron que se decretara la “nulidad de los actos reales, por cuanto con estos se viola el precepto legal que dice que la donación o transferencia a título gratuito, debe estar precedida de la insinuación”; que se condenara a los demandados “a restituir a la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**” los bienes sobre los que esos negocios jurídicos versaron o, en su defecto, su valor comercial; y, finalmente, que se cancelaran los respectivos registros en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes.

2. Las referidas pretensiones se soportaron en los hechos que pasan a compendiarse.

2.1. La sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.** se constituyó por escritura pública No. 546 de 8 de febrero de 1983, otorgada ante la Notaría 15 de Medellín, y luego de varias reformas, en definitiva, tienen la calidad de socios comanditarios las siguientes personas: Amparo del Socorro Restrepo Vélez, María

Clara Restrepo Vélez, Alberto María Restrepo Vélez, Oscar Antonio Restrepo Vélez y Eduardo de Jesús Restrepo Vélez, cada uno con 240 cuotas de participación en su capital social, por valor de \$240.000.00, para un total de \$1.200.000.00.

2.2. La señora María Gabriela Restrepo Vásquez fungió como socia gestora de **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA S. EN C.** y, en tal condición, esto es, actuando en representación de la sociedad, vendió a la también socia gestora María Joaquina Restrepo Viuda de López de Mesa, mediante la escritura pública No. 4887 de 10 de diciembre de 1996, el apartamento No. 1001 y el “secadero” No. 9 del edificio “Aburrá”, cuyas características y linderos se precisaron en el libelo introductorio.

2.3. A su turno, María Joaquina Restrepo Viuda de López de Mesa, en representación de la citada persona jurídica, vendió a María Gabriela Restrepo Vásquez el inmueble ubicado en la calle 50 No 52-47 de la ciudad de Medellín, igualmente identificado en la demanda, negocio jurídico que consta en la escritura pública No. 795 de 31 de marzo de 1997.

2.4. El socio comanditario Eduardo de Jesús Restrepo Vélez, habilitado por el poder especial que le confirió la señora María Gabriela Restrepo Vásquez, transfirió en venta el inmueble anteriormente señalado a su cónyuge Olga María de la Candelaria Uribe de Restrepo y a sus hijas Marcela Restrepo Uribe y Claudia Restrepo Uribe, acto que se consignó en la escritura pública No. 528 de 8 de marzo de 1999.

2.5. Los contratos de compraventa antes mencionados fueron simulados en perjuicio de la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**, que no recibió dinero alguno, según lo reconoció el mismo Eduardo de Jesús Restrepo Vélez en diligencia de inspección judicial practicada por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Medellín.

2.6. Los negocios jurídicos cuestionados contravinieron el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que impone a los administradores la obligación de actuar de buena fe y “abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos en los cuales exista conflicto de intereses”, lo que armoniza con el artículo 839 del Código de Comercio.

2.7. Las socias gestoras, en ejercicio de sus atribuciones como representantes legales, perjudicaron a los socios comanditarios y desplegaron una serie de maniobras fraudulentas para esquilmar sus intereses, hasta el punto de impedir la inspección de los libros y documentos de contabilidad, no repartir utilidades y falsear un acto de la asamblea de socios.

2.8. La sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.** entró en causales de disolución y liquidación, motivo por el cual se presentó la demanda de rigor ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

3. La precitada autoridad judicial, a la que también correspondió el conocimiento del presente asunto, admitió la demanda con auto del 23 de junio de 2000, que notificó por intermedio de curador *ad litem*, previo emplazamiento, a Olga María de la Candelaria Uribe de Restrepo, Marcela Restrepo Uribe y Claudia Restrepo Uribe, conforme diligencia realizada el 8 de junio de 2001 (fl. 123, cd 1). El auxiliar de la justicia, en uso del traslado concedido, se opuso a las pretensiones del escrito con el que se dio inicio a la controversia, se pronunció de distinta forma sobre sus hechos y formuló las “excepciones de mérito” que denominó “[f]alta de [l]egitimación en la [c]ausa por [p]asiva” y “[f]alta de [i]ntegración del [c]ontradictorio”.

4. En ese estado del proceso, el juzgado, mediante auto de 21 de agosto de 2003, atendió la petición de la parte actora de vincular al trámite a los señores Alberto, María Clara y Eduardo de Jesús Restrepo Vélez, en su condición de herederos determinados de María Gabriela Restrepo Vásquez y María Joaquina Restrepo Viuda de López de Mesa (fl. 180, cd. 1).

En esa misma providencia, el *a quo* dispuso tener por notificado del auto admisorio de la demanda al último de los convocados, “por conducta concluyente”, toda vez que el 15 de abril de 2002 ya se le había enterado personalmente dicho proveído (fl 142, cd. 1). Eduardo Restrepo Vélez, oportunamente y por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, pidió que se negara el acogimiento de las súplicas en ella elevadas, aludió a sus hechos de diversa manera y propuso las “excepciones de fondo” de “[f]alta de [l]egitimación en la [c]ausa” y “[s]er lícitos los actos”.

María Clara y Alberto Restrepo Vélez acudieron a notificarse personalmente del auto admisorio el 2 de septiembre de 2003 (fl. 181, cd. 1) y, por escrito, se allanaron a las pretensiones de la demanda (fls. 195 a 198, cd. 1).

5. Emplazados los herederos indeterminados de María Gabriela Restrepo Vásquez y María Joaquina Restrepo Viuda de López de Mesa, se les designó curador *ad litem*, con quien se surtió el enteramiento personal del tantas veces mencionado proveído admisorio, en diligencia que tuvo lugar el 16 de junio de 2003 (fl. 312, cd., 1), habiendo guardado silencio en el término del traslado.

6. Agotada la instancia, el *a quo* la clausuró con sentencia del 28 de noviembre de 2007, en la que desestimó las “excepciones de mérito” propuestas; “accedió parcialmente a las pretensiones”; en consecuencia, declaró, por una parte, la simulación relativa de todos los contratos de compraventa cuestionados y, por otra, la nulidad absoluta de las donaciones ocultas tras esos actos aparentes; y dispuso oficiar a las correspondientes notarías y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que tomaran nota de lo así decidido.

Igualmente, ordenó a las codemandadas Olga María de la Candelaria Uribe de Restrepo, Marcela Restrepo Uribe y Claudia Restrepo Uribe restituir a la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.** el “inmueble identificado con matrícula No 01N-325798”; negó la restitución de “los inmuebles de matrículas Nos 01N-024353 y 01N-0294354”, ya que estos fueron

adquiridos por Marcela y Claudia Restrepo Uribe por medio de la escritura pública No 1804 de 28 de julio de 1999, corrida ante la Notaría Novena de Medellín, sin que dicho contrato hubiese sido objeto de las pretensiones aquí definidas; y desestimó las restantes pretensiones.

7. En virtud del recurso de apelación que el codemandado Eduardo Restrepo Vélez promovió contra el comentado pronunciamiento, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el suyo, que data del 4 de marzo de 2009, optó por confirmar las decisiones concernientes con la improsperidad de las excepciones de merito; el éxito parcial de las pretensiones, en lo que atañe a la declaración de simulación relativa; la existencia de las donaciones ocultas en los contratos simulados y su nulidad absoluta en cuanto a lo que exceda el monto que requiere de insinuación; y el fracaso de las demás peticiones.

En ese orden de ideas, modificó el numeral 6.2.3. de la sentencia de primer grado, en lo referente a la orden de restitución allí contenida, para en su lugar disponer que “será simbólica y en proporción del 92.41%” del correspondiente inmueble; y la adicionó, “ordenando a las demandadas, compradoras simuladas, a restituir a la sociedad, en la misma proporción del 92.41%, las sumas de dinero señaladas en el acápite 10 de esta providencia, debidamente indexadas (...) entre la fecha de causación y la fecha del pago”, a título de frutos.

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Para arribar a las anteriores conclusiones, el *ad quem*, delantadamente, estableció que los demandantes ostentan legitimación en la causa para plantear a la jurisdicción las pretensiones reseñadas, pues, en su concepto, ellos, “aunque por la manera como están expresados los hechos de la demanda”, pareciera que hubieren accionado “para sí”, en realidad lo hicieron “para la sociedad de la cual son socios”, por cuanto así lo revela la pretensión tercera del libelo introductorio, en la que solicitaron la restitución de los inmuebles implicados en las negociaciones aquí controvertidas en favor de **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**, aserto que apoyó con la citación textual de doctrina y jurisprudencia relativa a la naturaleza personal que reviste la acción de simulación y a la necesidad de dirigirla contra todos los que intervinieron en la celebración de los actos fingidos.

