



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Ref.: Exp.: 05360 31 03 002 2019 00125 03

Magistrado Ponente: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Proceso: Verbal

Demandantes: FELIPE EDUARDO RESTREPO ECHAVARRÍA y otro.

Demandados: J.H. RESTREPO Y CIA. S.A. y otros.

Extracto: 1. De la aplicación del principio de la limitación en segunda instancia, por lo que la Sala solo se pronunciará frente a los reparos del apelante.
2. Para que se presente la simulación, es menester que se cumplan los siguientes elementos: primero, acuerdo simulado entre los contratantes; segundo, discordancia entre la voluntad interna y la declaración externa; y, tercero, intención de engañar.
3. Existiendo prueba de: infra precio, falta de causa, edad del enajenante, familiaridad, ánimo de beneficiar a unos herederos frente a otros en la eventual sucesión, preferencia de unos hijos en relación a otros; y en fin, diversos elementos indiciarios, se tiene que lo realmente celebrado fueron donaciones no insinuadas, por lo que se declara la nulidad parcial de tales negocios jurídicos, en lo que exceda el monto consagrado en el artículo 1458 del C.C..
4. dispuesta la nulidad se debe restituir a las partes al estado en que se hallarían como si no hubiese existido el acto o contrato nulo. revoca, estima pretensiones, y dispone reintegros a la masa sucesoria.

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia calendada el veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Itagüí.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

HERNÁN CAMILO y FELIPE EDUARDO, ambos de apellidos RESTREPO ECHAVARRÍA, actuando en nombre propio como para la sucesión y sociedad conyugal de sus extintos padres JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA y GLORIA LUCÍA ECHAVARRÍA VÉLEZ, promovieron proceso declarativo de simulación en contra de la persona jurídica J.H. RESTREPO Y CIA. S.A., así como contra sus también hermanos JUAN LUÍS, GLORIA MARÍA y ANDRÉS RESTREPO ECHAVARRÍA, estos tres últimos como accionistas de la sociedad y herederos determinados de sus fallecidos progenitores atrás mencionados.

Las pretensiones se presentaron así:

1. PRINCIPAL: Se declare que el contrato de cesión de 147.000 acciones de la empresa J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A. (hoy J.H. RESTREPO Y CÍA S.A.), celebrado mediante el acta No 12 del 2 de abril de 2.007, entre el finado JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA como cedente y aquella persona jurídica como cesionaria, es absolutamente simulado.

Como consecuencia se declare que tales acciones nunca salieron del patrimonio del extinto JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, y se ordene a J.H. RESTREPO Y CÍA S.A., realizar las correcciones pertinentes en el libro de registro de accionistas.

2. PRIMERA SUBSIDIARIA: Se declare la simulación relativa del aludido negocio jurídico, y en su lugar se declare que se trató de una donación sin insinuación; en consecuencia se ordene registrar en el libro de registro de accionistas las correspondientes correcciones.
3. SEGUNDA SUBSIDIARIA: Se declare que el contrato de cesión de acciones en mención, es inexistente; y consecuentemente se declare que las mentadas acciones nunca salieron del patrimonio de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, debiéndose disponer de las correcciones del caso en el libro de registro de accionistas.

4. TERCERA SUBSIDIARIA. Se declare la nulidad absoluta del mencionado contrato de cesión de acciones, lo que conlleva ordenar a la demandada J.H. RESTREPO Y CÍA S.A., realizar el registro del caso en el libro de accionistas.

La *causa petendi* se basó en que el 2 de abril de 2007, en asamblea extraordinaria de la persona jurídica RESTREPO E HIJOS Y CIA S.C.A., relacionada en el Acta número 12 y protocolizada mediante la Escritura Pública 1.303 corrida en la Notaria 20 de Medellín, en la verificación del *quorum* no apareció como socio el demandante HERNÁN CAMILO RESTREPO ECHAVARRÍA, además que FELIPE EDUARDO RESTREPO ECHAVARRÍA no se registró con su participación de quince (15) acciones privilegiadas sino una (1) sola, al igual que GLORIA ECHAVARRIA DE RESTREPO, cónyuge del socio gestor JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, y madre de los demandantes y codemandados.

En esa misma asamblea, el socio gestor JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, le “vendió” o “cedió” a la propia sociedad J.H RESTREPO Y CIA S.C.A. la totalidad de sus acciones (147.000) por su valor nominal.

Que en el artículo 19 de los Estatutos de J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A., establece que la cesión del interés social de un socio gestor exige realizar reforma estatutaria, que por ser solemne y por el tipo de sociedad que se trata, debe hacerse por escritura pública, negocio que en este caso no fue solemnizado, lo que la hace inexistente.

Que de considerar existente ese contrato, las acciones no hacen parte de los bienes de la sucesión del Socio Gestor ni de su cónyuge, con el fin de despojar a esta de los gananciales, y para que sus hijos demandantes no pudieran heredar las acciones en J.H. RESTREPO Y CIA S.C.A. con lo que ocurrió un desheredamiento de “facto”.

Que se trató de una simulación absoluta, por ser un traspaso ficticio, o en su defecto, relativa ,porque implícitamente se trató de una donación, máxime cuando la cesión se dio por el valor nominal de \$174'000.000,oo siendo que el valor intrínseco es superior a los \$5.000'000.000,oo.

También, que en esa asamblea se tomaron como decisiones:

- a. Se crearon dos clases de acciones, ordinarias y privilegiadas.
- b. Ratificar dos clases de socios: Gestor y comanditarios.
- c. Transformar la sociedad de comandita en anónima.
- d. Se creo la Junta Directiva.

Que el 20 de abril de 2007, dieciocho (18) días después de la cesión de las acciones, JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA actuando como socio gestor y gerente de la sociedad, suscribió un encargo fiduciario con CLARA INÉS PELAÉZ DE GÓMEZ, encargándola de la administración de una bodega de la sociedad, para que una vez aquél falleciera, se le entregara a su hijo y codemandante HERNÁN CAMILO, la renta mensual que producía, y si este a su vez moría, se la entregaría al hijo de este AGUSTÍN RESTREPO ISAZA.

En asamblea del extraordinaria del 31 de julio de 2007 (Acta N° 13), extrañamente se indicó que JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA tenía una participación de 60% con 147.000 acciones, cuando ya no era socio porque las había radicado en cabeza de la sociedad.

Que RESTREPO ISAZA tuvo varias desavenencias con sus hijos HERNÁN CAMILO y FELIPE EDUARDO, las que justifican las censuradas decisiones.

Que RESTREPO ISAZA falleció el 27 de mayo de 2013, y su cónyuge GLORIA LUCÍA ECHAVARRÍA VÉLEZ murió el 17 de diciembre del mismo año, y el proceso de sucesión se presentó el 27 de junio de 2017, pero en la diligencia de inventarios y avalúos no se incluyeron las 147.000 acciones, debido a la operación fraudulenta que acordó el socio gestor fallecido con

sus hermanos codemandados, afirmando que su padre era un experto simulador, y sabía cómo manejar perfectamente esa figura.

Por último, que como indicios de la simulación, se tienen:

- a. La intención de defraudar a sus hijos y esposa.
- b. El Socio Gestor continuó ocupando esa calidad hasta su muerte, pese a haber cedido sus acciones a la sociedad.
- c. Enajenación de todo un patrimonio a la sociedad para insolventarse.
- d. Relaciones de parentesco.
- e. Conocimiento de la simulación por parte de los demandados.
- f. Personalidad y carácter dominante del socio gestor fallecido.
- g. El precio irrisorio pagado por las acciones.
- h. Las generosas facilidades de pago.
- i. No justificación del destinado dado al dinero recibido por la venta.
- j. La permanencia del enajenante en la posición de socio gestor, pudiendo disponer sin limitación de todos los bienes, cuando había enajenado la totalidad de sus acciones.
- k. Haber ocultado la cesión de acciones a los demandantes y a terceros.
- l. Someter el encargo fiduciario con CLARA INÉS PELÁEZ GÓMEZ a la condición suspensiva de la muerte del RESTREPO ISAZA.

DE LA CONTRADICCIÓN:

Los demandados contestaron a la demanda, aceptando como ciertos algunos hechos y negando otros, e indicaron que ciertamente RESTREPO ISAZA cedió las acciones de las que era titular mas no su interés como socio gestor, lo que no se exigía de reforma estatutaria, porque a la transferencia de acciones en la sociedad en comandita por acciones se le aplica las normas de sociedad anónima.

Que dicha cesión fue aprobada por unanimidad en la Asamblea General de Asociados y no fue impugnada posteriormente, y el encargo fiduciario constituido por RESTREPO ISAZA fue con el propósito de garantizarle una renta mensual a su hijo HERNÁN CAMILO.

Sobre el Acta 12, que fue objeto de aclaración, indicándose que por error se incluyó una composición accionaria correspondiente a un periodo anterior, lo que fue elevado a Escritura Pública. Así propusieron como excepciones de mérito las siguientes:

1. “*REALIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO – INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN*”. Argumentando que el negocio de cesión de acciones fue real, y obedeció a la voluntad de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, por lo cual tuvo el pago del precio de la sociedad, la que asumió los gastos de la etapa final de su vida.
2. “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SIMULATORIA*”. Sosteniendo que el término se debe contar desde la celebración del contrato que fue el 2 de abril de 2007, configurándose el evento extintivo ídem día el 2 de abril de 2017.
3. “*EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO ATACADO*”. Alegando que la enajenación de acciones no exige como solemnidad que se realice reforma estatutaria ni que se efectúe mediante escritura pública, porque se aplican las normas de la sociedad anónima. En una sociedad en comandita por acciones, el socio gestor puede tener interés social y acciones, y la reforma estatutaria se requiere para la cesión del primero, pero no para la negociación de las segundas.

