



EDWIN MONTAÑA  
— ABOGADO —

Señor.

**JUEZ PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE JERICO ANTIOQUIA.**

E. S. D.

**ASUNTO:** Motivación del recurso de apelación.

**REF:** Proceso verbal de simulación

**DEMANDANTE:** Jorge Iván Ospina

**DEMANDADO:** Guillermo Ospina y Otros

**RADICADO:** 2013-00024

**EDWIN ALBERTO MONTAÑA ALZATE**, Actuando como apoderado de la parte demandante según poder a mi conferido, por medio del presente escrito realizo motivación del recurso de apelación propuesto en audiencia oral y pública de fecha del 13 de diciembre del año 2023. Nuestra apelación se centrará en los siguientes tópicos: 1) falta de análisis de las pruebas pertinentes e indebida valoración de las pruebas testimoniales, periciales y documentales y 2) Caducidad y prescripción de la acción de simulación.

#### **El centro teórico del asunto.**

Comenzaría por señalar a su señoría los elementos teóricos jurisprudenciales y doctrinarios sobre los cuales recae el caso concreto. Definiendo desde ya que la simulación es un acto por medio del cual se oculta la verdadera voluntad de los negociantes con el ánimo casi siempre de defraudar a otros, frente a ello, la Honorable Corte Suprema de Justicia a dicho en sentencia SC3729-2020 lo siguiente:

“La simulación de los negocios jurídicos, en esencia, comporta un problema de discrepancia entre el propósito real de los contratantes y lo ostensible. Se suscita por voluntad de los agentes quienes bajo la apariencia de un pacto descartan la producción de sus efectos o los concretan en unos diferentes. Es una convención aparente, ya por no existir, bien por diferir de la declarada.”

En sentencia del 9 de julio de 2002, expediente 6411 señaló:

“(…) Como es sabido, cuando se habla de simulación no se alude a un vicio en los negocios jurídicos, sino a una forma especial de concertarlos conforme a la cual las partes consciente y deliberadamente disfrazan la voluntad real de lo acordado, (…)”

O como lo señala el artículo 1766 del Código Civil:

“Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”

Su Señoría, observemos como los criterios teóricos señalados anteriormente, asumidos por nuestra Honorable Corte Suprema, no fueron aplicados en la motivación de la sentencia por el Juez A quo,

dado que en la sentencia no estudió, o no analizó la voluntad de las partes en el negocio, el A quo solo se limitó a realizar una observación meramente formal del contrato para deducir que del mismo se entendía la voluntad de compraventa entre las partes. lo cual es impertinente cuando del análisis de la voluntad negocial de las partes se trata, puesto que la naturaleza de la acción de simulación así lo determina, consideramos respetuosamente su Señoría, que el Juez A quo no comprendió que se trataba de un acto oculto y por lo mismo se debía analizar las pruebas que resultaban pertinentes para ello, como son: la conducta de las partes, los indicios y las declaraciones rendidas en juicio.

Como prueba de la voluntad negocial puede observar su Señoría lo dicho en las declaración y testimonios rendidos en audiencia, como se puede observar a continuación:

Dice la señora Dora Luz Ospina (Folio 96, segunda página), “Preguntado: Su papá tendría alguna razón para querer defraudar o para excluir dentro de la futura sucesión a unos hijos y favorecer a otros (...)?” Contestó: “(...) lo que mi papá quería era que la casa se conserve y que el día que él faltara, a mi mamá no la fuéramos a sacar de la casa en el momento que él faltara **y que la casa la conserváramos para siempre**” (énfasis añadido).

En el mismo sentido anterior, la litisconsorte necesaria Dora Luz Ospina en la (hora 1.15), afirma también que el propósito del contrato era proteger el bien inmueble de los hermanos para que no hubiera problemas a futuro. Su señoría lo anterior no es un dato menor, pues se trata de una declaración sobre el propósito real y oculto del negocio jurídico, pues afirma la litisconsorte que el propósito de su padre con la venta era para que esta se protegiera para siempre, con lo cual se entiende que el objeto de la venta consistía en proteger la propiedad para que se conservara en el patrimonio familiar, por el riesgo de un procedimiento de la DIAN y de algunos herederos inescrupulosos que pudieran sacar ventaja de la situación. Su Señoría, Sí este hecho no fuera interpreta de esta forma, difícilmente se encontrará sentido, en el hecho que el vendedor disponga su principal patrimonio para conservar el mismo, esto es una contradicción. Contradicción que solo puede entenderse si se observa la voluntad del vendedor, es sabido en nuestro campo jurídico, que uno de los propósitos por los cuales los dueños realizan simulación de contratos es, el fraude al fisco del Estado y el fraude a herederos o terceros.