2. En torno de la simulación, también desde la perspectiva doctrinal, señaló que es elemento *sine qua non* de su estructura, “el acuerdo de las partes en el propósito de engañar”; que “admite varias especies atendiendo bien a los fines propuestos, ora a su naturaleza”, o a “su extensión”; y que “[p]or lo primero, podrá ser lícita o ilícita”, “por lo segundo, (...) absoluta o relativa” y, por lo último, “total o parcial”.

3. Seguidamente el Tribunal pasó a resaltar que en el caso *sub judice* la pretensión “se enmarca en el campo de la simulación absoluta”; que era a los demandantes a quienes

correspondía acreditarla; y que “pocas veces, como en esta, la prueba de la discordia entre la voluntad real y la manifestada resulta fácilmente adosada”, aserto que soportó en las siguientes apreciaciones fácticas:

3.1. Al responder la demanda, el señor Eduardo de Jesús Restrepo Vélez confesó que los actos escriturarios impugnados no contenían compraventas reales, aceptación que al provenir de quien actuó en uno de los contratos cuestionados, resulta de cardinal importancia.

3.2. En el interrogatorio de parte absuelto por ese mismo accionado, éste especificó que la compradora Olga María Uribe de Restrepo carecía de capacidad de pago; que los desembolsos no existieron; que el apartamento fue vendido; y que el local, para la fecha de la audiencia, se encontraba arrendado por la suma de \$4.500.000.00.

3.3. Olga María Uribe de Restrepo “también fue clara en indicar que ninguna transacción se efectuó, ni ella o sus hijas pagaron dinero alguno, tampoco recibió de Gabriela”, ya que esta última celebró la compraventa por temor a que su sobrino Eduardo faltara, lo que la motivó a traspasar los bienes a la cónyuge e hijas de aquel, sin que en vida ella se hubiese despojado de la tenencia material del inmueble y del usufructo del local, afirmaciones que corroboró Claudia Restrepo Vélez.

4. Llegado a ese punto, el Tribunal destacó que mientras “el *a quo* calificó la situación como la existencia real de

donaciones a título gratuito -sic- y declaró, en consecuencia, la nulidad absoluta de las mismas por ausencia de insinuación”, el material probatorio aquí recaudado, en cambio, demostró “que no hubo intención de la sociedad (...) de despojarse de la titularidad del dominio de los bienes inmuebles, (...), a favor de las codemandadas, sólo que Gabriela, mujer soltera de 90 años de edad, tenía en mente proteger el que consideraba su patrimonio hasta el momento de su fallecimiento, y por eso traspasó -simuladamente claro está- los bienes a la esposa e hijos de su sobrino Eduardo de Jesús”, de lo que coligió que ella no tenía intención de donar sino de “garantizar su futuro”.

Seguidamente el mencionado sentenciador observó que “[a] pesar de lo anterior, no puede la Sala modificar la sentencia de primera instancia en tanto se expresó al final de la pretensión primera que los actos fueron a *‘título gratuito’*, y en segundo lugar porque se está en presencia de un apelante único, a quien se le ha de garantizar la no reforma en peor”.

5. Puestas así las cosas, el Tribunal pasó a concentrarse en los efectos de “la llamada *‘donación a título gratuito’* que encontró probada el *a quo*” y sobre el particular sentó las precisiones que pasan a compendiarse.

5.1. Coligió que el juzgado del conocimiento realizó una indebida interpretación del artículo 1458 del Código Civil, modificado por el Decreto 1712 de 1989, toda vez que “[l]a insinuación se torna necesaria para donaciones superiores a 50 salarios mínimos mensuales vigentes al momento del acto, luego

hasta ese tope la donación es válida”, premisa de la que infirió, frente a la escritura No. 4487 de 10 de diciembre de 1996, que la donación es válida hasta la suma de \$7.106.250.00 y nula en el exceso; y en relación con la escritura No. 795 de 31 de marzo de 1997, que “es válida hasta la suma de \$8.600.250.00, con respecto a un total de \$113.279.000.00, que es el valor señalado en el mismo acto, de tal manera que la adquirente sólo se hizo propietaria de una cuota del 7.59% y la sociedad continuó siéndolo del 92.41%”.

5.2. En cuanto hace al negocio contenido en la escritura pública No. 528 del 8 de marzo de 1999, puntualizó “que Gabriela Restrepo Vásquez únicamente podía donar a Olga María de la Candelaria Uribe de Restrepo, Marcela Restrepo Uribe y Claudia Restrepo Uribe, el derecho que válidamente adquiriría, 7.59%, y, en consecuencia, tienen derecho a conservar ese derecho pro indiviso sobre el inmueble”.

5.3. Fruto de lo anterior, mantuvo la orden de restitución del inmueble al que corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No 01N-325798, “todavía en cabeza de Olga María de la Candelaria Uribe de Restrepo, Marcela Restrepo Uribe y Claudia Restrepo Uribe, quienes resultan, en razón de las declaraciones aquí contenidas, comuneras de la sociedad, (...), pero de manera simbólica, dicho sea de paso del 92.41%”.

6. Por otra parte, el sentenciador determinó la restitución de frutos en favor de los accionantes, “aunque no se solicitaron en la demanda, ni el *a quo* dispuso lo pertinente, ante la

declaratoria de simulación relativa, la que se confirma en esta instancia”, toda vez que estimó que “no opera la regla prohibitiva al juzgador de segundo grado, de hacer peor la situación jurídica del apelante único”, porque “se torna lógico y jurídico que a la declaratoria de simulación relativa proceda no sólo la restitución del inmueble objeto del acto simulado, simbólicamente como se dispuso, sino también [de] los frutos producidos por el local comercial durante el tiempo que el bien permanece[za] en poder de las compradoras simuladas, sólo así conserva[ría] consistencia la declaración efectuada y es completa e inmediata su efectividad, evit[á]ndo[se un] juicio ordinario posterior para obtenerlos”, frutos que cuantificó en los valores señalados en los folios 46 a 48 del Cuaderno del Tribunal.

7. Finalmente, acometió el estudio de la excepción de mérito denominada “[s]er lícitos los actos” cuestionados, formulada por el demandado Eduardo de Jesús Restrepo Vélez con fundamento en que con dichas transferencias se retornaban las cosas a su genuina realidad, puesto que el acto en verdad simulado fue la escritura de constitución de la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**, mecanismo defensivo que el *ad quem* desestimó, habida cuenta que, en su concepto, según se desprende del artículo 118 del Código de Comercio, “es imposible la simulación entre partes que están en sociedad”, ya que tal precepto “cierra las puertas al 1766 del Código Civil”, al no permitir prueba de ninguna clase que refute el tenor de las escrituras que constituyen, extinguen o reforman una sociedad, para justificar la existencia de pactos ocultos entre los socios.

## **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Cinco cargos propuso el recurrente, en procura del derrumbamiento de la sentencia combatida. El primero y el segundo, se afincaron en las causales cuarta y quinta del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente; mientras que los restantes, en la causal primera.

La Corte se ocupará delanteriormente y en forma conjunta de los primeros, como quiera que similares razones guiarán su definición; seguidamente centrará su atención en las acusaciones tercera y cuarta, que también aunará, habida cuenta que en ambas se cuestionó la legitimidad de los demandantes; y, finalmente, desatará el cargo quinto, concerniente con la naturaleza y demostración de la simulación declarada por los sentenciadores de instancia.

### **CARGO PRIMERO**

1. Con respaldo en la causal cuarta de casación, el recurrente denunció la sentencia del Tribunal porque hizo “más gravosa la situación de la parte que apeló, no habiendo apelado la otra, ni adherido a la apelación”, y sin que hubiese consistido en “la revocación de [una] sentencia inhibitoria”.

2. Para su demostración, el censor adujo, en concreto, que el *a quo* no efectuó “ninguna condena (...) en cuanto a frutos, pues estos ni siquiera se pidieron en la demanda, no se probaron en la primera instancia y, no obstante tratarse de una pretensión consecencial legal, no fueron objeto de

pronunciamiento por parte del juzgado”; que el fallo inicialmente proferido en el proceso, fue apelado solamente por la parte demandada; y que el Tribunal, luego de decretar la práctica de algunas pruebas decretadas de oficio, dirigidas a la demostración de los frutos, al desatar la alzada adicionó el proveído recurrido para condenar al extremo demandado “a pagar unos costosos frutos” que, reiteró, “no habían sido objeto de la sentencia que no apeló el demandante”.