Finalmente, que no hay argumentos para sostener que se violaron normas sucesorales.

El Curador *ad litem* de los herederos indeterminados de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA y GLORIA LUCÍA ECHAVARRÍA VÉLEZ, indicó no constarle los hechos de la demanda y atenerse a lo probado en el proceso.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Después de hacer precisiones conceptuales sobre la simulación absoluta, la relativa, la inexistencia, y la nulidad absoluta del contrato, de la primera (simulación absoluta), que los demandantes como hijos de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, como herederos tienen interés para demandar.

Que los documentos allegados dan cuenta de la existencia de la sociedad, las modificaciones de su razón social, las diferentes asambleas, la cesión de las acciones por parte de RESTREPO ISAZA, pero de ellos no se desprende que esta última transacción hubiere sido ficticia.

También se tienen los dictámenes de los que se estableció que la sociedad no tiene documentos contables hace más de diez años, y que el valor intrínseco de las acciones es mayor al pactado en el contrato de cesión; y que les fue informado que la empresa no tiene copia del título original, documentos que los tiene cada socio, por lo que carecen de la carta referente a la negociación demandada, pues solo se presentó la copia del Acta 12 correspondiente a la Asamblea celebrada el 2 de abril de 2007, sin que sea posible comprobar el pago de las acciones.

Que no se logró establecer que RESTREPO ISAZA careciera de la voluntad de concretar la cuestionada cesión de acciones, como tampoco que hubo concierto de las partes con la intención de simular.

Que de los interrogatorios recaudados se desprende que la sociedad fue creada por el extinto RESTREPO ISAZA, quien siempre la manejo y tomó las decisiones para su funcionamiento, sin que de ello se advierta ánimo de

defraudar a los demandantes, ni existe prueba de algún propósito torticero del padre, como tampoco hay indicios que permitan establecer la simulación, como tampoco hay prueba de la intención de defraudar a los demandantes.

Jurídicamente era posible que RESTREPO ISAZA cediera sus acciones y continuara como socio gestor, e incluso pese a tal cesión, el socio gestor no quedó sin patrimonio, porque tenía dos millones de dólares que nunca fueron ocultados, y que se repartieron entre todos los herederos por partes iguales.

El solo hecho el parentesco no demuestra la simulación, ni hay elemento probatorio que permita establecer un concierto simulatorio; y en cuanto al precio irrisorio, que fue una conclusión del dictamen, prueba que no es clara, porque se desconoce cuál era comportamiento del mercado para el momento de la cesión, demás que ese indicio por sí solo no demuestra la simulación del acto.

Que las pruebas no señalan que hubo “*generosidad para el pago*”, ni se aportó prueba sobre la no justificación frente al destino del dinero cancelado, como tampoco se demostró que las acciones hubieran seguido en cabeza del cedente, ni se evidenció que se hubiere ocultado al demandante tal transacción.

Sobre el encargo fiduciario, la constitución de dos acciones privilegiadas, y la condición suspensiva, no son prueba de la simulación, incluso pueden considerarse como lo dijo el codemandado JUAN LUÍS RESTREPO, que el padre lo hizo para proteger a los hijos demandantes, concluyendo que no se demostró el concierto para engañar, o que la cesión constituyera un acto aparente, por la discrepancia de las voluntades, por lo que no se configura la simulación absoluta ni la relativa.

Frente a la pretensión de inexistencia basado en el incumplimiento del artículo 19 de los Estatutos de la Sociedad, se tiene que el Acta N° 12 que establece la cesión de acciones, fue elevada a Escritura Pública en la

número 1303 del 23 de abril de 2007 de la Notaría 20 de Medellín, aunque por regla general tales títulos son de libre negociación, por lo que no exige ningún tipo de solemnidad o autorización.

La solemnidad basada en el artículo 19 de los Estatutos no aplica, porque las acciones cedidas corresponden a la condición de socio comanditario y no al interés social del socio gestor, tal como se desprende del Acta N° 12, punto 4, donde aparece RESTREPO ISAZA en igualdad de condiciones de los demás socios; máxime cuando para la cesión de acciones del socio comanditario, no se exige ninguna solemnidad por lo que decae la pretensión de inexistencia.

Frente a la nulidad absoluta por objeto y causa ilícitas, no hay prueba que con la cesión, la intención de RESTREPO ISAZA fuera desheredar a sus hijos demandantes, y ello se quedó en simple afirmación, enfatizando que el endoso de las acciones se dio de forma legal, está revestida de validez y eficacia, sin que exista prueba en contrario. Tampoco se advierte que tal negocio esté contra el derecho, las buenas costumbres, o la moral.

Dejó en claro que la parte demandante renunció a sus testimonios, y los testigos de la demandada no dan cuenta de fraude en perjuicio de aquellos.

Respecto a la prescripción de la acción, que el interés surge a partir de la muerte de RESTREPO ISAZA, lo que ocurrió el 27 de mayo de 2013, por lo que no se configura.

Por lo anterior, desestimó las pretensiones y condenó en costas a la actora.

DE LA APELACIÓN:

La sentencia de primera instancia fue apelada por los demandantes, quienes presentaron como reparos:

1. Que se desconocieron precedentes judiciales vinculantes en materia de simulación.
2. Se inaplicaron las reglas de la sana crítica, y hubo indebida valoración probatoria.
3. Inadecuada aplicación normativa en cuanto a los artículos 1618 y 1766 del C. C., y el 8º de la ley 153 de 1887.

Ya en la sustentación indicó que la sentencia desconoció precedentes jurisprudenciales sobre la simulación, como son las sentencias SC2906 de 2021 y SC963 de 2022, entre otras, que tratan un tema similar al presente, enfatizando que RESTREPO ISAZA despojó de las acciones ordinarias a su esposa y dos hijos demandantes, pues a la primera y a FELIPE EDUARDO les entregó de a una (1) acción privilegiada, que corresponde al 10% de las utilidades sociales, mientras al hijo HERNÁN CAMILO lo dejó como beneficiario de un fideicomiso cuya renta mensual asciende a \$6'000.000,00, sumas todas menores a lo que legalmente les correspondería.

Respecto al segundo reparo, indicó que la función del Juez no es establecer la legalidad del acto acusado, sino desentrañar la real voluntad de los contratantes, como lo fue que el socio gestor quiso desaparecer el 100% de su patrimonio, despojando de gananciales a su cónyuge y de las legítimas rigurosas a dos de sus herederos, pero sin desprenderse del control de la sociedad.

Para lo anterior, se apoyó en otros actos aprobados ese día por la asamblea de la sociedad, como fue la creación de dos (2) acciones privilegiadas, una para la cónyuge y otra para uno de sus hijos, además de la constitución de un fideicomiso en beneficio de su otro hijo, HERNÁN CAMILO, quien no era socio de la empresa, con lo que estos dejaban de recibir lo que legalmente les correspondía, y pasaban a recoger lo que RESTREPO ISAZA decidió para ellos, con lo que mejoraba la situación de sus hijos privilegiados.

Alegó que el *a quo* valoró de forma indebida la prueba aportada y le dio una interpretación contraria a la realidad, pues los actos simulados se acreditan con pruebas indirectas como la indiciaria, donde en este caso aparecen los siguientes: 1) el que el socio gestor cedió a la sociedad de la que era representante, la totalidad de su patrimonio mercantil que equivalía al 60% de la sociedad, por un precio irrisorio; y, 2) el mismo día se crearon dos acciones privilegiadas un fideicomiso para su cónyuge y los dos hijos demandantes.

La causa *simulandi* fue evitar que por sucesión o liquidación de la sociedad conyugal, la cónyuge y los hoy demandantes tuvieran las legítimas rigurosas que les corresponderían, quedando solo para repartir por fuera de la sucesión unos dólares y unas acciones, con lo que se buscó beneficiar a los demandados; y le dejó a su cónyuge e hijo FELIPE EDUARDO, a cada uno de acción privilegiada, por la que recibían el 10% de las utilidades de la empresa, mientras para HERNAN CAMILO constituyó un fideicomiso que en la actualidad le renta \$6'000.000,00, todo lo cual se desprende de los interrogatorios de los demandados.

Que como ese propósito es contrario a la ley, la causa es ilícita.

Argumentó que para superar la inhabilidad del socio gestor para actuar al mismo tiempo como cedente y cesionario, la asamblea de accionistas autorizó a la sociedad para la adquisición de esas acciones, con lo que RESTREPO ISAZA no ganó dinero sino que perdió, porque lo hizo por el valor nominal de las acciones, mas no el comercial o intrínseco que era muy superior, y adicional concedió 36 meses para el pago, mientras que la sociedad no ganó nada con readquirir las acciones, porque cuando eso pasa estas pasan a la reserva y dejan de producir dividendos, y con ellas no se realizó ninguna de las labores previstas en el artículo 417 del C. de Co..