La causa de la simulación se puede observar también en el dicho del demandado Guillermo León (Folio 97), donde este reconoce que el valor real del inmueble era muy alto (Folio 97, segunda página). De lo dicho en este interrogatorio se puede inferir que se trató de una donación, si se observa lo siguiente: El demandado Guillermo León, señaló que su padre varias veces le insistió en la compra del inmueble, pero que este no lo quería comprar por el valor comercial porque era muy alto, y cuando su padre le ofreció comprarlo por el valor predial, este puso la condición que fuera comprado en conjunto con su hermana, ¿La pregunta aquí es muy clara, porque existió la necesidad que el demandado propusiera como condición de compra que este se hiciera en compañía de su hermana, cuál era el propósito de la participación el negocio de la otra codemandada señora Lourdes, teniendo en cuenta que el demandante pudo haber pagado fácilmente la suma de los 20.000.000 ya que como se señala en el expediente este pagó 15.000.000\$ del total del valor?

Son dos elementos que resultan indiciarios de la voluntad real, primero, el valor del negocio fue de 20.000.000\$ para la época, esto es, más de 20 veces menos el valor real del inmueble, según calculo que puede realizarse partiendo del peritaje rendido en el proceso, y segundo, la necesidad que el negocio no lo realizará con un solo hijo sino con dos. Puede inferirse razonablemente de lo anterior, que como efectivamente se trataba de una donación con el propósito de “proteger” el inmueble las partes querían que quedaran no en cabeza de un solo hijo sino en varios, puesto que bien habría podido comprar individualmente el bien el señor Guillermo León Ospina, pues sí pudo pagar 15.000.000\$ por la propiedad ¿por qué no habría podido pagar los otros 5.000.000\$ del precio para ser él, el único dueño? Esto es, porque el señor Guillermo León Ospina no quería asumir solo la responsabilidad de esa donación, pues sabía lo que iban a pensar sus otros familiares.

Dice el señor Guillermo León en audiencia oral (hora 1:48) que no existe un interés de negocio. Observe su Señoría como el demandado hace un paralelismo entre el negocio realizado entre el señor Jorge Ospina con su padre, el cual es una donación de un establecimiento de comercio, diciendo que él esperaba que como el negocio que se hizo en el 2004 él no le dijo nada al señor Jorge Ospina sobre este negocio, él esperaba que sucediera lo mismo con el negocio del 2001. Aquí lo que existe es una confesión explícita de que el negocio para el comprador se trataba de una donación. Aquí Su Señoría consideramos que usted en su sabiduría no perderá el enfoque de búsqueda de la voluntad real del negocio, por considerar como cierta la falacia ad hominem que surge de la aseveración anterior: esto es: como el señor JORGE OSPINA realizó una donación con su padre, no es objeto de censura la donación que realizó el señor GUILLERMO LEON OSPINA con el mismo padre.

La misma tesis de simulación hasta aquí señalada, se observa de forma reiterativa en los medios de prueba testimonial. Observe su Señoría cuando la litisconsorte Lourdes Ospina en la (hora 1: 43), afirma que el propósito de la simulada venta era para que estos cuidaran de la propiedad. Lo cual es aún más dicente, cuando la demandada afirma que el propósito de su padre no era lucrarse. Esta declaración es de superior importancia a la hora de indagar sobre la voluntad de las partes, puesto que si el vendedor en un negocio de compraventa no tiene animo de lucro, se trata de un negocio distinto al de vender, por ello puede tratarse de una donación o un encargo fiduciario.

Sobre el propósito oculto el litisconsorte Hernán Ospina, afirma que cuando éste les preguntó a sus hermanos sobre el motivo por el cual se había transferido la propiedad, estos contestaron: *“mi papá nos la pasó a nosotros para cuidarla porque somos personas idóneas”*. Señala adicionalmente en (el minuto 36) aduciendo al motivo de la compraventa que esta se realizó por recomendación del Notario de la época quien le indicó que se transfiriera la propiedad a favor de los hijos para que esta se protegiera. El mismo litisconsorte aseguró en (minuto 41) del interrogatorio, que el móvil del negocio fue proteger los bienes de la DIAN. Su Señoría, hasta aquí no resulta en hipérbole, decir que, con las declaraciones hasta aquí expuestas, puede probarse plenamente la voluntad real de las partes en el negocio, esto es: realizar una donación a dos hijos de confianza para evitar una futura confiscación del principal patrimonio familiar por parte de la DIAN. Pero la prueba que sirve para determinar la voluntad real del negocio no termina acá, observe su Señoría, como en los interrogatorios se hace mención de forma reiterativa a la voluntad real de las partes. Como se observa a continuación.

El señor Hernán Ospina en minuto 45:00, dice: *“para que no hubiera sanciones la pasaron”*(refiriéndose a la donación de su padre con sus hermanos) defraudándose al Estado para no pagar impuestos, obsérvese que en este punto la pregunta de la Abogada va dirigida a esclarecer el motivo por el cual se transfirió el bien, dejando entrever que existe otro motivo que no solo es el fraude a la DIAN sino el Fraude a los herederos, cuyas motivaciones pueden ser concurrentes y no tienen por qué excluirse, pero eso sí lo importante es el motivo central que es la donación, porque no existió animo de compraventa. Más adelante en el mismo interrogatorio en minuto 46 el litisconsorte afirma que considera que existió buena fe en un comienzo por parte de los demandados en el negocio, pero que conforme pasó el tiempo se dio cuenta que esto no era así. Aquí lo importantes es observar su señoría que la buena fe a la que se refiere el Litisconsorte es a la intención que poseían sus hermanos para resguardar estos bienes en su patrimonio frente a la amenaza de un potencial embargo por la DIAN, por eso de forma continua hace referencia a que los demandados iban a ser los *“tenedores”* refiriéndose como a que estos resguardarían los bienes en su patrimonio de las acciones de la DIAN.