3. Luego de reproducir las consideraciones que en pro de dicha condena esgrimió el Tribunal y de hacer referencia a los requisitos necesarios para que acaezca el quebranto de la prohibición de la reforma en perjuicio, el impugnante descartó que el pronunciamiento que combate se pueda ubicar en alguna de la excepciones que la jurisprudencia de esta Corte tiene definidas en frente de esa restricción, es decir, “que la enmienda no obedezca a una necesidad impuesta por razones de carácter lógico o jurídico atinentes a la consistencia misma del pronunciamiento jurisdiccional y a su completa efectividad inmediata, evitando tener que remitirse a nuevas actuaciones posteriores”, por las razones que pasan a compendiarse:

3.1. La circunstancia de que “prosperare la pretensión de simulación relativa”, la de nulidad del acto encubierto y, como consecuencia de ello, la de restitución del bien materia de la respectiva negociación y, en cambio, no se abra paso la condena al pago de frutos, es una hipótesis que no raya en lo ilógico, ni torna contradictoria la sentencia en la que se adopten esas determinaciones, puesto que, por una parte, “es factible que no se prueben los frutos, o la mala fe, o que se transija o que se desista

de ella o que, simplemente, no haya frutos probados en el juicio” y, por otra, “[n]o hay una simbiosis necesaria entre la nulidad y la condena en frutos”, toda vez que esta última “refiere a un asunto económico distinto de la nulidad” y de la “restitución del bien negociado”.

3.2. Habida cuenta de la naturaleza económica de pretensión al pago de frutos, que la hace “disponible” para la parte, “debe entenderse que al no ser incluida en la sentencia de primera instancia, y al no haber apelado el demandante, quedó satisfecha sin su prosperidad. Sería la renuncia a reclamar frutos, y el Tribunal no debería entrometerse en la voluntad de la parte, para dar lo que no estaba pidiendo, lo que no quería”.

3.3. Tampoco es verdad que con el controvertido pronunciamiento, el *ad quem* le haya evitado “al demandante la necesidad de ir a otro juicio, de tipo ordinario, a reclamar los frutos”, ni que con él hubiese garantizado la “eficacia o efectividad” del respectivo fallo, lo primero, por cuanto el silencio guardado por el juzgador de primera instancia, entendido como una negativa implícita a imponer el pago de frutos, hizo “transito a cosa juzgada” y, lo segundo, debido a que las “adiciones que puede hacer el juez Ad Quem y que agraven la situación del apelante único, son aquellas necesarias para poder ejecutar las resoluciones que ya hubiese adoptado el juez A Quo, es decir, decisiones que permitan originar un procedimiento ejecutivo jurisdiccional o administrativo para no dejar ‘meramente escritas’ las determinaciones del juez de primera instancia”, condición que no se avizora en el caso de la combatida condena al pago de frutos.

4. Al final de la acusación, su proponente destacó que “[e]s claro entonces, que la sentencia está inmersa en la causal cuarta de casación y por eso debe ser quebrada, como lo pido con todo respeto”.

## **CARGO SEGUNDO**

1. Por la senda de la causal quinta de casación, el recurrente denunció que en el presente asunto se incurrió en la causal de nulidad tipificada en el numeral 3º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por **“haber[se] pretermitido íntegramente una instancia”**.

2. Para demostrar el cargo, con apoyo en que la “pretensión de condena en frutos es una consecuencia legal, de oficioso pronunciamiento, cuando se formula una pretensión reivindicatoria como la presentada en la demanda”, y en que, por lo tanto, en el *sub lite* correspondía al juez del conocimiento decidir ese aspecto de la controversia, lo que no hizo, el censor adujo que de entenderse que el silencio que sobre el particular guardó dicha autoridad significó su abstención de desatar tal problemática, “el Tribunal no podía resolverla en la sentencia de segunda instancia, sin que se hubiere resuelto primero por el A Quo”.

3. Luego de reproducir el contenido del numeral 3º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, añadió que “si el juez A Quo no decidió sobre frutos, no hubo debate ni resolución sobre esa pretensión en primera instancia, por lo que el Tribunal, lo que debió hacer, fue actuar de conformidad con el artículo 358

[*ibídem*], es decir, que debió devolver el expediente para que el juez de primera instancia resolviera los extremos litigiosos que aún no se habían resuelto, en el caso particular o concreto, para que resolviera sobre la condena a pagar frutos”.

4. Para finalizar resaltó que, no obstante lo anterior, el *ad quem* “optó por resolver de una vez este asunto de los frutos, omitiendo devolver la competencia al inferior, que era la conducta que siendo legal, garantizaba el principio de la doble instancia”, y que de esta manera “[c]ercenó (...) una instancia al debate de los frutos y con ello dio paso a la nulidad alegada”.

## CONSIDERACIONES

1. En esencia, la inconformidad planteada por el recurrente en los dos cargos precedentemente compendiados, gravita en torno de una misma cuestión: la adición oficiosa que del fallo de primera instancia efectuó el Tribunal, para imponer, *motu proprio*, una condena al pago de frutos.

2. Teniendo como blanco de ataque esa determinación, el censor, en el cargo primero, a la luz de la causal cuarta de casación, le reprochó a la sentencia del *ad quem* haber hecho más gravosa la situación del apelante único y, en el segundo, denunció la incursión del proceso en la nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por haberse pretermitido íntegramente una instancia en cuanto hace a ese preciso aspecto de la controversia.

3. En relación con todos y cada uno de los motivos que, respecto del recurso extraordinario de casación, contempla el artículo 368 de la obra en precedencia citada, la Corte tiene establecido que *“es requisito indispensable que la parte que por esa vía recurre, tenga interés en la impugnación (G.J. Tomo LXIV, pág. 792), es decir, que frente a la resolución cuya infirmación se propone obtener, considerada esta última desde el punto de vista de sus efectos prácticos determinados por las providencias en ella adoptadas por el órgano jurisdiccional en orden a juzgar sobre el fundamento del litigio, ha de encontrarse dicho recurrente en una relación tal que le permita conceptuarse perjudicado y así justificar su actuación encaminada a pedir la tutela que el recurso de casación dispensa. Significa esto que el interés del cual viene haciéndose mérito está dado por el vencimiento total o parcial que para la parte representa el contenido decisorio del fallo definitivo de instancia, vencimiento que según definición prohijada por autorizados expositores (...) se resuelve en el contraste concreto entre ese contenido y el interés desplegado por quien recurre durante el curso del proceso, desde luego en la medida en que no haya renunciado a hacer valer ese interés, de manera pues que el vencimiento está fincado en la lesión actual, clara y terminante que la sentencia discutida le ocasiona”* (Cas. Civ., sentencia de 7 de septiembre de 1993, expediente No. 3475, G.J. T. CCXXV, No. 2464, pág. 433).

4. A su turno, la Corporación, en lo tocante con las nulidades procesales, ha señalado que están sometidas a los principios *“de especificidad, según el cual las causas para ello sólo son las expresamente fijadas en la ley; de protección, relacionado con el interés que debe existir en quien reclame la*

anulación, emergente del perjuicio que el defecto le ocasione, y de convalidación, que determina que sólo son declarables los vicios que no hayan sido, expresa o tácitamente, saneados por el interesado” (Cas. Civ., sentencia de 6 de julio de 2007, expediente No. 1989-09134-01; se subraya).

Dable es, por consiguiente, sostener que las nulidades procesales corresponden al remedio establecido por el legislador para que las partes y, en ciertos casos, los terceros, puedan conjurar los agravios irrogados a sus derechos por actuaciones cumplidas en el interior de un proceso judicial, instituto que, por ende, es restringido, razón por la que opera únicamente en los supuestos taxativamente determinados por la ley, y al que sólo pueden recurrir las personas directamente afectadas con el acto ilegítimo, siempre y cuando no lo hayan convalidado expresa o tácitamente.

5. Descendiendo a los dos cargos que ahora se analizan, aflora ostensible la falta de interés del recurrente en casación para proponerlos, toda vez que la específica decisión en ellos combatida, se repite, la condena al pago de frutos que el Tribunal impuso, no irroga ninguna afectación a sus derechos, en la medida en que en la parte considerativa del fallo impugnado se precisó que “Olga María de la Candelaria Uribe de Restrepo, Marcela Restrepo Uribe y Claudia Restrepo Uribe, deben restituir en la misma proporción antes señalada, 92.409% (sic) los frutos producidos desde el 8 de marzo de 1999” y, en consonancia con ello, en la resolutive se ordenó “a las demandadas, compradoras simuladas, (...) restituir a la sociedad, en la misma proporción del

92.409% (sic) la sumas señaladas en el acápite 10 de esta providencia, debidamente indexadas de acuerdo a la pérdida del poder adquisitivo del peso, entre el momento de su causación y la fecha del pago a la sociedad”.