Entonces, si no había móvil de ganar dinero u otro que justifique la cesión, se debió analizar si el objetivo del negocio era beneficiar a algunos

herederos y desmejorar a los otros y a la cónyuge, pues al estar las acciones en la reserva de la sociedad, incrementan el valor de las que tenían los hijos privilegiados, quienes quedaban con el control del 100% de las mismas, y los demandantes y la cónyuge se tendrían que conformar con las dos acciones privilegiadas y el fideicomiso.

Que el precio irrisorio es plena prueba de la simulación, y se deduce del valor consignado en la declaración de renta de la demandada del año 2007, donde la totalidad de las acciones se cuantificaron en \$2.101'571.000,00; mientras que las razones que dio el demandado JUAN LUÍS RESTREPO ECHAVARRÍA para justificar la cesión, no son ciertas porque no se buscó proteger a la cónyuge y a los actores, y por el contrario se les desmejoró en sus legítimas y gananciales, sin que tampoco se explicara cuáles eran los beneficios tributarios, además el socio gestor tenía liquidez representada en ahorros en el exterior y otros títulos de depósito, por lo que es ausente la necesidad de enajenar.

Otro indicio, es que el socio gestor cedió una parte muy importante de su patrimonio a sus hijos predilectos, y si bien muchos de sus bienes los repartió de forma equitativa entre sus herederos, la participación en la sociedad solo la conservaron los demandados, siendo este el mejor activo del causante.

Destacó que los demandados como hijos del socio gestor, firmaban todo lo que su padre les decía, siendo este quien tomaba las decisiones de la sociedad, quien a propósito, fue quien hizo los aportes para constituirla, y que era autónomo en las decisiones.

La sociedad alegó haber destruido su contabilidad con más de diez años, lo que imposibilitó el trabajo a los peritos para determinar el valor de las acciones para el año 2007, y no se pudo acreditar su pago, ni se corrió traslado de una supuesta constancia del revisor fiscal sobre el pago.

Ahondó que como indicios se tiene: el precio irrisorio, el cual se difirió a 36 meses para su pago, sin que la demandada demostrara en qué utilizó el socio gestor el dinero recibido por dicha cesión; que el cedente siguió siendo quien tomaba las decisiones en la sociedad; lo sospechoso del tiempo del negocio, pues el cedente tenía 86 años de edad, y buscaba dejar sus asuntos arreglados; y, que el negocio solo se conoció hasta después de la muerte del socio gestor y de su esposa, cuando no se incluyeron las acciones como activo sucesorio.

De otro lado, que en el Acta N° 12 se dijo falsamente que FELIPE EDUARDO había asistido a la asamblea, cuando ello no fue así, sumado a que en la contabilidad ni en el libro de registro de accionistas aparecen los títulos de esas 147.000 acciones debidamente endosadas por el socio gestor.

Otro indicio es que se dispuso que las acciones privilegiadas y el fideicomiso, empezarían a rentarle a los beneficiarios sus utilidades a partir de la muerte del socio gestor, lo que prueba que más que estipulaciones mercantiles son sucesorias, máxime cuando al adquirir la sociedad el paquete accionario, las acciones quedaban congeladas en la reserva sin producir ningún rédito, lo que ningún buen administrador haría porque se traduce en pérdidas.

El socio gestor era un experto simulador, y de ello da fe la Escritura 456 del 27 de febrero de 1991, el acta 22, y la misma constitución de la J.H. RESTREPO Y CÍA..

Todo lo anterior lo recapituló en que: se equivocó el *a quo* al concluir que el acuerdo simulatorio no se demostró; se aplicaron indebidamente los artículos 1618 y 1766 del C.C., y el 8º de la ley 153 de 1887; se desconoció la jurisprudencia citada; y, no se tuvieron en cuenta sus alegatos.

Pronunciamiento de los no recurrentes:

Que se desestimó la pretensión principal y las subsidiarias, pero los reparos a la sentencia solo se refieren a la primera, sin reprochar las segundas, por lo que el pronunciamiento solo debe hacerse frente a la simulación.

De otro lado, que se configuró la prescripción extintiva, porque contar el término desde el fallecimiento del gestor va en contra de la seguridad jurídica de los negocios, pues el término para el contratante corre igual que para sus herederos, porque ambos están atados al contrato y no pueden separarse de él.

Que en los precedentes judiciales argüidos, lo allá debatido es diferente a lo que nos ocupa, y en las presentes se demostró que RESTREPO ISAZA siempre fue respetuoso con su cónyuge, tenían una bonita relación, y su intención nunca fue defraudarla; por el contrario, siempre la sostuvo en las mejores condiciones, tal como lo declararon MARÍA LUISA VILLA RESTREPO y HUMBERTO FERNÁNDEZ RESTREPO, por lo que no se evidencian malas relaciones familiares.

Que según el relato de MARÍA LUISA, el maltrato hacía GLORIA LUCÍA ECHAVARRÍA provenía del demandante HERNÁN CAMILO RESTREPO ECHAVARRÍA.

Que la sentencia SC963 de 2022 tiene un contexto muy diferente a los hechos de esta demanda, pues en este caso no se probó que el padre quisiera aprovecharse de la fortuna de la esposa, o que haya querido afectar los gananciales, y por el contrario, quedó acreditado que RESTREPO ISAZA quiso proteger a su familia, tomando provisiones para después de su muerte.

La readquisición de las acciones por parte de la sociedad no fue una enajenación en bloque de RESTREPO ISAZA, porque las mismas partes declararon que en vida de su padre, este en varias oportunidades repartió su patrimonio entre sus hijos, en partes iguales; además en el proceso de sucesión de los esposos RESTREPO ECHAVARRÍA, se consideró un activo

de \$639'000.000,00, por lo que las 147.000 no correspondían a la totalidad del patrimonio del cedente.

No existía ánimo de dejar a los demandantes sin bienes, porque el patrimonio siempre lo repartió por partes iguales entre sus hijos, incluso a los demandantes los dejó protegidos con una acción privilegiada y un fideicomiso, lo que es contrario a quererlos desmejorar.

El señor RESTREPO ISAZA continuó administrando la sociedad porque era socio gestor y tenía interés social, por lo que en esa condición no tenía necesidad de conservar las acciones, porque aun cediéndolas conservaba la administración de la sociedad y de las acciones, y el salir de ellas le representaba ventaja en materia tributaria y de planeación patrimonial.

Que nada impedía que las acciones se negociaran por el valor nominal, y el que el precio debía ser mayor solo es una especulación, porque no existe prueba del mercado en el año 2007, además el perito cae en el error de considerar que el valor de una acción en una sociedad en comandita por acciones, debe valorarse igual que la de una sociedad anónima.

En ese punto el dictamen carece de certeza, porque los peritos indicaron que nunca habían presentado un dictamen, y que no tomaron como referencia la información contable a la fecha de la transacción sino de la más próxima, posterior a la transacción; además no valoraron la empresa para poder determinar el valor de las acciones, y no tenían claras las diferencias entre una sociedad en comandita por acciones y la anónima.

Dentro del proceso de sucesión allegado como prueba, se encuentra certificación del revisor fiscal del 23 de febrero de 2017, no controvertida, que da cuenta de la realidad de la operación, y el señor RESTREPO ISAZA tenía la libertad de una padre de familia para gestionar su patrimonio, y su voluntad era que las acciones dejaran de estar en cabeza suya y pasaran a la reserva de la sociedad, sin que en ello se vislumbre intención torticera.

Para destruir los documentos contables de la sociedad, estuvo amparado en el artículo 28 de la ley 962 de 2005 en concordancia con la Sentencia C832 de 2006, y el concepto 220-088375 del 27 de septiembre de 2012 de la Superintendencia de Sociedades.

Los motivos expuestos por JUAN LUÍS RESTREPO ECHAVARRÍA para la cesión de las acciones, son simples suposiciones que la parte demandante tomó como afirmaciones; y sobre el “*tiempo sospechoso del negocio*” por la edad del cedente, hubiese sido sospechoso si este hubiera tenido problemas de salud que hicieran previsible su muerte, pero no era así, ya que falleció cinco (5) años después de celebrado el negocio, siendo hasta el último día de vida una persona lúcida y capaz, tal como declaró MARÍA LUISA VILLA, persona que lo acompañó en su lecho de muerte.

La falta de necesidad para enajenar no solo se puede medir desde lo económico, ya que pueden ser muchos los factores para tomar esa decisión, siendo además el valor nominal perfectamente válido, y más cuando la parte demandante no probó el comportamiento del mercado para el año 2007, además que la operación no fue oculta y se registró en los libros de la sociedad, y como HERNÁN CAMILO no era accionista desde el 2002, no había razón para que se enterara, mientras que FELIPE EDUARDO, sí lo era, e incluso participó en la asamblea del 2 de abril de 2007.

Las relaciones de parentesco por sí solas no son indicio de simulación, y tampoco hay prueba del concierto simulatorio entre RESTREPO ISAZA y J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A. (hoy S.A.), el cual es uno de los presupuestos más importantes para la simulación, y no se desprende del hecho que el cedente fuese socio gestor, y que los codemandados JUAN LUIS, GLORIA MARÍA Y ANDRÉS RESTREPO ECHAVARRÍA no tuvieran participación activa en la sociedad. Si existe duda sobre ese acuerdo simulatorio se debe conservar el contrato.

Que no existió propósito de engañar a terceros, y por el contrario el señor RESTREPO ISAZA siempre veló por los intereses de su esposa e hijos, incluso de su nieto AGUSTÍN hijo del demandante HERNÁN CAMILO, quien no se hizo cargo de aquel por sus problemas de drogadicción. Los testigos y demandantes declararon que RESTREPO ISAZA siempre veló por los intereses de su familia.