La Litisconsorte Ana Belén Ospina, dice que el motivo de la compraventa a sus hermanos era para que todos quedaran cubiertos, que su padre realizó ese negocio previendo que ya estaba muy viejo, para dejar todo listo antes de morir. La litisconsorte Adriana María Ospina. En la (hora 1.04) señala que el señor Orlando León cuñado suyo le dijo a ella personalmente 8 años después de realizada la venta que él le había sugerido a su papá que le hiciera una venta ficticia a ellos dos con el

propósito que la DIAN no se quedará con la casa **ya que estos dos Hermanos eran los que mejor económicamente se encontraban**, puede observarse como la litisconsorte en su declaración fue clara y espontánea y precisó el tiempo y lugar donde a ella su cuñado le dio esta información.

Afirma la litisconsorte Lida Ospina en la hora 1:58, que el motivo de la venta consistía en proteger la casa de malos negocios si se la cedía o vendía a unos hermanos diferentes, porque Guillermo y Lourdes son solventes y estos no tienen la necesidad de vender el inmueble. La litisconsorte Ángela Gabriela en la hora 2:02, afirma que el motivo de la venta era que la madre no se quedara sin casa desprotegida.

El litisconsorte Juan Carlos Ospina Gómez en hora 2:15, dice que con la negociación que su padre, quiso asegurar tanto el bien de la farmacia como el de la casa. Dice que el motivo de la venta era asegurar el bien. “el consideró que el precio por el que se vendió (...) fue un acto de decir yo le vendí, pero deme algo por eso para asegurar que su mama por el resto de su vida no quede desamparada.”

¿Porque razón los demandados afirman continuamente que el propósito del negocio era que los padres no se quedaran sin casa, acaso el propósito era insolventar al vendedor para que este no respondiera con sus obligaciones? O para mayor entendimiento, que la DIAN no pudiera realizar un procedimiento de confiscación y así asegurar la permanencia de la madre en la vivienda. Respetuosamente solicito a su Señoría imaginar por un momento lo siguiente, pero antes solicito no pensar en los dichos narrados por las partes en la demanda y en los interrogatorios. Y pensemos única y exclusivamente en este escenario su Señoría: Dos hermanos realizan una negociación con su padre quien se encuentra en un avanzado estado de edad, el precio que se pactó es irrisorio al precio real de la propiedad, además no existe prueba de la realización de dicho pago<sup>1</sup>, esta operación de negocio produjo en consecuencia un aumento en el patrimonio de los demandados y una disminución en el patrimonio de los compradores. En consecuencia, el haber efectuado dicha donación donde el propósito fue la protección del bien inmueble o insolventarse para no responder ante la DIAN (como queda claro en la respuesta dada por el demandante en el minuto 16 y siguientes del audio del interrogatorio: “le hicieron creer a mi papá que la DIAN le iba a quitar la casa, lo cual coincide con lo dicho por los otros coodemandantes, en declaraciones anteriormente señaladas).

Bajo el escenario anterior, ¿qué puede inferirse claramente su Señoría? Sino, la simulación para defraudar el fisco público y con posterioridad a este fraude defraudar la masa sucesoral, ya que esta operación provocó una disminución tan grande en el patrimonio del vendedor que debía ingresar la masa sucesoral, que en la actualidad no se encuentran bienes objeto de sucesión. Su Señoría comprenderá que no es capricho de este litigante hacer énfasis en las limitaciones que tienen los padres y sus hijos a la hora de realizar títulos traslaticios de dominio, puesto que con ello se puede defraudar la institución de la sucesión. Nuestro legislador, siendo consciente de las múltiples artimañas que se realizan para defraudar la sucesión y a sus herederos ha establecido una serie de prohibiciones de orden legal como queda claro en los artículos, 1245 y 1524 del Código Civil. Así lo señala en su literalidad la norma mencionada, Artículo 1245:

“RESTITUCIONES POR DONACIÓN EXCESIVA. Si fuere tal el exceso, que no sólo absorba la parte de los bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, comenzando por las más recientes.