6. Se sigue de la precedente observación, simple pero contundente, que la referida condena en nada afectó al recurrente en casación, codemandado Eduardo de Jesús Restrepo Vélez, pues ella le es por completo ajena, y que, por lo mismo, no le asiste interés legítimo para pretender su derrumbamiento, por ninguna de las dos vías de impugnación extraordinaria que escogió -causales cuarta y quinta de casación-.

7. Los cargos, por lo tanto, no prosperan.

### **CARGO TERCERO**

1. Al abrigo de la causal primera de casación, se denunció la sentencia del Tribunal de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 822 del Código de Comercio, 1443, 1458, 1740, 1741, 1746 y 1766 del Código Civil; y, por falta de aplicación, los artículos 1602 del Código Civil, 98, 99, 196, 323, 326, 327, 337 y 341 del Código de Comercio, 22 de la Ley 222 de 1995, y “la construcción jurisprudencial sobre legitimación en la causa o titularidad subjetiva de la acción de simulación que ha hecho la H. Corte Suprema de Justicia”.

2. En pro de la demostración del cargo, su gestor delantadamente expuso que fueron demandantes en el proceso los

señores Amparo y Oscar Restrepo Vélez, quienes adujeron su condición de socios comanditarios de la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**, y demandados la citada sociedad, los herederos determinados e indeterminados de las señoras María Gabriela y María Joaquina Restrepo Vásquez y las señoras Olga María de la Candelaria Uribe, Marcela y Claudia Restrepo Uribe.

Tras comentar el contenido de los hechos del libelo introductorio, el impugnante advirtió que “[l]os socios que comparecieron a demandar a la sociedad, evidentemente estaban en contraposición con ella, con la sociedad, y, por ende, la citaron como demandada al juicio” y que “[l]a demanda muestra dos socios comanditarios que quieren quebrar actos de disposición de la sociedad, en los que actuó por los conductos legales”.

3. Seguidamente, con reproducción parcial de apartes de las motivaciones del fallo de segunda instancia, el censor destacó que, pese a lo anterior, el *ad quem* definió “que la sociedad ‘**Restrepo Vásquez & Cía. S. en C.**’ en realidad no era DEMANDADA en el juicio sino que era DEMANDANTE”, lo que explica que en ese proveído se hicieran pronunciamientos en los que la citada persona jurídica recibió “un enorme beneficio que NO HA PEDIDO”.

Añadió que la citada sociedad, como en un principio lo reconoció el mismo Tribunal, fue demandada en el proceso, según se infiere con claridad del libelo introductorio, pues allí se le citó como tal, “es decir, como sujeto que comparece con interés en que no prosperen las peticiones o súplicas de la demanda y que tiene interés en mantener los negocios jurídicos que realizó incólumes”.

Empero, como consecuencia del entendimiento que el *ad quem* hizo de ese escrito, resultó que dicha accionada se tornó en demandante y, en tal posición, triunfó en el proceso.

4. Así las cosas, el impugnante señaló que la interpretación que de la demanda efectuó el Tribunal, es “inaudita y forzada”, “excede todos los límites de la lógica” y constituye un “evidente error de hecho”, puesto que si esa autoridad no hubiese “alterado o trastocado la posición de los sujetos procesales en la pretensión y en la relación jurídica procesal, convirtiendo un demandado en demandante”, habría llegado a una decisión completamente distinta de la que adoptó, como quiera que, en la medida que, al tener como actores únicamente a quienes en verdad promovieron el litigio, su conclusión hubiere sido “que ellos, las personas naturales que comparecieron como socios, carecían de legitimación en la causa para impugnar los actos y negocios que sometieron a juicio”.

5. Puntualizó que los señores Amparo y Oscar Restrepo Vélez no fueron parte en los contratos materia del litigio y que, por lo tanto, “en su calidad de personas naturales, carecían de la acción de simulación para atacarlos”, ya que dicha acción “es exclusiva de las partes contratantes, esto es, de la sociedad y de cada uno de los que contrató con ella”, sin que en el caso de los actores, se evidencie su interés como terceros, conforme lo señaló la Corte en el fallo que parcialmente reprodujo.

Explicó que en el ámbito patrio “los socios no tienen (...) un interés jurídico protegido por el legislador que les permita cuestionar, debatir, reclamar simulaciones de los actos o negocios

jurídicos que realiza la sociedad”, en la medida en que carecen de “un derecho que resulte ‘impedido o perturbado por el acto simulado’”, el que sólo se materializaría “después de la disolución de la sociedad”, habida cuenta del principio de la total independencia de la persona jurídica y sus socios y porque, de lo contrario, se impediría a las sociedades cumplir su objeto, lo que se hace muy patente en las sociedades anónimas y, particularmente, en las sociedades comanditas simples (sic), al estar conformadas por socios gestores, que son sus representantes legales y responden con todo su patrimonio, y por socios colectivos, “ajenos según la ley comercial (artículos 323, 326, 327 y 341 del Código de Comercio) a todo tipo de representación social e injerencia en la determinación de los actos o negocios jurídicos de la sociedad”.

6. En la culminación del cargo el censor insistió en el quebranto de las normas que inicialmente señaló y observó que “[l]a parte resolutive del fallo, otorgó derechos subjetivos a la sociedad demandada, y lo hizo porque el Tribunal la convirtió en demandante so pretexto de interpretar la demanda”, con lo que “violó las normas sustanciales tal y como ya se indicó en este cargo y, en consecuencia, por estar incurso en la causal primera de casación, consagrada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia debe ser casada, como lo pido”.

## **CARGO CUARTO**

1. También con apoyo en la causal primera de casación, el impugnante censuró el fallo de segundo grado por haber quebrantado directamente, por interpretación errónea, los

artículos 1766 del Código Civil y 267 del Código de Procedimiento Civil.

2. Explicó el promotor del reproche que el *ad quem*, al confirmar la sentencia estimatoria de primera instancia, reconoció legitimidad en la causa a los demandantes, pese a ser terceros a los contratos en relación con los cuales solicitaron que se declarara su fingimiento, sin tener en cuenta que son “requisitos para poder tener derecho a proponer la acción de simulación”, según jurisprudencia de esta Corte, los siguientes: “[t]ener un interés legítimo en que prevalezca el acto oculto (es decir que esté protegido por la ley)”; “[q]ue el actor actualmente sea titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible”; y “que en cada caso particular debe hacerse un análisis y deducción de la relación procesal de que se trate”.

3. Tras advertir que este cargo se dirige a resolver “[q]uién es titular de la acción de simulación contra un contrato en el que fue parte una sociedad en comandita simple”, el impugnador se ocupó de analizar si los socios de la misma están revestidos de esa facultad y, para ello, evaluó si en su caso se satisfacen las tres exigencias anteriormente consignadas, con el resultado que pasa a registrarse.

3.1. En lo tocante a que “el tercero al contrato tenga un interés legítimo en que prevalezca el acto oculto”, destacó que, conforme las previsiones de los artículos 98 y 99 del Código de Comercio, la sociedad es “persona INDEPENDIENTE, nueva, diferente a sus socios, con patrimonio propio, mecanismos de

actuación y negociación distintos, órganos de gobierno, autonomía plena, etc.”, características de las que infirió que los asociados no tienen “control directo” sobre los actos de aquella, por cuanto a voces de los artículos 196 de la obra citada y 22 de la Ley 222 de 1995, la persona jurídica tiene “administradores propios (...), que son quienes determinan su suerte”. Enfatizó que esa ausencia de control es más notoria en el caso de las sociedades en comandita simple, pues en este tipo societario “la ley expresamente separa a [los socios comanditarios] de los cargos de administración y representación de la sociedad, tal como puede verse en los artículos 323, 326 y 327 del Código de Comercio”.

3.2. Respecto de la condición atinente a “que el actor actualmente sea titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible”, reiteró que en el sistema patrio “los socios como personas distintas a las sociedades (...), carecen de control directo sobre [sus] actos o negocios jurídicos” y añadió que, por ende, en la condición de tales, no tienen derecho a impugnarlos, mientras la sociedad “esté operando sin haber sido declarada disuelta”, pues es sólo a partir del momento en que se adopte esta determinación, que “el socio tendrá una acción de reintegro patrimonial”, supuesto que en el *sub lite* no se cumple, como quiera que la sociedad Restrepo Vásquez y Cía. S. en C. “no ha sido disuelta ni por acto de los socios ni por acto judicial”.