En síntesis, que no estaban probados los presupuestos de la simulación.

Así las cosas, agotado el trámite de instancia, se resolverá la alzada, previas:

CONSIDERACIONES

INTROITO:

Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno; así mismo, examinada la actuación procesal en ambas instancias, no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por lo que están presentes las condiciones necesarias para proferir sentencia de segunda instancia.

De otro lado, del principio de la carga de la prueba, se tiene que el interesado debe probar el supuesto de hecho previsto en las normas para obtener el efecto jurídico perseguido; aunado que el juez debe fundar la decisión en las pruebas regular y oportunamente allegadas, tal como lo prevén los artículos 167 y 164 del C. G. del P..

Considerando la alzada en estudio, y debiéndonos circunscribir estrictamente a los argumentos expuestos por el apelante tal como se desprende del artículo 328 del C. G. del P., que en la correspondiente

impugnación se ciñeron a que se declarara la simulación deprecada, el problema jurídico a resolver se formula en los siguientes términos:

¿Están satisfechos los presupuestos legales para declarar la simulación del negocio jurídico celebrado el 2 de abril de 2007, según el cual quien en vida se distinguía como JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, y quien era el socio gestor de la persona jurídica J.H RESTREPO Y CIA S.C.A., le vendió o cedió a esta la totalidad de sus acciones en tal sociedad?

Se itera, el problema se fija así, ya que los recurrentes no presentaron ningún reparo en lo que concierne a la inexistencia o nulidad absoluta del censurado negocio jurídico. Es más, de los argumentos impugnatorios se censura que con la cesión de acciones de marras, el causante lo que pretendía era que en materia hereditaria solo se beneficiaran sus hijos codemandados, ello en desmedro de los demandantes con quienes tenía igual relación de parentesco.

Si ello es así, lo reclamado e impugnado es referente a una simulación relativa (presentada como primera pretensión subsidiaria¹), mas no absoluta, tal como se explicará en esta decisión.

También valga reiterar que la Sala se referirá exclusivamente a la simulación demandada y a la que se aludió en el problema jurídico atrás formulado, no solo porque el principio de la limitación así nos lo impone, sino también en respeto a la libertad de empresa prevista en el artículo 333 Constitucional, por lo que las decisiones adicionales que se plasmaran en el acta soporte de la acción así como las subsiguientes, no serán examinadas, máxime que respecto a uno de los demandantes se tuvo un mecanismo jurídico como era el previsto en el artículo 191 del C. de Co. visto en armonía con el canon 382 del C. G. del P., normas que a propósito, contemplan un breve lapso de caducidad para demandar.

SOBRE LA SIMULACIÓN:

¹ Ver folio 8 archivo 02 cuaderno 1ª instancia.

Doctrinalmente sobre lo intitulado se ha indicado:

"... el acuerdo de las partes para emitir concordantes declaraciones de voluntad contrarias a lo que realmente quieren con el fin de engañar a terceros", la cual cuenta con los siguientes elementos configurativos: "a) Conciencia de los contratantes para determinar la no conformidad entre lo declarado y no querido en la realidad; b) Concertación de los contratantes para el acuerdo así diseñado y, c) El propósito de engañar a terceros.", habiéndose insistido que su presencia se da cuando; "los contratantes aparentan celebrar un negocio que no han querido en ninguna de sus partes" y la simulación relativa cuando "los contratantes realmente han querido determinado negocio, pero ocultan su verdadera naturaleza, o simplemente, sin ocultar su naturaleza alteran su contenido o sus condiciones, o disimulan la atención acerca de las personas entre quienes se realiza"².

Sobre la misma institución, la Corte en Sala Civil, ha dicho:

"[s]i bien las escrituras públicas que se otorgan para perfeccionar acuerdos de voluntades son medios de prueba de las obligaciones que de ellas emanan, no siempre su contenido es fiel reflejo del querer de los pactantes, ya sea por el propósito de distorsionar la realidad de lo convenido o al hacer aparecer como cierto lo que en puridad no sucedió.

"Por esto, la jurisprudencia de la Corte, con base en el artículo 1766 del Código Civil, desarrolló la teoría de la «simulación de los contratos» en virtud de la cual, quien se vea seriamente lesionado con el negocio aparente, tiene acción para que salga a la luz su verdadero alcance, con el fin de que desaparezca la fachada que impide hacer efectivos los derechos del afectado.

"No se trata, pues, de una discusión sobre la validez del acuerdo por la presencia de vicios que afecten su perfeccionamiento, sino de un medio tendiente a que se revele la esencia de lo que resulta ajeno a la realidad, ya sea por mera suposición o por desfiguración.

"Así lo recordó en CSJ SC9072-2014, al precisar que:

""[l]o usual en los contratos escritos es que lo consignado en ellos corresponda al querer de los pactantes, sirviendo como un registro de los deberes y derechos recíprocos convenidos, a más de un medio idóneo para hacerlos valer (...) No obstante lo anterior, casos hay en que las estipulaciones expresadas disfrazan la voluntad de los intervinientes. Es así como la Corte ha desarrollado la figura de la simulación, con base en el artículo 1766 del Código Civil, diferenciándola en dos clases: De un lado la relativa, que sucede cuando a un acuerdo se le da un aspecto contrario al real, por ejemplo si se hace pasar por una venta lo que es una donación. Por otra parte la absoluta, en el evento de que no exista ningún ánimo obligacional entre los actores, verbi gratia si se aparenta una insolvencia para afrontar reveses económicos." Sentencia CSJ SC11997-2016, citada en la SC3452-2019 del 27 de agosto de 2019. Subrayados fuera del texto.

² Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil, T. 3, de las obligaciones, 5ª edición, Temis, Bogotá, 1978, Págs. 73, 78-79

Así, la simulación implica fingir o imitar un acto que no lo es, pudiendo ser absoluta o relativa, tal como se dijo y precisó en líneas anteriores, circunscribiéndose la apelación en estudio a la segunda de ellas, pues lo que se censura es que se quería favorecer vía sucesión a algunos de los hijos del causante en desmedro de los otros; es decir, según los demandantes se daba el ropaje de cesión de acciones, a lo que en últimas iba a ser un beneficio hereditario.

O sea, el negocio censurado sí tenía ánimo de producir efectos jurídicos, por lo que se descarta la simulación absoluta.

Recapitulando, para que se presente la simulación, es menester que se cumplan los siguientes elementos: primero, el acto ha de ser voluntario y querido por los contratantes de manera consciente; segundo, elemento volitivo de las partes para realizar el acto simulado; y, tercero, intención de engañar, asuntos en los cuales la prueba indiciaria tiene papel preponderante para desentrañar la realidad del contrato que se cuestione³, sin que se excluyan los demás medios probatorios.

DEL INTERES PARA DEMANDAR LA SIMULACIÓN:

Tratándose de acciones simulatorias, un contrato celebrado *inter partes* solo a ellas las afecta, mas no a terceros que no fueron parte en el pacto. Sin

³ Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de marzo de 1.985, dijo; “... generalmente los simulantes asumen una conducta sigilosa en su celebración puesto que toman previsiones para no dejar huella de su fingimiento y, por el contrario, en el recorrido de tal propósito, procuran revestirlo de ciertos hechos que exteriorizan una aparente realidad. Porque como en la concertación de un acto simulado generalmente las partes persiguen soslayar la ley o los derechos de terceros, los simulantes preparan el terreno y conciben urdirlo dentro del marco de la más severa cautela, sin dejar trazos de su insinceridad. De suerte que enseño, para tal efecto, la astucia, el ardid, la conducta mañosa y soterrada. Es entonces explicable que desde antaño, la doctrina haya expresado que el que celebra un acto simulado rehúye el rastro que lo denuncie; y lo rodea con toda las precauciones que su cautela y cálculo le siguieran. Ante esta situación, la prueba de la simulación se torna tortuosa, por la índole de la reserva en que se han colocado las partes, lo que explica que quien combate el acto fingido en determinadas circunstancias, sólo pueda acudir a los indicios”. Subrayado extra texto.

embargo, ello tiene excepciones, como cuando se está frente a herederos de alguna de las partes en el contrato, sobre lo cual la Corte ha dicho:

“Es común escuchar que tercero es todo aquel que no es parte contratante. Y parte contratante es la que, prestando su consentimiento, convino en el negocio jurídico; en sólo las partes se radican los efectos inmediatos del contrato, convirtiéndose, según el caso, en acreedoras y deudoras. Quien, antes bien, no da asenso en la formación y vida jurídica al negocio, es un tercero; a él, que no es parte, no lo afecta el contrato, ni para bien ni para mal; por consiguiente el contrato celebrado por otros no podrá tornarlo ni en acreedor ni en deudor. Una y otra cosa, en trasunto, habla del afamado principio de la relatividad de los contratos, conocido también con el aforismo res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest.

“Necesario es precisar, sin embargo, que personas hay que sin ser propiamente las celebrantes del negocio, no pueden ser consideradas como absolutamente extrañas al mismo, y por eso los efectos de aquel, sobrevenidas ciertas circunstancias, se radicarán en ellas. Trátase del fenómeno de la causahabencia, a cuyo estudio se contrae la Corte, habida cuenta que no es tampoco este el lugar para caer en la ingenua y presuntuosa idea de abrazar uno a uno todos los eventos de los terceros. Así que se colma la necesidad de hoy memorando no más terceros que los causahabientes. Y no bien se mencionan éstos, y a punto salta la frase sentenciosa de que quien contrata no sólo lo hace para sí sino también para sus sucesores universales. Porque es verdad irrecusable que quien a este título obra, es el continuador del patrimonio del causante, se identifica con él, le recibe todos los elementos patrimoniales transmisibles, y en consecuencia se torna, incluso sin saberlo, en acreedor o deudor de las relaciones patrimoniales de aquél, salvo apenas algunas excepciones.