Lo que busca en últimas la ley es evitar la vulneración de las legítimas rigurosas, establecidas en el derecho de reserva hereditaria, ya que se vulnera mediante actos jurídicos la asignación hereditaria

<sup>1</sup>La prueba pertinente sobre el pago de una suma de dinero, en este caso sería un comprobante expedido por la entidad bancaria, pero no se encuentra prueba de ello en ninguna parte del expediente sobre la transferencia de estos recursos económicos.

como las legítimas forzosas y la cuarta de mejoras. En síntesis, la institución milenaria de la sucesión es defraudada, como su Señoría bien conoce, por las donaciones y ventas simuladas, las cuales continuamente llegan a los estrados judiciales. Señoría sobre esto, los demandados dirán ante su despacho que la Honorable Corte Constitucional a autorizado la venta entre padres e hijos, pero esto, no es una causa de exclusión para la impugnación del fraude a herederos, al fisco público y a terceros que resulten defraudados con estas ventas, puesto que estamos frente a una forma clásica defraudación de los intereses de otras personas (legitimados-acreedores y fisco público representado por la DIAN)

Concluyendo Su señoría, es clara la causa *simulandi*. Primero, eludir un posible cobro coactivo por parte de la DIAN, Segundo, defraudar los intereses de los demás legitimados por parte de los demandados. Señoría, de ser favorable el sentido de su decisión a nuestras pretensiones se estaría protegiendo normas de orden público como se establecen en el aparte del Código Civil sobre las sucesiones, al tiempo que usted estaría enviando un mensaje a todos aquellos que quieran defraudar a legitimados, acreedores y al fisco público representado por la DIAN, en las negociaciones realizadas entre padres e hijos en nuestro Municipio de Jericó Antioquia, o por el contrario, estaría usted convalidando una abierta ilicitud, pues se realizó un contrato de venta donde la voluntad no era el lucro por parte del vendedor y además no existió un incremento en el patrimonio del mismo.

Resuelto lo anterior, Su señoría, pasaremos a definir el tipo de simulación, esto es, relativa o absoluta, para ello consideramos pertinente citar a La Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SC3729-2020, donde indicó lo siguiente:

“El fingimiento, consecuentemente, puede ser absoluto o relativo. El primero, tiene lugar cuando los protagonistas no desean de ninguna manera la realización del convenio manifestado y lo hallan ausente por completo. El segundo, ocurre cuando la intención de los participantes se encamina a celebrar un negocio jurídico distinto al expresado. En vía de ejemplo, bajo una compraventa encubren una donación; también ciertas estipulaciones, como el verdadero precio; u ocultan la real identidad de los contratantes.”

Aquí lo relevante es establecer que sucedió realmente con el inmueble una vez realizada la negociación. Es claro su Señoría que el bien inmueble estuvo bajo posesión del vendedor durante el resto de sus días y quienes han convivido allí luego del deceso del vendedor, han sido una comunidad de hermanos alrededor de la madre. Y los únicos que no han vivido son los supuestos dueños. ¿Cómo se puede efectuar una compra venta sin que se realice la transferencia de la posesión? Cuestión que solo encuentra sentido en los hechos narrados por las partes al interior del proceso. Donde todos concluyen que la voluntad de sus padres era proteger el bien inmueble para que este no saliera del patrimonio familiar, sabemos por los distintos interrogatorios que para la fecha se encontraba un proceso de cobro de impuestos por parte de la DIAN, y como han dicho los testigos esta fue una presión que se puso frente al vendedor para que este realizara esta venta, y otros testigos afirman que el padre quería proteger el inmueble de otros hermanos más ambiciosos, aquí lo importante es la voluntad del vendedor quien según los testigos, deseaba que el bien inmueble se quedara protegido, esto es, evitar una posible embargo por parte de la DIAN. La voluntad real del vendedor, que es conservar un bien inmueble, es de plano contradictoria con la voluntad que se despliega en la compraventa, puesto que en la compraventa, el vendedor debe realizar un acto de enajenación de su propiedad, esto es, la propiedad se desprende de su dueño y se transfiere al comprador, es entonces que no se puede hablar de compraventa sin la transferencia de la propiedad, y en el caso en concreto, encontramos que la voluntad del vendedor es la conservación de la propiedad, tanto así que el y su esposa permanecieron en el inmueble hasta sus últimos días.

En estas alturas de la presente sustentación, puede determinarse que por las características del negocio jurídico analizado, la simulación puede ser absoluta, pues la voluntad de las partes no consistió en realizar una compraventa, sino por el contrario una donación o una entrega en administración de los bienes a sus hijos, sin embargo lo anterior, Su señoría cuenta con la libertad

de interpretación de los hechos, y concluir de conformidad a los mismos que tipo de simulación se configura en el caso concreto, ya que la simulación solo puede ser declarada luego del análisis de los hechos y el debate probatorio. Pues suele ocurrir que una simulación que se pensaba como relativa en un comienzo resulte ser absoluta al final de un proceso, puesto que el conocimiento sobre la voluntad de las partes solo es conocible al interior del proceso, ya que, por la naturaleza de los hechos, esto es, actos ocultos, solo es posible conocer mediante el debate probatorio, en relación con lo último, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SC3729-2020, afirmó lo siguiente:

“El juicio de simulación, como ha quedado explicado, puede recaer en la ausencia total del acto o contrato aparente o desembocar en uno distinto al exteriorizado, bien en cuanto a su naturaleza, ya respecto de su clausulado. Lo ideal es que la declaración solicitada coincida con las circunstancias de tiempo, modo y lugar expuestas para sustentarla. El aprieto surge cuando el pretensor la califica como absoluta, pero la soporta en hechos de la relativa o viceversa, o en forma mixta. La cuestión no ha sido extraña para la jurisprudencia.