Puntualizó además que los “socios comanditarios tienen, en consecuencia, acciones contra los socios gestores para que les indemnicen los perjuicios que su administración le[s]

cause”, las que en el presente asunto “no se han visto ‘IMPEDIDAS O PERTURBADAS’ por los contratos de compraventa en cuestión”.

3.3. Y, finalmente, en cuanto hace a que “es menester examinar en concreto la relación jurídica específica del tercero para con [lo] que se quiere debatir”, apuntó que es pertinente subrayar la “lejanía e irresponsabilidad de los socios comanditarios para con los asuntos sociales, manejados por los gestores que involucran en cada acto todo su propio patrimonio para responder”. Preguntó el censor si “[q]uiere la Corte, como orientadora mayor del contenido del ordenamiento jurídico colombiano”, y “la legislación”, que “cualquier socio” de los diferentes tipos societarios “tenga el poder de pedir que se declaren simulados los actos de la sociedad, en procesos ordinarios que permiten el registro de la demanda como medida cautelar”, con los efectos que le son propios, cuestionamiento en torno del cual indicó que nuestro sistema jurídico “le permite al socio que reclame a sus administradores, a sus gestores, a sus representantes”, pero no que “afecte negocios que involucran a terceros”, en razón a que fue él quien decidió asociarse y, de este modo, “eligió a los que rigen el destino y determinan los actos y negocios de la sociedad”, contando únicamente con “las acciones de control de las decisiones internas” y con las de “responsabilidad contra los administradores”.

4. Concluyó que quedó demostrado que el Tribunal violó directamente las normas indicadas en el cargo, “al permitir a los socios comanditarios de una sociedad, que ejercieran un derecho subjetivo que no tienen, como es el de[l] ejercicio de la

acción simulatoria para debatir sobre contratos de la sociedad con terceros, en los que los socios NO son parte”.

## CONSIDERACIONES

1. El Tribunal, para deducir la legitimidad de los actores en la proposición de la acción por ellos promovida mediante la demanda con la que se dio inicio al litigio, aseveró que “[e]s precisamente el aspecto referente a la legitimación en la causa por activa el que ha sido cuestionado por la parte accionada, en razón de que los pretensores, Amparo y Oscar Antonio Restrepo Vélez, socios comanditarios de la sociedad Restrepo Vásquez y Cía., S. en C., sin ser parte en el negocio, no piden para la sociedad sino que la citaron como demandada (fl. 147, C-1) (...). Sin embargo, como la acción de simulación es esencialmente de reconstitución de patrimonio y en ese sentido las pretensiones de la demanda revelan la verdadera intención de los socios demandantes, de tal manera que la pretensión tercera de la demanda es señal inequívoca de la manifestación de voluntad de los actores, como acertadamente lo coligió el a quo; hela aquí: *‘Que se condene a los demandados a restituir a la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ S. EN C.**, los inmuebles descritos en el hecho quinto de la demanda (fl. 73, C-1)’*. (...) Los demandantes, aunque por la manera como están expresados los hechos de la demanda, parecen pedir para sí, en realidad lo hacen para la sociedad de la cual son socios, sin pasar por alto que solicitaron el nombramiento de curador *ad litem* para que representara a los herederos indeterminados de las socias gestoras, pero también a la sociedad ante la falta de representante legal por la muerte de sus gestoras (pretensión sexta, ib.)”.

Luego de reproducir la opinión de un tratadista sobre las personas que deben demandarse en los procesos de simulación y, parcialmente, un fallo de esta Corporación, relacionado con el mismo aspecto, el Tribunal concluyó que “[a]sí las cosas, de conformidad con los anteriores prolegómenos, se acredita la legitimidad en la causa, tanto por pasiva como por activa”.

2. Contra ese juicio del Tribunal, el recurrente, en el cargo tercero, le reprochó la indebida apreciación de la demanda, como quiera que en los términos de tal escrito, es evidente que la acción de simulación la ejercieron los señores Amparo y Oscar Restrepo Vélez a título personal, con aducción de su condición de socios comanditarios de RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C., en contra de dicha persona jurídica, entre otros demandados, y no, como erradamente lo dedujo el sentenciador de segunda instancia, en nombre de ella.

3. En forma invariable la Sala, respecto del escrito de demanda, ha destacado su importancia, en tanto que, junto con la respuesta que a ella dé la parte demandada, constituye uno de los linderos que demarca los extremos del litigio y, por ende, el campo de acción en el que los jueces de instancia pueden y deben desplegar su actividad.

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que en los casos en que el referido libelo introductorio no tenga la suficiente claridad, o resulte confuso o ambiguo, se impone al operador judicial interpretarlo, sin que en ese laborío hermenéutico pueda variar sus genuinos sentido y alcance, como

quiera que el cumplimiento de este deber tiene por fin desentrañar el verdadero significado de la demanda y no provocar su desfiguración.

En oportunidad reciente, la Sala, sobre el particular, recordó que es *“deber del juez (...) interpretar la demanda, ‘supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiere valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma’ (CLXXXVIII, 139), si adolece de la exigible o deseable claridad y precisión, aplicando un criterio lógico, racional o coherente a su plenitud e integridad, sin mutarla ni reemplazarla”* (Cas. Civ., sentencia del 3 de noviembre de 2010, expediente No. 20001-3103-003-2007-00100-01).

4. En la demanda que dio nacimiento a esta controversia, el apoderado que la suscribe expresó que, “actuando en nombre y representación de **AMPARO RESTREPO VÉLEZ** y **OSCAR RESTREPO VÉLEZ**, mayores y domiciliados en Rionegro (Ant.), presento a Usted demanda [o]rdinaria en contra de la sociedad **RESTREPO VELÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**, por las ventas de unos bienes que integraban el patrimonio de la misma sociedad comercial (...), y en contra de los herederos indeterminados de las socias gestoras de dicha sociedad señoras **MARÍA GABRIELA RESTREPO VÁSQUEZ** y **MARÍA JOAQUINA RESTREPO V. VDA. DE LÓPEZ DE MESA**, y en contra de **OLGA MARÍA DE LA CANDELARIA URIBE DE RESTREPO**, **MARCELA RESTREPO URIBE** y **CLAUDIA RESTREPO URIBE** como personas que intervinieron en dichas negociaciones, (...)” (se subraya).

En la plataforma fáctica del litigio se especificaron las personas que tenían la calidad de socias de la referida persona jurídica, entre ellas, los dos demandantes y, luego de describir los negocios objeto de cuestionamiento, se especificó que “[l]as anteriores compraventas han dejado a la sociedad ilíquida y sin capital social, pues como dichas ventas fueron simuladas, no recibió dinero alguno como contraprestación, tal como lo reconoció uno de los socios, **EDUARDO DE JESÚS RESTREPO VÉLEZ**, en una declaración que se le recibiera por el Juzgado 21 Civil Municipal de Medellín, dentro de una diligencia de inspección judicial que a esta demanda se anexa”.

Como pretensiones se solicitó, fundamentalmente, que “se declare que la voluntad real de las partes”, contenida en las escrituras públicas allí mismo detalladas, “fue la de transferir a título gratuito y no oneroso”; que “se decrete la nulidad de los actos reales”; y que “se condene a los demandados a restituir a la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**, los inmuebles descritos en el hecho quinto de esta demanda” o, “en el evento de no proceder la restitución material de los inmuebles aludidos, se ordene restituir el valor comercial de los mismos al momento del fallo” (pretensión tercera).

5. Es patente, entonces, que en el libelo introductorio de este asunto se precisó, sin dejar margen a ninguna duda, por la claridad con la que se trató el punto, que la citada persona jurídica fue una de las demandadas, habida cuenta que ella actuó como parte en los contratos respecto de los que se solicitó declarar su simulación.

Y, por consiguiente, que es manifiesto el error en que incurrió el Tribunal, por cuanto, so pretexto de interpretar la demanda, fincado exclusivamente en su pretensión tercera, dedujo que los señores Amparo y Oscar Restrepo Vélez, al promover la acción, actuaron en interés o en representación de la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ Y CÍA. S. EN C.**, en su condición de socios comanditarios de ella.

Ese entendimiento de la demanda riñe abiertamente con su contenido objetivo, puesto que, como ya se observó, allí se especificó que la acción intentada estaba dirigida “en contra de la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ & CÍA. S. EN C.**”, entre otros demandados, sin que, frente a ese planteamiento, habida cuenta de su total nitidez, procediera efectuar interpretación alguna y, menos, para deducir que la simulación y nulidad contractual reclamadas, se propusieron en nombre de tal persona jurídica, es decir, para cambiar la posición procesal de ésta, de demandada a demandante.