“Vistas desde este ángulo las cosas, entonces, los herederos a ese título no son literalmente terceros, desde luego que sobrevenida la muerte del autor del contrato, inmediatamente ocupan allí su lugar. Entran a derechas en el contrato.

“Con todo, cabe una distinción. Recuértese que el anterior colofón ha partido de una premisa ineluctable cual es la de que se trate de cosas que el heredero ha recibido del causante, o sea de las que pueden ser objeto de transmisión por causa de muerte. Para decirlo en breve, de cosas que vienen en el patrimonio dejado por el causante. Porque hay derechos que surgen de la condición misma de heredero y que, por ende, el causante no ha podido transmitirle. Tal el derecho que él tiene a ciertas asignaciones forzosas. Si un contrato celebrado por su causante -por caso el de donación- hiere su derecho, velando por su interés propio estará tentado a hostigar la eficacia y el alcance de convención semejante. En tal caso no habla en el puesto del causante; habla para sí propio. Sucederá de este modo cuando por ejemplo el testamento, cuyo autor obviamente es el causante, maltrate su derecho. Dirá que esa manifestación de voluntad pasó de largo ante ciertos límites, y que por lo tanto se la considere ineficaz en cuanto a lo suyo. Y así podrían citarse otras eventualidades. Lo importante es resaltar que en ocurrencias semejantes el heredero se coloca no en el contrato sino por fuera del mismo, porque juzga que enturbia sus derechos, perspectiva desde la cual es perfectamente válido afirmar que entonces fungirá de tercero”⁴.

En ese mismo sentido, la misma alta Corporación otrora había indicado:

⁴ Cita realizada por la SALA CIVIL, en sentencia del 31 de agosto de 2012, Expediente 11001-31-03-035-2006-00403-01.

“Ahora bien, como la acción de simulación es de linaje patrimonial, es transmisible y, por ende, los herederos del simulante tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulados los actos celebrados por el causante, ya sean herederos forzosos, ora sean herederos simplemente legales (...).”

“Los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoar la acción de simulación, porque formando parte tal acción de la universalidad transmisible del causante, se fija en cabeza de los sucesores universales, como los demás bienes transmisibles. “Basta, pues, la vocación de herederos forzosos, o simplemente legales o testamentarios, para que quien goce de ella tenga interés jurídico para ejercer las acciones que tenía su antecesor y pueda ejercitarlas en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera” (...).”

“En lo que atañe con la acción rescisoria por lesión enorme, ocurre lo propio que con la acción de simulación, o sea, que por tratarse de una acción personal, de carácter patrimonial, es igualmente transmisible a los herederos y, por ende, éstos están legitimados para deducirla respecto de un contrato de compraventa celebrado en vida por el *de cujus*”.

“Trátase de acción simulación, de resolución o rescisión –por lesión enorme-, los herederos de quien contrató en vida, están legitimados en causa para incoarlas, ya que haciendo tales acciones parte de la universalidad transmisible del causante se fijan en cabeza de los sucesores universales como los demás bienes”. (Cas. Civ. De 19 de diciembre de 1962, T.C., pág. 290).⁵

Lo anterior para decir que la Sala advierte interés de los demandantes, que no están pidiendo para ellos mismos, sino, para la sucesión, por lo que es viable definir de fondo el asunto.

Debe dejarse en claro que del acta número 12, se indica que el codemandante FELIPE RESTREPO ECHAVARRÍA estuvo presente en la sesión; incluso, se vio beneficiado con la constitución en su favor de una acción privilegiada, lo que aparte de darle los beneficios que se desprenden del artículo 379 del C. de Co., tendría un dividendo del diez por ciento (10%) de las utilidades empresariales.

Frente a tal documental el actor en cita se limitó a decir que no era cierto, que él no estuvo en dicha asamblea, donde siendo la suya una negación indefinida no requería de prueba (inciso final artículo 167 C. G. del P.), por lo que era a la contraparte a la que le correspondía lo pertinente, y esta

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, sentencia mayo 20 de 1987.

cumplió con el acta de marras, la que tiene presunción de veracidad cuando el demandante la está considerando en apoyo de sus pretensiones, incluso luego fue elevada a Escritura Pública, lo que lleva a la conclusión que FELIPE RESTREPO ECHAVARRÍA sí estuvo en la sesión.

No obstante tal situación, en nada cambia su posición procesal, en la medida que aquí no se juzga la asamblea en sí, sino, la cesión de acciones que uno de los socios hiciera, por lo que considerando que se demanda para la sucesión, seguiremos con el análisis del asunto.

DE LAS DONACIONES NO INSINUADAS:

Sobre este punto la jurisprudencia condensando lo intitulado, indicó:

“En la acusación, cuyo contenido valga decir no es la primera vez que se plantea ante la Corte, se endilga al *ad quem* la violación directa de la ley sustancial por falencias en la aplicación del artículo 1458 del Código Civil, después de su reforma mediante el canon 1º del Decreto 1712 de 1989; o en otros términos, se indica que la ausencia de insinuación en una donación conlleva a su nulidad absoluta, sin que sea posible considerar válida la porción del negocio jurídico que no exceda de los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes consagrados en la normatividad.

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

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

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

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

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

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

“Y, contra lo opinado por el censor, la interpretación en comentario en ninguna forma se opone a lo dispuesto por el artículo 1740 del código civil, según el cual ‘es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes’; pues la insinuación y la nulidad que su carencia acarrea están referidas nada más que a la cuantía de la donación, por lo que nada se opone que el contrato sea válido hasta la mencionada suma en la medida en que la ley no prescribe para ello la aludida autorización.

“Es que, bien mirado el asunto, en lo fundamental la modificación al artículo 1458 no consistió más que en aumentar, por razones obvias, de dos mil pesos a cincuenta salarios mínimos el valor a partir del cual la donación ha de ser insinuada y de otro lado, en facultar al notario para otorgar la correspondiente autorización en los eventos ‘en que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal’.

“Por lo demás, vistas las cosas desde la perspectiva que viene de analizarse, no podría concluirse más que la finalidad de la insinuación, que obedece a ‘intereses de orden superior’, no es en el fondo otra que la de proteger al donante, quien en tal virtud, antes como ahora deberá demostrar para obtener esa autorización que conserva lo necesario para su congrua subsistencia (artículo 3º decreto 1712 de 1989), lo cual explica que el comentado requisito sea en lo esencial meramente cuantitativo. Al fin y al cabo, hay que decirlo, donar no es de ninguna manera un acto ilícito; jamás lo ha sido y muy seguramente jamás lo será; y al punto resulta ser así que la ley nunca ha mirado con malos ojos, desconfiadamente, a quien es magnánimo, bienhechor con sus congéneres. Antes bien, aceptando la filantropía y el altruismo de algunos, adopta medidas, como de hecho lo es la insinuación, para precaver que esa generosidad no llegue a extremos tales que pueda comprometer su propia subsistencia o la de los suyos”⁶.

“3. Abordado nuevamente el tópico bajo estudio se encuentra que los razonamientos transcritos, dado su acierto y buen juicio, conservan actualidad y vigencia, sin que se vislumbren o existan razones ni motivos, como tampoco los aporta el recurrente, para variar lo que hasta ahora ha sido un criterio interpretativo estable, imponiéndose por fuerza reiterar el recto entendimiento que se viene dando al artículo 1458 del Código Civil conforme al texto modificado por el Decreto 1712 de 1989.”⁷ Cursivas y citas dentro del texto, subrayado fuera de él.

De tal manera, si la parte interesada prueba que el negocio jurídico debatido, no correspondía a compraventa, sino, a donación, lo que nos adentra en los

⁶ Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 2003, exp. 7593; reiterada, entre otras, en Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2010, exp. 15076.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Sentencia SC6265-2014. 19 de mayo 2014.

supuestos de la simulación relativa, y si tales dádivas fueron sin la debida autorización, deben ser declaradas nulas en lo que exceda de cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes para la época del contrato, pues así lo prevé el artículo 1458 del C.C..

DE LA VALORACION PROBATORIA Y SOLUCION AL CASO:

En lo intitulado estriba el quid del asunto, porque dicen los recurrentes que la simulación demandada está llamada a ser acogida, en la medida que lo pertinente fue probado a través de indicios de los que hace extensa alusión. Es decir, la apelación se basa en los elementos probatorios, por lo que nos adentramos en su estudio para resolver el problema jurídico planteado.

En primer lugar, se tiene por dilucidado que el negocio jurídico que se demanda en simulación, corresponde al plasmado en el Acta de Asamblea Ordinaria número 12 realizada por la persona jurídica J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A.⁸, la cual figura a folios 103 al 110 del archivo denominado “01- DEMANDA Y ANEXOS”, donde tal documento no fue redargüido de manera alguna, y habiendo sido allegado oportunamente y con las oportunidades de contradicción del caso, se estima necesario para decidir al satisfacer los criterios del artículo 244 procesal civil.