En la sentencia anterior, la Corte cita varios ejemplos en los que ha casado sentencias donde el demandante comete el error de confundir la clase de simulación y el juez corrige el error emitiendo sentencia en el sentido correcto de los hechos, señala la corte:

“Lo expuesto deja bien claro que los hechos del litigio son los que determinan la institución o el régimen jurídico a aplicar, al margen de que las partes hayan acertado o no en su identificación normativa.” (P. 24).

Es de precisar en este punto que la prescripción tanto de la simulación relativa como de la absoluta es de 10 años conforme a lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil ya que la ley no hace distinción entre la caducidad de las acciones de simulación, por lo que debe aplicar la misma regla de prescripción para ambas simulaciones. Además, como bien sabe Su señoría, que la abundante jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, sobre el computo de la prescripción de las acciones en estos casos, ha establecido, que el computo inicia a partir que nace o surge el interés legítimo del demandante, que en este caso se da a partir del fallecimiento del vendedor, padre del demandante, así surge la legitimación en la causa por activa para demandar, pues antes del fallecimiento del padre del demandante, el demandado no tenía ninguna legitimidad jurídica para dar inicio a la acción por lo que no era aun un legítimo heredero. Además, debe observarse que no solo bastaría con la constitución de un interés legítimo para demandar, sino también con el conocimiento del acto ilícito que se realiza, pues por esencia estos actos jurídicos permanecen ocultos, y sería una desproporción jurídica obligar a que toda persona esté enterada de la ilicitud de los contratos, cuestión que se analizará con mayor precisión más adelante.

**Carencia de pago.** Como elemento principal de la compraventa debe probarse la existencia como tal de un pago, pues a falta del mismo se debe asumir que en esa transición económica existió una donación. Prueba sobre el pago que no quedó plenamente establecida en el proceso, observemos los apartes del expediente donde se hace alusión al pago.

Los testigos afirman lo siguiente:

La litisconsorte Dora Luz Ospina en la hora 1.19 no especifica lugar ni tiempo sobre el supuesto pago de 20 millones que dijo conocer, solo dice que se realizó una consignación por parte de la señora Lourdes y que periódicamente su Hermano Guillermo León le hacía unos pagos, pero no se suministró montos específicos ni fechas ni mucho menos las entidades bancarias donde se realizó dicho pago. La señora Lourdes en la hora 1:40 dice que como prueba del pago que realizó es un apunte en sus notas. Guillermo león, afirma que pagaba de contado y no recibía recibos de pago. No indica fechas ni montos específicos que se haya pagado.

De este mismos interrogatorios se puede observar que a pesar de haberse hecho retiros de bancos con los que supuestamente se realizaron los pagos, nunca se aportó dicha prueba en el proceso, cuando en estos casos la regla de la mejor prueba nos indica que la prueba idónea por parte de los

demandados hubiese sido presentar los extractos bancarios para aquella época y realizar una trazabilidad de los dineros que fueron propuestos para el fin de la compraventa, adolece también de la misma prueba idónea los soportes de recibo de unos supuestos pagos realizados por una Universidad.



## **Sobre el Avalúo del predio en discusión.**

Se tiene que del avalúo presentado ante el señor Juez A Quo posee una desproporción de mas de 22 veces más del precio pagado, esto es, que lo pagado supuestamente es el valor de 20.000.000\$ pero sin embargo el avalúo decretado por el Juez A Quo estableció un valor para la época en la que se vendió el bien inmueble de 285.811.834 \$ (Página 13 del avalúo), prueba que omitió el señor Juez A quo en su sustentación. Es de observar señor Juez de segunda instancia que las motivaciones para la solicitud de esta prueba pericial se realizaron en audiencia pública en el momento de su decreto, para lo cual se señaló explícitamente que esta prueba debía ser concedida ya que se pretendía establecer un indicio sobre la simulación, esto es observar que como el pago fue muy inferior del precio real, se podía inferir razonablemente que se trataba de una simulación pues en el fondo se estaría donando, esta prueba es pertinente para probar este indicio. Dado el propósito probatorio de esta prueba, no puede entonces suponerse que la misma se solicitó con el propósito de establecer una lesión enorme, como lo señalaron los demandados.