Es que, como se desprende de lo hasta aquí analizado, ni las pretensiones de la demanda, ni sus hechos, ni los demás datos que ella contiene, permitían al sentenciador de segunda instancia colegir que los demandantes actuaron en nombre de la ya varias veces mencionada sociedad.

Como se destacó, los actores, personas ajenas a los contratos sobre los que versaron las súplicas del libelo introductorio, pidieron que se declarara que esos negocios fueron simulados y, aparejadamente, que son nulas las donaciones tras de ellos

ocultas, por no haber estado precedidas de la correspondiente insinuación.

Obviamente, tratándose de unos terceros a tales transferencias, estaban obligados a solicitar que los efectos jurídicos que se derivaran del acogimiento de sus pretensiones, como la correspondiente restitución de los inmuebles, se materializaran en favor de la sociedad misma, como quiera que fue ella la que se desprendió del dominio de los bienes y, por ende, a quien, como consecuencia de la declaratoria de simulación y nulidad que se hiciera, debía retornar ese derecho.

Ese entendimiento de la aludida petición tercera de la demanda descarta, *per se*, que con base en ella, el Tribunal pudiera interpretar que los actores, no obstante haber demandado a la sociedad **RESTREPO VÁSQUEZ Y CÍA. S. EN C.**, en realidad había entablado la acción en nombre suyo, como si hubiese sido la promotora del litigio, y, con ese fundamento argumentativo, reconocerle legitimidad en la causa.

6. Pese a estar probado el manifiesto error de hecho en que incurrió el *ad quem* al determinar el verdadero significado de la demanda, es del caso señalar que dicho desatino carece de virtud suficiente para ocasionar el quiebre de la sentencia impugnada, pues si así se decidiera, ubicada la Corte en sede de segunda instancia, tendría que colegir, de todas maneras, que los aquí demandantes sí están asistidos de la legitimidad necesaria para el ejercicio de la acción por ellos intentada, como a continuación se dilucida.

6.1. Si bien es verdad que, en principio, la legitimidad para promover la acción dirigida a obtener que se declare la simulación de un contrato, está radicada en quienes fueron parte del mismo, también lo es que tanto la jurisprudencia de la Corte, como la doctrina, nacional y foránea, han admitido que es viable, en ciertos supuestos, que un tercero al respectivo negocio jurídico, eleve dicha solicitud.

Sobre el particular, ha observado la Sala que, en principio, “[c]uando se formula una pretensión simulatoria de cara a un contrato, los legítimos contradictores son aquellas partes que concurrieron al respectivo negocio jurídico y, en consecuencia, son ellos quienes gozan de legitimación dentro del correspondiente proceso. En tal virtud, en tratándose de un contrato de compraventa, por vía de ejemplo, los llamados a participar en la contienda procesal serían el comprador y el vendedor” (Cas. Civ., sentencia del 12 de julio de 2001, expediente No. 6050).

Empero, como lo puso de presente el recurrente, “[e]n lo concerniente a la legitimación para solicitar la simulación, de tiempo atrás y en forma reiterada ha sostenido esta Corporación que son titulares no sólo las partes que intervinieron o participaron en el acto simulado, y en su caso sus herederos, sino también los terceros, cuando ese acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual: ‘Puede afirmarse, que todo aquel que tenga un interés jurídico protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación. Ese

*interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquellas como éstos están capacitados para ejercitar la acción. Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio' (G.J. tomo CXIX, pág. 149). (...) En razón de la naturaleza de la acción simulatoria puede decirse entonces que podrá demandar la simulación quien tenga interés jurídico en ella, interés que 'debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulado y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitima su acción' (G.J. tomo LXXIII, pág. 212)" (Cas. Civ., sentencia del 27 de agosto de 2002, expediente No. 6926; se subraya).*

En un caso en el que el Tribunal, para desestimar la acción de simulación intentada, adujo, entre otros motivos, la falta de interés del allí demandante, la Corte, en el fallo de casación que desestimó el recurso extraordinario, puntualizó: “Y lo anterior se entiende con mayor facilidad, si se recuerda que 'en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés'; es más, con ese perjuicio '...es preciso que se hieran

*directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad'. Así se ha expresado ésta Corporación, añadiendo que 'el derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro...en las acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir un estado de hecho contrario al derecho' (G. J. LXII P. 431)" (Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016).*

Por consiguiente, propio es observar que, en tratándose de terceros al respectivo negocio jurídico, su legitimidad para proponer la acción de simulación es eminentemente restringida, puesto que *"el contrato no puede quedar expuesto a que cualquier persona que tuviera conocimiento del acto, pudiera asistirle interés para hacer prevalecer la verdad"* (Cas. Civ., sentencia del 5 de septiembre de 2001, expediente No. 5868).

6.2. En el caso de terceros respecto del contrato, la doctrina y la jurisprudencia han privilegiado la posición de los acreedores de quien transfiere el dominio de los bienes que conforman su patrimonio a través de una negociación aparente, en el entendido de que aquellos ostentan interés en la reintegración de dicha universalidad jurídica, que es la "prenda general" de garantía para el pago de todas sus acreencias, razón por la cual, entre otras

facultades, los reviste de legitimidad para solicitar, por vía judicial, que se declare la simulación del contrato así realizado.

Empero, también lo tiene advertido esta Corporación, esa legitimación del acreedor, puede desvirtuarse si se demuestra que el deudor poseía otros bienes suficientes para respaldar la obligación que tenía contraída para con él, pues en ese supuesto se deduce que el negocio jurídico fingido no irrogó lesión a los derechos de aquél, ni se erigió en obstáculo para la efectiva satisfacción de la acreencia.

En tal sentido la Corte, en sentencia del 12 de septiembre de 2005, memoró que “[l]a reiterada jurisprudencia de la Sala ha señalado que ‘...si un deudor ejecuta un acto simulado, pero se demuestra que no obstante esa simulación dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar sus deudas, el acreedor no podría entablar la acción de simulación por lo mismo que el acto simulado, en el caso puesto como ejemplo, no menoscaba su interés protegido por la ley’ (LXXXII, 226), doctrina que vertida al presente asunto, permite a la Sala concluir que el Banco demandante si tenía interés para demandar la simulación del negocio jurídico instrumentado en la escritura pública 1088 de 1992, habida cuenta que no está demostrado con las copias provenientes del Juzgado Veintiséis Civil del Circuito, cuál es el valor de los bienes que allí se encontraban embargados, prueba sin la que no es dable afirmar que la parte ejecutante podría cobrar el valor de los créditos insolutos, pues la suficiencia que se exige en este puntual aspecto no tiene que ver tanto con la cantidad o número de bienes que se puedan embargar sino con

*un aspecto cualitativo, vale decir, que desde el punto de vista económico tengan el valor suficiente para satisfacer a su acreedor, probanza que resultaba ineludible, so pena de que resultare, como resultó, frustráneo el reproche casacional” (expediente No. 2194).*

6.3. Innegable es que a voces del inciso 2° del artículo 98 del Código de Comercio “[l]a sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, precepto que deja claramente establecida la independencia existente entre ella y las personas que hayan manifestado la intención de darle vida jurídica.

Tal principio, fundamental, sin duda, en materia societaria, no impide reconocer que, pese a dicha independencia, desde la conformación de la sociedad y hasta su definitiva liquidación, son estrechas y permanentes las relaciones entre la sociedad y sus socios, especialmente, porque es de cargo de la primera restituir a éstos los aportes que efectuaron en los casos y términos de los artículos 143 a 148 *ibídem*; pagar a los asociados las utilidades a que tengan derecho, como se desprende de los artículos 149 a 157 de dicho ordenamiento jurídico; y observar las decisiones que adopten los socios constituidos en junta o asamblea general (art. 187 *eiusdem*).