Dicho instrumento en su parte pertinente, reza:

⁸ Protocolizada esta en la Escritura Pública 1303 del 23 de abril de 2007 (fl. 115 Archivo 01- DEMANDA Y ANEXOS), realizándose las siguientes Reformas Estatutarias: 1) Transformación de dos acciones ordinarias a privilegiadas, ella en nombre de FELIPE RESTREPO ECHAVARRÍA y GLORIA ECHAVARRÚA DE RESTREPO; 2) Reforma artículos 18 y 21 de Estatutos Sociales: La sociedad tendrá 2 clases de socios, gestores y comanditarios. En caso de falta del gestor gerente HERNÁN RESTREPO ISAZA asume JUAN LUÍS RESTREPO ECHAVARRIA, quien requiere autorización de la asamblea; y en caso de muerte del socio gestor HERNÁN RESTREPO ISAZA la sociedad se convertirá en anónima; 3) Adicionar los artículos 41, 42 y 43 de Estatutos Sociales: Composición de la junta directiva, reuniones y funciones de la Junta Directiva. Ya en la Escritura Pública 172 del 30 de enero de 2015, se protocoliza Acta 21 del 13 de enero de 2015, transformándose la sociedad en anónima.

6.4 Adquisición de Acciones Propias:

Por unanimidad, se aprueba la adquisición, por parte de la sociedad, de ciento cuarenta y siete mil (147.000) acciones J.H. RESTREPO Y CIA S.C.A., por un valor unitario de \$ 1.000,00 contra la reserva para la adquisición de acciones propias por el mismo valor.

El precio total de las acciones será pagado en un plazo que no supere los tres (3) años, en cuotas mensuales iguales de \$ 4.100.000,00.

La sociedad adquirirá las ciento cuarenta y siete mil (147.000) acciones al señor Hernán Restrepo Lasza, previa renuncia al derecho de preferencia por parte de todos y cada uno de los demás comanditarios.

También y desde la misma acción, se indicó que en favor del codemandante HERNÁN CAMILO RESTREPO ECHAVARRÍA se constituyó un fideicomiso, que se tituló "*Encargo fiduciario revocable de administración con destinación específica*", figurante a folios 111 y siguientes del "*Archivo 01-DEMANDA Y ANEXOS*". En la demanda se dijo que en virtud de tal acto, el beneficiario recibiría los rendimientos mensuales que generara un bien inmueble, que según se confiesa en el escrito sustento de la apelación, para el año pasado ascendía a seis millones de pesos.

De tal encargo, el recurrente en cita reconoce que el beneficio le es entregado desde que se cumplió la condición pertinente, esto es, el deceso de su padre, al punto que en su interrogatorio el actor en referencia sostiene que no es que se le haya perjudicado, sino, "*que su padre no fue equitativo*".

Y es que en tal interrogatorio (minuto 1:44:05 archivo 32-Grabación-Aud.Inicial-1ª parte), HERNÁN CAMILO indicó que la sociedad de la que cuestiona la cesión de acciones, está compuesta básicamente de propiedad raíz, y que con el fideicomiso que consistió en que le dieran mes a mes la renta de una bodega, fue con el fin de asegurarle la supervivencia.

Su posición sobre la cesión de las acciones, es que fue un negocio simulado, para lo que se basó en el precio irrisorio y el amplio plazo que se dio para pagar, todo para beneficiar a los "*hijos predilectos*", sumado a que su padre no tenía necesidad de vender.

Insistió que el negocio tuvo como fin menguar los intereses de los hijos a los que se quería sacar de la herencia; y todo se hizo a espaldas suyas y de FELIPE, argumento este parcialmente contrario a la realidad, pues tal hermano, como se advirtió, participó en tal reunión, y en este caso el acta tiene presunción de veracidad, independientemente del liderazgo que su padre tuviera en la empresa.

Llama la atención que el deponente indicara que en vida su padre lo sacó dos veces de la sociedad, y al final quedó fuera de ella porque a veces “*tenían discrepancias*”; es decir, que acepta que estaba al margen de la sociedad, y si ello era así, los negocios de la misma le resultaban ajenos.

Del demandante en cita es dicente que para su progenitor presentara problemas comportamentales, derivados a que su vástago estudió en varias universidades pero no terminó ninguna carrera, estudios que sufragó su padre, que incluso tuvo que asumir la manutención y educación de un hijo del codemandante en cita, donde si bien es cierto ello no justifica que se le esquilmen sus derechos, si explica un trato diferente -incluso asegurarle la manutención-, a quien no hacía aportes a la industria familiar.

Por eso el decir de tal deponente sobre que no es que su padre lo haya perjudicado, sino que no fue equitativo con todos los hijos, es creíble dentro del contexto probatorio que se seguirá analizando.

En cuanto al interrogatorio de FELIPE EDUARDO RESTREPO (Minuto 2:12 archivo 33-Grabación-Aud. Inicial-2ª parte), afirmó que antes de la muerte de su padre se dio cuenta que la sociedad J.H. RESTREPO fue un esquema para defraudar a unos herederos legítimos y que a su madre la despojaron de los gananciales, sin que ella se diera cuenta; pero que después de aquel deceso, comenzaron a salir a luz cosas que él no sabía y aparentemente ilegales, como el desheredamiento de él y su hermano CAMILO, de lo que fueron cómplices sus hermanos demandados.

Afirmó que antes que su padre muriera, lo dejaron de invitar a las reuniones de la sociedad y lo excluyeron de muchas cosas, y después de tal suceso se dio cuenta que a él y a su madre, les dejaron de a una (1) acción preferente, que significaba que tenían derecho al 10% de las utilidades, pero de esa sociedad lo que valía más eran los activos.

Que hubo un acta de la reunión donde se hizo una reforma social muy importante, indicándose que él había participado, y no fue así, ello era falso, aunque tal reunión se hizo por los años 80.

Que consiguió los balances de la sociedad, y supo que el año anterior facturaron alrededor de \$1.000'000.000,00. También afirmó que siempre vivió con sus padres, y a veces tenía discrepancias con su papá pues era muy dominante.

Del negocio de la cesión de las acciones, que fue simulado porque no hubo dinero de por medio, pues su padre tenía buena posición económica y no necesitaba vender; y que dentro del proceso de sucesión no conoció la certificación del Revisor Fiscal sobre el pago de las acciones.

Que es cierto que junto a sus hermanos repartieron DOS MILLONES DE DÓLARES (USD 2'000.000), correspondiéndole a él CUATROCIENTOS MIL DÓLARES (USD 400.000), pero que ello fue después de la muerte de su padre, y esos recursos no hacían parte de la sociedad.

Dejó en claro que su padre le regaló un apartamento en el centro, y de su madre heredó otro apartamento y una finca, pero no recuerda que se hayan repartido los bienes en dos ocasiones adicionales, y que la acción privilegiada consiste en que cada año le dan el 10% de las utilidades de la sociedad, pero es sabido que lo que vale son los activos.

Finalizó indicando del acta de asamblea, que no es cierto que él hubiera participado en la misma, y que no la impugnó porque de todo eso se dio cuenta después de la muerte de su padre.

Entrando a los interrogatorios de los demandados, empecemos por el Representante Legal de la sociedad demandada y también codemandado JUAN LUÍS RESTREPO ECHAVARRÍA (minuto 31:41 archivo 33-Grabación-Aud. Inicial), quien de entrada manifestó que nunca trabajó en los negocios de su padre, y cuando este murió, de representante legal suplente de la sociedad él pasó a ser el principal.

Que en 2007 su padre hizo unos cambios a la sociedad, creó acciones preferentes, y constituyó un encargo fiduciario, con el fin de beneficiar a sus hermanos demandantes, de quienes su progenitor consideraba que necesitaban más protección. Que también el causante le otorgó una acción preferente a su madre para protegerla, cambios en los que buscaba beneficios tributarios, y porque necesitaba mayor liquidez para sus últimos años, porque era quien sostenía a su madre, a su hermano FELIPE que siempre vivió con él y no trabajaba, y, a su hermano CAMILO y el hijo de este (AGUSTÍN), quien desde los nueve años de edad fue entregado a sus padres (JUAN HERNÁN y GLORIA LUCÍA), quienes asumieron su manutención.

Que su padre nunca administró el patrimonio que su madre adquirió por sucesión, siendo su hermano FELIPE quien le manejaba el dinero a aquella; aunque su padre como propietario de la sociedad, era quien tenía el gobierno de la misma y tomaba las decisiones, desconociendo a qué arreglos llegó su padre con su madre y sus hermanos FELIPE y CAMILO.

Indicó no saber la razón por la que su padre hizo modificaciones en la sociedad y que se debían cumplir cuando él muriera, diciendo creer que tal vez fue para quitarle atribuciones al socio gestor.

Que sus padres al momento de morir no tenían inmuebles, y los muebles de la casa fueron enlistados en la sucesión, además que su padre en vida hizo varias reparticiones de bienes a todos los hijos por igual, y después de muerto, su hermano ANDRÉS, por orden de su papá, distribuyó a cada uno de a CUATROCIENTOS MIL DOLARES (USD 400.000), adicionalmente a CAMILO le dejó depósitos por \$200'000.000,00, que este ya reclamó.