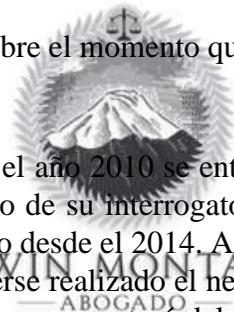
Sin embargo decretada esta prueba por el señor Juez A quo la misma fue desconocida y no valorada en su decisión. Los demandados propusieron que dicha prueba debía ser desestima ya que la misma no tuvo en cuenta la totalidad de la dimensión del predio, discusión que se dio en audiencia pública, con el propósito de impugnar el dictamen, cuestión que para este litigante resulta irrisoria, dado que el dictamen pericial solo se ajusto a realizar una valoración del área que se encontraba establecida en documentos públicos, ya que no podía dar por sentado que dicho predio era mayor que el establecido en escritura pública, ya que la obligación de establecer los linderos reales de dicho predio está en cabeza de Entidades administrativas en algunos casos o de Entidades Judiciales en otros, ya que la construcción física del predio resultó ser mayor al número de metros cuadrados establecidos en escritura pública. Lo único que permite afirmar lo anterior, es que el predio puede valer mucho más de lo puesto en el avalúo comercial, ya que se avalúo un lote de menores proporciones, al que se encuentra en la realidad.

Sí el señor Juez desconociera la prueba pericial para determinar el valor del predio como un indicio de donación puede observar que este indicio se puede establecer también por medio de lo dicho en distintas declaraciones en el proceso. El demandante en la demanda y en los interrogatorios sobre el precio, (precio que no fue controvertido) donde estableció un Precio de 400.000.000\$ para el momento de la realización del negocio jurídico. El precio para el año 2019 afirma el demandado en interrogatorio que era de 1000.000.000\$ porque según éste una casa vecina con las mismas características está siendo negociada por ese valor.

La litisconsorte Ana María Ospina afirma en la hora 1.09 que ella era Secretaria del comité de Cafeteros de la región y que por conocimiento propio ella sabe que esta organización le ofreció 700.000.000 muchos años antes de que su padre falleciera. Afirma que entre el 84 o 85 se realizó este ofrecimiento porque la cooperativa quería construir un edificio mucho más grande La demandada Lourdes afirma en minuto 1:37 que el valor comercial asciende a 1000.000.000 \$ Guillermo León, afirma que en minuto 1: 48 que el era imposible que una casa para la época de la compra valiera 20.000.000 \$ dice que valía más.

## **Caducidad de la acción de simulación e interrupción de la prescripción y conocimiento de los litisconsortes de la negociación fraudulenta.**

Del conocimiento de los litisconsortes sobre el momento que se enteraron de la negociación tenemos lo siguiente:



El testigo Hernán Ospina, señala que en el año 2010 se enteró del negocio. La Litisconsorte Ana Belén Ospina, en minuto 55:00 del audio de su interrogatorio, afirma que se enteró del negocio aproximadamente cuatro años atrás, como desde el 2014. Ana María Ospina en la hora 1:04 indica que se enteró 8 o 9 años después de haberse realizado el negocio que este existía. La litisconsorte Alva Luz Ospina en la hora 2:11, afirma que se enteró del negocio hace 4 años. De las anteriores afirmaciones puede determinarse que el conocimiento que tenían los litisconsortes sobre la existencia del negocio fraudulento fue mucho tiempo después de la realización del mismo e incluso tiempo después del fallecimiento del vendedor y padre de familia.

Sobre la caducidad de la acción de simulación e interrupción de la prescripción, **puede observarse Su señoría que** En el primer evento, la Corte tiene definido que cuando la acción de simulación corresponde al heredero o cónyuge sobreviviente, es decir, cuando se inicia por las consecuencias directas para ellos, por afectar la masa social o de la herencia, el fallecimiento del causante hace que estos adquieran, desde ese momento, *iure proprio* -la legitimación para actuar- y el término prescriptivo contará desde ahí. (CSJ, S. Civil, Sent. 119972016, ago. 29/16, entre muchas otras). Sí bien el Juez A quo tuvo en cuenta que el computo de la prescripción de la acción de simulación comenzaba a partir del momento en que surge el interés legítimo para demandar, como así lo señala la Honorable Cortes Suprema, este erró, cuando asumió que se había efectuado este fenómeno jurídico extintivo por haber sido notificados los litisconsortes necesarios cuando se admitió nuevamente la demanda, o sea el día 16 de enero de 2017. Aunque el Juez A quo no analizó la prescripción de cara a los artículos 94 y 95, 133 y 134 del C.G.P, artículos que no puso de presente para tomar su decisión, pero sin embargo son de obligatoria lectura para decretar la prescripción de la acción. Por esta razón es necesario, que Su señoría revise los cánones establecidos en estas normas para determinar con certeza la prescripción de la acción. cómo resulta lógico de lo anterior, su señoría deberá responder la siguiente pregunta: ¿el término que la ley impone para suspender la prescripción de la acción se computa para los litisconsortes necesarios desde que estos son vinculados al proceso, esto es, se pone a correr nuevamente el término desde que se decretó la nulidad del proceso hasta que se notificó a los litisconsortes necesarios, o si por el contrario aplica el canon establecido en el inciso cuarto del artículo 94 que se transcribe a continuación:

“Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.”