Dentro de ese contexto, ha señalado la Sala que *“la sociedad una vez constituida legalmente forma una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, como así lo establece claramente el artículo 98 del Código de*

*Comercio, norma de la cual se deduce que (...) ella, la sociedad como sujeto de derechos diverso de los socios, tiene como atributo de su personalidad, un patrimonio propio, diferente del de aquellos, conformado al momento de su constitución por los aportes que ellos le hacen y con los cuales se integra el capital inicial, del que parte la sociedad para iniciar las operaciones y actos a que fue destinada y en cuyo devenir adquiere bienes y derechos y contrae obligaciones, formándose así un activo que como contrapartida, y en aplicación sencilla de la clásica ecuación contable, equivale al pasivo externo de la sociedad -deudas adquiridas con terceros- más el 'patrimonio social' -deuda adquirida con los socios- conformado éste por el capital inicial y sus acrecimientos, con las reservas y utilidades no distribuidas, así como con otros bienes tangibles o intangibles. Pues bien, en ese capital inicial está representado, ya en cuotas, acciones o partes de interés, los derechos que cada socio tenga en la sociedad, derechos que puede hacer valer contra ella bien durante la vigencia de la misma (recibir utilidades, por ejemplo) o ya en la etapa de su liquidación (restitución de aportes y derechos a los acrecimientos, por ejemplo), cancelado el pasivo externo. Y a eso, en lo que concierne con el patrimonio de la sociedad, se contrae en esencia el derecho del socio, quien por tanto no puede disponer, justamente por la separación de patrimonios ya mencionada, de los bienes y derechos de la sociedad como si fueran los suyos, y por lo mismo tampoco sus acreedores podrán perseguir bienes y derechos de la sociedad. (...) De lo dicho se deduce entonces que el socio tiene un derecho a cargo de la sociedad -persona jurídica-, pero no es él propietario o titular, por el mero hecho de ser socio, de los bienes y derechos de aquélla.*

*Ella es la titular*” (Cas. Civ., sentencia del 19 de abril de 2002, expediente No. 6885; se subraya).

6.4. Se infiere, entonces, que el socio, durante toda la existencia de la persona jurídica societaria, sin perjuicio de otras relaciones jurídicas derivadas del contrato social y de su calidad de asociado, es acreedor o titular de prerrogativas exigibles frente a la sociedad (cfr. art. 379 del C. de Co.), en tanto que, se reitera, tiene derecho a obtener de ella las utilidades que periódicamente se aprueben y, adicionalmente, que mantiene en forma constante su interés en el aporte que realizó, representado en las acciones, cuotas o partes de interés de que es titular, el cual, según voces del ya citado artículo 143 del Código de Comercio, le deberá ser reintegrado “[d]urante la liquidación, cuando se haya cancelado el pasivo externo de la sociedad, si en el contrato se ha estipulado su restitución en especie” (num. 2º) y “[c]uando se declare nulo el contrato social respecto del socio que solicita la restitución, si la nulidad no proviene de objeto o causa ilícitos” (num. 3º). Corresponde tener presente, igualmente, que la participación del socio en la sociedad, materializada, como se ha señalado, en las acciones, cuotas o partes de interés de las que él sea titular, representa el derecho que aquel tiene en el capital social, y su valor real o de mercado está directamente relacionado con la conformación que en el tiempo tenga el patrimonio social, esto es, con los incrementos que lo beneficien o los decrecimientos que padezca –ganancias o pérdidas–, según la dinámica de las operaciones que sus administradores realicen.

6.5. Teniendo presente que la legitimación para demandar la simulación de un contrato celebrado por otros debe evaluarse siempre a la luz de las particulares circunstancias en que dicho negocio se haya verificado y en que, respecto de él, se encuentre el tercero demandante, y considerada la antedicha posición del socio en cuanto hace a la persona jurídica societaria, se impone colegir que cuando con el acto aparente se pongan en riesgo, de manera fundada y evidente, los derechos del socio, como acontece cuando, *v.gr.*, se manifieste que la sociedad se desprende a título oneroso de un bien, pero, en realidad, nada recibe a cambio como contraprestación, el socio o accionista, en tales casos, ostenta legitimidad para reclamar ante la justicia que se declare la simulación del correspondiente negocio jurídico, con miras a salvaguardar, se insiste, los derechos patrimoniales que se desprenden de sus relaciones con la sociedad, durante todo el tiempo de su existencia, pues de mantenerse una operación como la anteriormente descrita sus intereses ciertamente se afectarán a partir de ese momento, sin que sea menester aguardar a la disolución y liquidación de la sociedad para auscultar si sus prerrogativas han sufrido algún desmedro.

6.6. En el presente asunto, como, incluso, lo admitió el propio recurrente en casación, la sociedad Restrepo Vásquez y Cía. S. en C. no recibió el precio estipulado en el contratos censurados por vía de simulación, de donde, sin duda, su patrimonio, como consecuencia de las enajenaciones que realizó, resultó notoriamente mermado, tanto así que, según se afirmó, en adelante no se repartieron utilidades.

6.7. Por consiguiente, el comportamiento negocial asumido por la citada persona jurídica, habida cuenta que comprometió inmuebles de estimable valor que conformaban una parte importante de su patrimonio, afectó, sin duda, los derechos de los socios comanditarios que promovieron la acción, y, por lo mismo, determinó que ellos, prevalidos nada más que de esa condición, sí pudieran, como en efecto lo hicieron, reclamar la declaratoria de simulación de los correspondientes negocios jurídicos, pues su conservación dejaría en vilo el derecho de los actores a obtener el pago de las utilidades que, en virtud de la actividad social, les pudieran corresponder y de que el valor de sus participaciones sociales, como mínimo, se conserve, es decir, no sean objeto de un demérito injustificado, como el que sobrevendría si se mantuvieran las transferencias que en relación con los bienes que integraban su activo patrimonial, realizó la sociedad Restrepo Vásquez y Cía. S. en S., cuando, como ya se precisó, ella nada recibió a cambio.

7. Las precedentes consideraciones, *per se*, impiden la prosperidad del cargo cuarto, pues la postura jurídica que explicitó el recurrente en relación con la legitimación en la causa que tiene un socio comanditario para reclamar la simulación de un contrato celebrado por la respectiva sociedad es inexacta, en cuanto estima que dicho interés sólo surge una vez se presente la disolución de la respectiva entidad, pues como se señaló anteriormente, examinadas las circunstancias particulares de cada caso concreto, existen situaciones en las que el asociado, en vigencia de la sociedad, puede promover la acción de simulación respecto de negocios jurídicos por ella realizados.

8. Corolario de lo expuesto, es que los cargos tercero y cuarto, anteriormente analizados, no están llamados a abrirse paso.

## **CARGO QUINTO**

1. En esta acusación, con respaldo en el primero de los motivos del recurso extraordinario de casación, se acusó la sentencia impugnada de ser indirectamente violatoria de los artículos 1443, 1458, 1740, 1741, 1746, 1766 del Código Civil, 822 del Código de Comercio y 267 del Código de Procedimiento Civil, por indebida aplicación; y 98, 99, 196, 323, 326, 327, 337 y 341 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil, por falta de aplicación.

2. Delanteramente, memoró el censor que en la demanda se solicitó que se declarara la simulación relativa de los contratos de compraventa sobre los versó el litigio, la nulidad de las donaciones encubiertas en ellos y la restitución de los bienes materia de tales operaciones; que el Tribunal encontró que estaba probada la simulación absoluta, es decir, la “falta absoluta”, la “inexistencia”, la “ausencia de actos jurídicos veraces”, “y NO LA SIMULACIÓN RELATIVA, puesto que no había en verdad actos ocultos que desenmascarar”; y que, no obstante lo anterior, esa autoridad “dijo que para respetar la no reformatio in pejus, no declararía la simulación absoluta sino la simulación relativa, y así lo hizo en la parte resolutive, donde además de declarar que hubo en verdad unas donaciones que a

su juicio (del Tribunal) no quedaron probadas, pasó a declararlas nulas y ordenar unas restituciones mutuas”.

3. En ese orden de ideas, el recurrente advirtió que “[c]on su conducta, el Tribunal incurrió en error de derecho en la valoración probatoria, puesto que consciente de que no había prueba para estimar la pretensión, convirtió a la no reformatio in pejus en regla de valoración probatoria, y en vez de desestimar la pretensión no probada, estimó probada la que no lo estaba, violando así (...) las disposiciones probatorias de la carga de la prueba y de que toda sentencia tiene que estar motivada en la prueba legalmente recaudada en el proceso”.

4. Con el propósito de demostrar el yerro endilgado al fallo objeto de la censura, el casacionista reprodujo las consideraciones del *ad quem* que le sirvieron de apoyo para respaldar la declaratoria que hizo de ser relativamente simulados los contratos materia de la acción y, fincado en ellas, advirtió que la citada autoridad soslayó “el camino razonable, lógico que traza la congruencia como regla hija del derecho a la defensa, y que exigía la absolución o desestimación de las pretensiones no probadas, sino que inventa un artilugio ilegal, crea una falsa regla de valoración probatoria sirviéndose de la no reformatio in pejus, para sostener que como en primera instancia se declaró la simulación relativa entonces en segunda no puede declarar la simulación absoluta (que es la única que considera probada), porque sería empeorar la situación del apelante único y, en consecuencia, con esa falsa norma probatoria, emite un fallo contraevidente, pues a pesar de que para él no hay prueba de

ninguna donación, ni de ningún acto o negocio jurídico oculto que haya que develar, pasa a declarar en sentencia que sí existe. Es una sentencia que miente, que emite un juicio inveraz, falso, en contra de lo que quedó probado para el Tribunal, so pretexto de aplicar una regla de no reformatio in pejus que no dice, de ninguna manera, que el juez pueda estimar una pretensión cuando NO ESTA PROBADA”.