Dijo ignorar el motivo para la cesión de esas acciones, pero presume que fue por efectos impositivos y para proteger a CAMILO y a FELIPE, porque dadas las condiciones de estos, su padre consideraba que no eran capaces de manejar dinero, al igual con su mamá que estaba enferma. Enfatizó que ninguno de sus hermanos demandantes trabajó, pues FELIPE siempre vivió en la casa de su papá, por eso este les quiso asegurar el futuro. Ambos tuvieron relaciones difíciles y conflictivas con su papá.

Dijo no saber cuál es el valor intrínseco de las acciones de la sociedad.

Afirmó que su padre en dos ocasiones lo ayudó en unas quiebras que tuvo, en la primera le compró unos bienes, y en la segunda le dio \$200'000.000,00 que después compensó en la segunda repartición de bienes que hiciera. Finalizó diciendo que los recursos para la constitución de la sociedad, fueron puestos por su padre, sin que los demandantes hicieran aportes.

La codemandada GLORIA MARÍA RESTREPO (minuto 58:26 archivo 33-Grabación- Aud. Inicial- 2ª parte), expuso que siempre estuvo muy alejada del negocio familiar, y que cuando tenían las reuniones su padre les decía lo que iba a hacer y ellos firmaban, siendo este quien administraba y tomaba las decisiones de la sociedad, aunque nunca mandó sobre la herencia que recibió su madre.

Que luego de la muerte de su padre se repartieron entre los hijos DOS MILLONES DE DÓLARES (USD 2'000.000), correspondiéndoles a cada uno

de a CUATROCIENTOS MIL (USD 400.000), aunado a otros repartos parciales de sus bienes que hizo su padre.

El codemandado ANDRÉS RESTREPO ECHAVARRÍA (minuto 1:06:40 archivo 33-Grabación-Aud. Inicial-2ª parte), de entrada dijo que desconoce el funcionamiento de la sociedad porque es odontólogo, y toda su vida ha transcurrido en actividades relacionadas con su profesión, y que era su padre quien la manejaba; y que si iba a las reuniones su papá decía que hacer y se aceptaba porque este era autónomo en el manejo y decidía qué se hacía, siempre por el bien de la sociedad.

Desconoce las razones por las cuales su padre dispuso que cuando muriera la sociedad pasara a ser anónima, eso sí, que en la sucesión de sus padres quedaron incluidos todos los bienes que existían, enfatizando que su papá fue quien aportó el capital para formar la sociedad, desconociendo la razón por la cual cedió las acciones a la empresa, de las que ignora su valor intrínseco.

Que por instrucciones dadas por su padre en una carta, él fue el encargado de repartir los DOS MILLONES DE DÓLARES (USD 2'000.000) que habían en una cuenta en Panamá, y a cada uno le correspondió de a 400.000 dólares; aunado que el causante con anterioridad repartió algunos bienes.

También se recaudaron testimonios, por lo que comenzando con el de HUMBERTO FERNÁNDEZ RESTREPO (minuto 41:35 archivo 57-Grabación-Audiencia Ins. Y juz. 1ª parte), sobrino del difunto JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA y primo de demandantes y demandados, indicó que fue muy amigo de JUAN HERNÁN en los últimos 20 años de vida de este, siendo conocedor de la existencia de la sociedad en la que este unificó todos sus negocios.

Que en vida su tío JUAN HERNÁN ayudó a todos sus hijos, les dio apartamentos, incluso se encargó un tiempo de la manutención del hijo de

CAMILO, y que la relación de aquel con su esposa GLORIA ECHAVARRÍA era excelente, y que no les conoció dificultad, al igual que con sus hijos a quienes los ayudó mucho, pues FELIPE siempre vivió con ellos, y de CAMILO, quien tuvo problemas de drogadicción que afectaban mucho a JUAN HERNÁN, trataron de ayudarlo incluso con la crianza de su hijo.

Que su tío JUAN HERNÁN manejaba sus negocios con mucha autonomía, al igual que nunca le escuchó algo contra sus hijos, ni palabras de rechazo o desprecio, ni percibió desmejora en la economía de los demandantes a partir del año 2007.

Cree que su tío nunca utilizó los dineros de su cónyuge, ni le escuchó comentarios sobre defraudar a su esposa o a sus hijos CAMILO y FELIPE, y por lo que lo conocía no cree que fuera así; recalcando que fue una persona lúcida y pensaba en sus negocios hasta el momento que murió.

Nunca percibió a su tío JUAN HERNÁN como simulador, o persona que engañara en sus negocios, y de los problemas de drogadicción de CAMILO, solo sabe lo que escuchaba sobre ello.

También testificó MARÍA LUISA VILLA RESTREPO hija de la codemandada GLORIA MARÍA RESTREPO (minuto 1:14:06 archivo 57-Grabación-Audiencia Ins. Y juz. 1ª parte), por ende nieta del extinto don JUAN HERNÁN, quien de entrada manifestó que desde que ella tiene uso de razón su tío CAMILO tiene problemas de drogadicción y alcoholismo, tanto que al hijo de este, AGUSTÍN, se lo tuvieron que llevar de su lado cuando tenía siete años, porque no estaba en las mejores condiciones.

Quienes se lo llevaron fueron su madre, su hermana PAULA VILLA y la misma testigo, y que el niño se quedó viviendo con ellas diez años, y quien asumía los gastos de su manutención era su abuelo JUAN HERNÁN, y desde ese momento la relación con CAMILO fue nula, mientras con su tío FELIPE el trato fue normal, hasta que murieron sus abuelos.

Su abuelo JUAN HERNÁN era autónomo y era quien tomaba las decisiones de su negocio, su fortuna la hizo a pulso. No se le podía tocar el tema de sus negocios, pero cada vez que decidía se asesoraba de expertos en el tema, siendo exageradamente legalista.

No conoce de la transacción de acciones en el 2007, pero fuera lo que fuera el abuelo lo hizo de buena fe y muy bien asesorado.

Según lo que ella vio y vivió en la familia, su abuelo JUAN HERNAN no tenía preferencia por ninguno de sus hijos, incluso a los demandantes los dejó asegurados con la acción preferente y el fideicomiso, porque sabía de los problemas de ellos, y varias veces en vida hizo repartición igualitaria de sus bienes entre sus hijos.

Era muy cercana a su abuelo JUAN HERNÁN, quien estuvo lúcido hasta el último día de vida, quien tenía una relación muy linda con su esposa, le daba gusto en todo, la sostuvo toda la vida, por eso es descarado decir que él en algún momento pensó en defraudarla económicamente.

Su abuelo HERNÁN no tuvo tratos diferenciales con sus hijos, incluso a pesar de las dificultades que tuvo con CAMILO por sus adicciones, siempre buscó su bienestar, igual con FELIPE a quien manuvo en la casa sin que este hiciera algo.

El adjetivo de “*simulador experto*” no cabe con lo que fue su abuelo toda la vida; sin embargo, ello contrasta con el documento figurante a folios 199 a 201 principal, el que suscrito el 1º de marzo de 1991 por JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA y sus hijos HERNÁN CAMILO, FELIPE EDUARDO, JUAN LUÍS, GLORIA MARÍA y ANDRÉS RESTREPO ECHAVARRÍA, en su parte pertinente indica:

SEGUNDO : Que en esta reunión extraordinaria de la Junta de socios se trata como único tema de explicar a los socios que la venta del anterior inmueble a favor del socio Felipe Eduardo Restrepo Echavarría, se hizo únicamente para buscar alivios tributarios a la sociedad Restrepo Isaza e Hijos, que es en realidad la única dueña de dicho inmueble en su totalidad y con todas sus mejoras y anexidades.

En consecuencia el Socio Felipe Eduardo Restrepo Echavarría; hoy presente, manifiesta a los demás socios que lo contemplado en la escritura #456 del día 27 de Febrero de 1,991 de la Notaria once de Medellín, no surte ningún efecto para él, sino para la sociedad RESTREPO ISAZA E HIJOS.

Siguiendo en el testimonio en cita, en relación de su abuelo JUAN HERNÁN con FELIPE, antes de morir aquel, era cordial y compasiva; y con CAMILO en los tres o cuatro últimos años hubo acercamiento, pues este lo buscó y tuvieron un mejor trato, incluso tal tío le dijo que el patriarca lo había perdonado.

Ahora, entrando a lo que corresponde a la experticia contable recaudada (Archivo 43- Experticia Contable Dic 9 de 2021), en ella se advierte que se les entregó a los expertos el libro de accionistas, informándoseles que no tenían el título original de las 147.000 acciones, porque los mismos los tienen cada socio y la sociedad no guarda copia, además que con fundamento en el artículo 28 de la ley 962 de 2005 se les dijo que la sociedad carece de documentos contables de más de diez años, como tampoco tenían carta relacionada con la negociación de las acciones.

Sobre el documento que respalda la cesión, indicaron que es el Acta 12 correspondiente a la asamblea del 2 de abril de 2007, y que se echa de menos el contrato de cesión, orden escrita del cedente socio gestor a la sociedad para registrar la enajenación (artículo 406 del C. de Co.), ni se obtuvo información sobre el pago de las acciones. Que en tal acta no se observan los estados financieros certificados dictaminados con corte a diciembre 31 de 2006, ni el informe de gestión que se enuncian como anexos; tampoco se aporta información sobre la situación patrimonial de la sociedad.

Respecto al valor intrínseco de las acciones para 2007, que no se conservan documentos con más de diez años, pero les facilitaron la declaración de renta del periodo contable de ese año, la que fue presentada en 2008 siendo tal por acción el que resulta de dividir el total del patrimonio (activos menos pasivos), entre el número de acciones en circulación, excluidas las readquiridas.