Es de superior importancia Su señoría que usted pueda precisar que el inciso antes transcrito hace alusión a los casos los cuales desde el inicio del escrito de demanda se ha señalado a todos los demandados, lo cual no aplica al caso concreto presente, donde surgió la necesidad de notificar a los litisconsortes necesarios a partir de la declaratoria de nulidad de la sentencia de primera instancia de la cual usted decreto, ya que solo con la declaratoria de nulidad que su Despacho realizó de la anterior sentencia ya nulitada surgió la obligación legal de notificar a estos nuevos sujetos procesales, pues es de recordar Su Señoría que una de las causales de nulidad del proceso se originó en la falta de notificación a todos los litisconsortes necesarios. Si se acepta que la interrupción de la prescripción de la acción de nulidad en el presente caso se da solo desde el momento en que se notifica a los litisconsortes necesarios, se estaría cometiendo varias lesiones al derecho sustancial y procesal, por las siguientes razones.

Primero, los demandados no propusieron en su momento, o sea en el término de la contestación de la demanda, la excepción previa de falta de todos los litisconsortes necesarios, como los establece el artículo 100 del C.G.P. que se transcribe a continuación.

“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.”

Momento oportuno donde el legislador propuso para proponer esta nulidad, que sin embargo los demandados en el presente proceso desaprovecharon. El legislador frente a la negligencia del demandado estableció por esta razón en el artículo 134 del C.G.P en su último inciso lo siguiente:

EDWIN MONTAÑA  
— ABOGADO —

“La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.”

Con lo anterior el legislador le está diciendo al demandado, que si este no propuso dicha nulidad en el momento determinado, esta no podrá ser aprovechada en propio beneficio, pues la norma hace alarde a la vieja máxima del derecho “nadie puede beneficiarse de su propia torpeza, culpa o dolo”. Resalta entonces que en el proceso no existe ninguna solicitud de nulidad o cualquier otra donde los demandados hubiesen requerido al Despacho la necesaria notificación de los litisconsortes necesarios, por el contrario, guardaron silencio y el día de hoy el juez A quo en vez de sancionar su torpeza la premia con la prescripción de la acción. Lo anterior es más claro aun si se tiene que la nulidad del proceso fue decretada por su Despacho de manera oficiosa cuando ya el proceso se encontraba en segunda instancia y no por una solicitud del demandado.

El Juez A quo cometió un error cuando decidió proferir nuevamente auto admisorio de la demanda, teniendo en cuenta que su Despachó decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia. Según esta orden dada por el Superior se debía integrar a los litisconsortes necesarios y no proferir nuevo auto admisorio de la demanda, además porque la demanda ya se había admitido, lo cual resulta ilógico, dado que esto altera por completo el término de la interrupción de la prescripción de la acción frente a los primeros demandados.

Otra circunstancia que resulta ilógica como consecuencia del decreto de la prescripción de la acción es la siguiente, es de recordar que los litisconsortes necesarios ADRIANA MARIA, GERMAN ALONSO Y ANABELEN OSPINA GÓMEZ (folio 214 y siguientes) coadyuvan la demanda, esto es, están de acuerdo con las pretensiones de la misma, y no propusieron excepciones de merito sobre la caducidad de la acción de simulación, por lo que se infiere razonablemente que renunciaban a la misma, pero sin embargo en el caso de estos litisconsortes necesarios prosperó la prescripción de la acción de simulación, lo cual resulta en un contra sentido. Por esta razón, lo más razonable hubiese sido que el Juez A quo realizara suspensión del término de la acción para los primeros codemandados esto es de los señores LOURDES FABIOLA Y GUILLERMO OSPINA GOMEZ, desde que estos fueron notificados y para los demás litisconsortes necesarios que por fuerza de una sentencia de nulidad fueron vinculados al proceso contaría dicho termino de suspensión de la prescripción a partir de que estos fueran notificados. Frente a estos casos precisos donde no se sabe como computar la interrupción de la caducidad de la acción cuando surgen nuevos litisconsortes necesarios, dice el profesor HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO.

“los términos de prescripción y caducidad implican que el ejercicio de las acciones se realicen dentro del plazo previstos, mal puede predicarse conducta negligente del demandante cuando demanda dentro del término adecuado, se tramitó el proceso y el juez de segunda instancia ordena notificar a un litisconsorte necesario, adicionalmente afirma: “que el derecho no puede exigir a sus asociados conductas de imposible cumplimiento”

Mas adelante en la misma obra el destacado profesor afirma lo siguiente:

“Para que se tenga como fecha de interrupción de la prescripción o de inoperancia de la caducidad la de la presentación de la demanda al juzgado al cual va dirigida y si son varios con idéntica competencia al reparto o a la oficina judicial encargada de hacerlo, será menester que una vez admitida la demanda o proferido el mandamiento ejecutivo, dentro del año siguiente al de la notificación al demandante del auto que admite o contiene el mandamiento, que se efectúa por estado, se realice la notificación de ésta al demandado, bien de

manera personal directa o a través de curador, pues lo único que exige la disposición es que dentro de ese amplísimo término se logre dicha finalidad. Si no es posible lo anterior (...) se tendrá como fecha de interrupción aquella en la cual se realice la notificación del auto que admite la demanda o del mandamiento de pago al demandado o curador, consagrándose una solución objetiva; es decir, que no se puede entrar a realizar análisis acerca de si la demanda no se notificó en tiempo por negligencia del demandante o del juzgado. Basta que no se efectúe la notificación dentro del plazo del año, sin que importe por culpa de quién, para que inevitablemente, sea la fecha de notificación al demandado la que se toma en cuenta para precisar si existe oportuna interrupción. (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso: Parte General. Dupré Editores. 2016. Pág. 565 y 566) — ABOGADO —