5. Preciso la comisión de dos errores evidentes en el proceder del Tribunal, a saber:

5.1. Que haya sugerido “que de no haber un apelante único podría declarar la simulación absoluta por haberla encontrado probada”, por cuanto de esta manera desconoció la diferente naturaleza de la simulación absoluta y de la relativa, pues mientras en la primera “no hay ningún acto, hay un vacío de acto y un problema de falsa presencia con ausencia real de voluntad jurídica”, en la segunda “hay un acto real encubierto por las partes que simulan”. Por consiguiente, “si la intención de los demandantes [fue] clara, y acudieron afirmando, como lo hicieron, que había una donación oculta en los actos, entonces el Tribunal, por razones de congruencia, no podía declarar que la simulación había sido absoluta, como lo sugiere la sentencia impugnada”.

5.2. Y que hubiese sostenido tácitamente que “la regla de la no reformatio in pejus permite tener por probado lo que no ha sido demostrado en el juicio”, es decir, que constituye una “regla probatoria excepcional para estimar pretensiones no probadas”, lo que no es cierto, pues dicha garantía lo que hace es

impedir “que se agrave la situación del apelante único, porque aparezca PROBADO un supuesto aún más grave que el que encontró demostrado el juzgador de primera instancia, pero el supuesto jurídico que encontró el juzgado de primera instancia tiene que tener un respaldo probatorio real, en el juicio, puesto que, de lo contrario, no puede mantenerse la condena al apelante único”.

6. Desde la perspectiva netamente fáctica, el recurrente negó que sea cierto “que la declaración de simulación relativa fuere más favorable para el demandado”, porque de haberse declarado la simulación absoluta, “no habrían sobrevenido las ordenes de nulidad de la donación, NI LA DE RESTITUIR EL BIEN, que no fue entregado (el Tribunal indicó que la sociedad nunca quiso desprenderse del mismo y que no se lo entregó a las demandadas), ni la condena a pagar frutos, puesto que si explotan el bien después de la muerte de Gabriela, es como lo [dijo] el Tribunal, porque **‘luego del fallecimiento (de Gabriela socia gestora de la sociedad) asumió la tenencia y el usufructo el esposo Eduardo de Jesús (no las condenas a pagar frutos), en virtud de un testamento’**”. Con otras palabras, aseveró que “la declaración de una simulación absoluta, que fue lo que resultó probado, hubiese sido más favorable a la parte demandada”.

7. Insistió en la vulneración de los artículos 174, 175, 177 y 187 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no es admisible el proferimiento de sentencias “que van en contra de lo probado” y que estiman pretensiones no acreditadas, así como la “utilización equivocada e ilegal de la norma constitucional

consagrada en el artículo 31, inciso segundo, de la Constitución Política” y del “357 del Código de Procedimiento Civil”.

8. Al cierre calificó de trascendente el error del Tribunal, pues si no hubiese incurrido en él, habría negado las pretensiones de la demanda, por no aparecer demostradas en el proceso.

## CONSIDERACIONES

1. Es verdad, por una parte, que el Tribunal admitió que, conforme a las pruebas recaudadas, se “demostró (...) que no hubo intención de la sociedad (...) de despojarse de la titularidad del dominio de los bienes inmuebles, a favor de Gabriela, ni de ésta en nombre propio o de la sociedad, a favor de las codemandadas”, es decir, que “se trató de una simulación absoluta y no relativa”, en la medida que “no existió siquiera la intención de donar”; y, por otra, que pese a esa constatación, estimó que no podía “modificar la sentencia de primera instancia, en tanto se expresó al final de la pretensión primera que los actos fueron ‘a título gratuito’, y en segundo lugar porque se está en presencia de un apelante único, a quien se le ha de garantizar la no reforma en peor”.

2. Visible es, entonces, que fueron dos la razones que el *ad quem* esgrimió para no efectuar un pronunciamiento distinto al del *a quo* en punto de la simulación por éste declarada: por una parte, el señalamiento expreso contenido en la pretensión

primera de la demanda de que “la real voluntad de las partes” al celebrar los negocios censurados por ser aparentes, “fue la de transferir a título gratuito y no oneroso”; y, por otra, la prohibición de reformar el fallo de primera instancia en perjuicio del apelante único, esto es, del codemandado que se alzó en contra de ese pronunciamiento.

3. Del compendio que se hizo de la censura, se establece que el recurrente ningún cuestionamiento formuló al primero de tales argumentos del *ad quem*, omisión que hace la acusación incompleta y que signa su fracaso, habida cuenta que *"(...) 'por vía de la causal primera de casación no cualquier cargo puede recibirse, ni puede tener eficacia legal, sino tan solo aquellos que impugnan directa y completamente los fundamentos de la sentencia o las resoluciones adoptadas en ésta; de allí que haya predicado repetidamente [la Corte] que los cargos operantes en un recurso de casación únicamente son aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas, puesto que si alguna de ellas no es atacada y por sí misma le presta apoyo suficiente al fallo impugnado éste debe quedar en pie, haciéndose de paso inocuo el examen de aquellos otros desaciertos cuyo reconocimiento reclama la censura' (Se subraya; cas. civ. 23 de junio de 1989, Exp. 5189, reiterada en cas. civ. 15 de diciembre de 2003, Exp. 7565)"* (cas. civ. sentencia de 19 de diciembre de 2005, expediente No. 1989-01859-01), pues “*un juicio jurisdiccional solamente podrá ser infirmado dentro del ámbito de los errores de apreciación probatoria, cuando el ataque contra el mismo fulmine todas sus bases ‘más no así cuando alguna de éstas que sea por sí sola suficiente para mantener en su integridad el fallo, quede en pie, bien sea porque la impugnación*

*no la cobije, o bien porque la misma resulte inane para destruirla”* (CXXIV, página 95)<sup>2</sup> (Cas. Civ., sentencia del 31 de mayo de 2010, expediente No. 25269-3103-001-2005-05178-01).

4. Si lo anterior no fuera suficiente para colegir, como se dejó advertido, que el cargo es frustráneo, cabe añadir que de la aplicación que el Tribunal hizo del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, contentivo de la prohibición de reformar en perjuicio del apelante único la sentencia de primera instancia, no puede inferirse la confección por esa autoridad de una “regla probatoria”, consistente en la viabilidad de otorgar prosperidad a pretensiones no demostradas, como lo afirmó el censor.

Cuestión diferente es que, ante el hecho cumplido de que el *a quo* hubiese declarado la simulación relativa de los contratos reseñados en la demanda, y como consecuencia de haber colegido el Tribunal que las pruebas recaudadas daban cuenta de una simulación absoluta, éste último infirió la imposibilidad de modificar la decisión adoptada por el juzgado del conocimiento, en el entendido que disponer a cambio que los negocios jurídicos controvertidos adolecían de una simulación absoluta, hacía más gravosa la situación de único demandado que apeló y, por ende, quebrantaba el mandato del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

5. Así las cosas, ningún recibo merece el cargo, en tanto que mediante él se denunció el quebranto indirecto de las normas al principio reseñadas como consecuencia de la comisión de un error de derecho por parte del sentenciador de segunda instancia, cuando, como acaba de señalarse, la confirmación de

la simulación relativa pronunciada por el *a quo*, el Tribunal la soportó en la aplicación directa que efectuó del precitado artículo 357, norma que, no obstante estar contenida en el Código de Procedimiento Civil, “*también por sabido se tiene, es de derecho sustantivo (G.J. Tomos CXLVIII, pág. 110, y CXLII, pág. 195, reiteradas en Casación civil de 6 de noviembre de 1990, sin publicar*” (Cas. Civ., sentencia de 8 de octubre de 1993, expediente No. 3416, G.J. T. CCXXV, Número 2464, págs. 140 y 141), y que, de haber sido quebrantada por el *ad quem*, sólo lo pudo serlo en forma recta.

6. El cargo, por tanto, no prospera.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia que el 4 de marzo de 2009 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario plenamente identificado al inicio de este proveído.

Se condena en las costas del recurso extraordinario, a su proponente. En la correspondiente liquidación, inclúyase como agencias en derecho, la cantidad de \$6.000.000.00.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

**JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**

**RUTH MARINA DÍAZ RUEDA**

**PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**

**WILLIAM NAMÉN VARGAS**

**ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**