En síntesis, lo que estaría afirmando el profesor LÓPEZ BLANCO en su doctrina, es lo siguiente: la sanción prevista en el artículo 94 del C.G.P no puede aplicar cuando la falta de notificación se da no por negligencia del demandante sino por factores externos, que en algunos casos puede ser por las propias actuaciones de los Juzgados o por la contraparte. Por esta razón se observa que en el caso concreto el demandante no puede ser obligado a lo imposible ya que notificó a los demandados antes que feneciera el término de los 10 años que establece la ley, y no podía prever que en el futuro se le ordenara vincular a otros demandados a los que debió notificar desde el pasado.

### **La prueba indiciaria y la carga probatoria en los procesos de simulación.**

La honorable Corte suprema de justicia en sentencia de mayo 8 de 2001, expediente 5692, señaló lo siguiente:

*“En relación con la prueba indiciaria, la doctrina particular (nacional y extranjera), y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además de reconocer su grado de importancia en este campo, han venido elaborando un detallado catálogo de hechos indicadores de la simulación, entre los cuales se destacan el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica de los compradores, la falta de necesidad de enajenar o gravar, la documentación sospechosa, la ignorancia del cómplice, la falta de contradocumento, el ocultamiento del negocio, el no pago del precio, la ausencia de movimientos bancarios, el pago en dinero efectivo, la no entrega de la cosa, la continuidad en la posesión y explotación por el vendedor, etc.”*

Varios de estos hechos indiciarios, sin duda se configuraron en el presente caso, como se observó más arriba en esta sustentación. El negocio jurídico es realizado entre personas del primer grado de consanguinidad, se ocultó el negocio por lo que mucho tiempo después de haberse realizado los distintos familiares se enteraron de la ocurrencia del mismo; como se pudo evidenciar el pago del precio no existió o de haber existido fue por lo menos 22 veces inferior al valor real de la propiedad; tampoco se probó por parte de los demandados la existencia de transacciones bancarias y se hace alusión a la entrega de dineros en efectivo, y de forma protuberante emerge como hecho indiciario la continuidad en la posesión y explotación por parte del vendedor, pues como se observa por dichos en el proceso, el vendedor y su esposa permanecieron en el inmueble hasta sus últimos días. Un cúmulo de indicios importante que sus Señoría tiene a su disposición para que de forma sabia determine lo que realmente ocurrió en dicha venta.

### **Oponibilidad de los terceros de Buena fe.**

La honorable Corte Suprema de Justicia en Sala Civil en sentencia del 5 de agosto de 2013 con radicación 2004-00103-01 afirmó lo siguiente.

*“De todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden llegar a constituirse legítimos intereses en el mantenimiento de la situación aparente por parte de los terceros de buena fe. “...los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado –refiere la doctrina contemporánea– son los terceros de buena fe, los que obran en base a la confianza que suscita un derecho aparente; los que no pudieron advertir un error no reconocible; los que ‘obrando con cuidado y previsión’ se atuvieron a lo que ‘entendieron*

o pudieron entender', vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”.

La apreciación de la buena o la mala fe del tercero dependerá, respectivamente, de si ignoraba o conocía la voluntad real de las partes para cuando adquirió el derecho que resulta incompatible con la simulación.

Así, los terceros protegidos son los que creyeron en la plena eficacia vinculante del negocio porque no sabían que era simulado, es decir los que ignoraban los términos del acuerdo simulatorio, o, dicho de otra forma, los que contrataron de buena fe, a quienes el contenido de ese convenio les es inoponible.”

— ABOGADO —

Es Claro que no puede existir oponibilidad por parte del tercero que fue llamado al proceso, porque no existe buena fe, primero por el conocimiento que posee este tercero comprador de la existencia de un problema en la translación de los títulos, ya que este es abogado y conocedor de los distintos litigios que se han librado al redor del mismo predio. Además, es claro que la publicidad que genera la inscripción de la demanda puso en conocimiento público la existencia de un proceso judicial de simulación ordenado por el Juez A quo, la cual se efectuó el día 22 de mayo de 2019 y dicho tercero adquirió el 19 de febrero de 2020 y dicha escritura se inscribió el 5 de marzo del 2020.

### **Solicitud.**

De conformidad con lo anterior solicito respetuosamente al señor Juez muy respetuosamente, proferir nueva sentencia en remplazo de la primera instancia y no confirmar la decisión recurrida en razón a los argumentos expresados en la presente motivación.

Respetuosamente.

Edwin A. Montaña

---

**EDWIN ALBERTO MONTAÑA ALZATE**

C. C. No. 70.879.913

T.P. 283484 del C.S. de la J.