En la declaración de renta del año gravable 2007 diligenciada con fundamento en los estados financieros al 31 de diciembre de ese año, el patrimonio líquido de la sociedad ascendía a \$2.102'571.000,00, que dividido en 245.000 acciones, arroja como valor intrínseco fiscal de cada acción \$8.581,92, de donde:

$$\$8.581,92 \times 147.000 \text{ acciones} = \$1.261'542.600,00 \text{ paquete accionario}$$

De otro lado, que desde el ámbito de los negocios no se entiende la razón para vender la acciones por el valor nominal que es un 11.6% del intrínseco fiscal, cuando la utilidades fiscales (renta líquida gravable) del 2007, según la declaración de renta, fueron \$209'390.000,00 de los cuales le correspondían al socio gestor el 60% luego de cancelados los impuestos de \$71'193.00 (sic), es decir le correspondía \$82'918.200,00.

El valor intrínseco de las acciones para el año 2020, se calculó igualmente con la declaración de renta del año gravable de 2020 presentada en el 2021, dando como resultado un Patrimonio líquido de \$12.162'406.000,00 equivalente a 245.000 acciones, que si no tuvieran reserva el valor sería de \$49.642,47 por acción, en consecuencia:

$$\$49.642,47 \times 147.000 = \$7.297'443.090,00 \text{ paquete accionario al 2020.}$$

Patrimonio líquido declaración de renta 2020: \$12.162'406.000,00/
 $\$49.642,47 \times 147.000 = \$7.297'443.090,00.$

De tal manera los expertos concluyeron que si la transacción hubiere tenido el objetivo de “*planeación tributaria*”, se hubiese vendido al valor nominal con una prima de colocación de acciones, correspondientes al exceso del valor intrínseco sobre el valor nominal, lo que representaría un beneficio tributario, por lo que ese no era el objetivo al establecer el precio de la transacción.

Ya en la vista pública el perito LUÍS OSCAR VARGAS ESTRADA⁹, indicó que en la visita a la sociedad les mostraron el libro de actas, donde constaba la autorización de la Junta para la cesión de las 147.000 acciones del socio gestor; aunque no se les enseñaron los títulos originales, diciéndoseles que en esa sociedad lo tiene el respectivo accionista.

Que junto al otro perito les dijeron que tampoco existía contrato de venta de esas acciones, y que la sociedad no tenía documentación de más de diez años de existencia, por lo que no tenían balances ni estados financieros del 2007; pero sí poseían la declaración de renta de ese año donde pudieron observar el monto del patrimonio líquido, con base en el que calcularon el valor intrínseco de las acciones para ese momento. Para ello tomaron el patrimonio líquido y lo dividieron por el número de acciones en circulación, lo que arrojó un valor de cada acción de \$8.571,00.

Así mismo, para establecer el valor de la acción para el año 2000, se les entregaron los documentos contables, entre ellos la declaración de renta de esa anualidad, donde aparecía un patrimonio líquido de \$12.162'000.000,00, y se procedió de la misma manera arrojando como valor intrínseco \$49.642,00 por unidad accionaria.

El segundo perito, LUÍS FERNANDO MARTÍNEZ SIERRA (minuto 2:10:00), dijo que les entregaron el acta que autoriza la transacción en la cual se anuncian unos anexos que no les suministraron, tales como estados

⁹ Minuto 1:57:48 archivo “57-Grabación-Audiencia Ins. Y juz. 1ª parte”.

financieros, certificaciones y los informes de gestión; por eso tuvieron que recurrir a los valores tributarios de las declaraciones de renta.

Debido a la ausencia de esos documentos no se pudo determinar el valor contable de las acciones, pero con el tributario se observa que ello es mucho mayor al valor nominal, siendo cierto que se pueden destruir los documentos con más de diez años, pero la norma también establece que debe existir un medio efectivo de reproducción en caso de requerirse judicialmente.

Respecto al beneficio de vender las acciones por el valor nominal y no intrínseco, se tiene que en la forma como se dio la transacción no había una estrategia tributaria que pudiera generarlo, y que no lo hubo de ese carácter.

Dijo que es la primera vez que rinde dictámenes periciales, pero en el informe se indicó que habían utilizado los métodos que usualmente usaban en sus otras pericias, aclarando que había hecho dictámenes de tipo particular mas no judicial, agregando que no existía contrato físico del contrato de venta de las acciones, pero ello no desvirtúa la existencia del pacto, pues el mismo puede ser verbal, pero que a quien le solicitaron la información no supo decirles la forma en que habían contratado.

La anotación de la cesión de las acciones está en el libro pero no lo pudieron verificar, aunque contablemente se hizo el registro de tal operación.

En el Acta se dice que se cumplieron los requisitos para la readquisición de acciones, pero no hay evidencia de la existencia del reglamento que establezca el procedimiento para esa readquisición, sin que se diga que en ese momento se está renunciando al derecho de preferencia, sino que dice que cuando se presente esa renuncia se adquirirán las acciones.

Cuando se readquieren acciones por la sociedad, en el fondo esos títulos pasan a ser de los accionistas, precisando que los derechos políticos y económicos de las acciones readquiridas los ejerce la sociedad.

Dijo que no se pudo establecer exactamente el valor de las acciones para abril de 2007, porque en la sociedad no existen documentos contables ni estados financieros de esa época, pero se tomó la información tributaria más cercana a esa fecha que fue de diciembre anterior, siendo la registrada en la declaración de renta de 2004, y así se determinó el valor fiscal, aclarando que la experticia se realizó con la declaración de renta de 2007 presentada en 2008.

Las utilidades reportadas en la declaración de renta de 2007, son las del año en el que se efectuó la readquisición de las acciones, además que su valor intrínseco puede diferir del comercial, y que al haberse cedido las acciones al valor nominal, tributariamente tuvo como efecto fiscal para el cedente que no tuviera que pagar impuestos.

La última conclusión del dictamen, se refiere al efecto que tuvo la enajenación frente a la sociedad y no al enajenante.

Finalizó diciendo que el artículo 28 C. de Co. autoriza la destrucción de los documentos de comercio de más de diez años, pero conservando la forma de reproducirlos. Frente a ello el apoderado de la demandada le preguntó si conocía el concepto de la Superintendencia de Sociedades del 27 de septiembre de 2012, a lo que el auxiliar indicó que para él reiteraba lo de la norma.

De la valoración indiciaria:

Ninguna de las pruebas atrás relacionadas, de manera aislada demuestran la simulación deprecada, por lo que hemos de adentrarnos en la valoración indiciaria, en la que debe cumplirse lo previsto normativamente, esto es, que los hechos indicadores estén debidamente probados, debiéndose apreciar

en conjunto de acuerdo a su gravedad, concordancia y convergencia, tema del que la doctrina especializada ha enunciado:

“... En el indicio, por el contrario, las pruebas directas solo dejan al descubierto la existencia del hecho indicador, el cual sirve de punto de partida al sentenciador para la elaboración de un razonamiento que le permitirá inferir, al momento de dictar el fallo, una conclusión que se enmarca siempre en el campo de la probabilidad, pero que a la luz de las reglas de la experiencia deviene altamente probable o convincente, al punto de no albergar ningún margen de duda razonable.

“De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial, pues no se tiene ningún contacto sensorial con el hecho desconocido, sino sólo con situaciones que, una vez demostradas, el entendimiento humano puede ligar con el acontecimiento que finalmente se pretende establecer.

“Cabe advertir, sin embargo, que aun cuando la inferencia racional es una condición de posibilidad para la elaboración de las hipótesis indiciarias, ello no asegura la verdad necesaria de sus proposiciones, como quiera que aquélla está conformada por juicios derivados de la experiencia que, por muy convincentes que se nos muestren, albergan la posibilidad de ser falibles o contingentes.

“El indicio presenta una estructura lógica que consiste en un razonamiento que parte de una premisa especial (el hecho probado), para arribar a una conclusión hipotética (el hecho desconocido), a la cual se llega gracias a una regla de la experiencia (altamente probable), que es la que le otorga un amplio margen de convicción, dentro de los parámetros de lo razonable y de lo que la cotidianidad nos revela.

“El fundamento de las reglas de la experiencia está constituido por la constancia que se observa en una relación de causa a efecto, es decir por la costumbre que se tiene en una serie causal.

“De ahí que el valor racional de la inferencia indiciaria es siempre de probabilidad, pues basta un solo hecho que refute o contradiga el enunciado que se cree verdadero, para que se vea mermado el grado de confianza que en él se tiene, a pesar de lo cual es posible concebir hipótesis indiciarias que suelen alcanzar el carácter de concluyentes el estar más allá de todo margen de duda razonable porque las máximas de la experiencia les otorgan un alto grado de convicción.”

...

“De ahí que esta Corporación haya precisado que *“el mérito probatorio del indicio se encuentra íntimamente relacionado con la aptitud que tenga para llevar al juzgador a inferir lógicamente la existencia del hecho investigado, es decir, de la mayor o menor conexión lógica que encuentre entre el hecho indiciario y el hecho desconocido por probar, de acuerdo con las reglas de la experiencia o de la lógica, pues entre más ajustada a tales reglas resulte la inferencia, mayor será su significación probatoria.”* (Sentencia de Casación Civil de 25 de noviembre de 2002)”. Cursivas y cita dentro del texto. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 19 de diciembre de 2013, Rad.: 11001-31-03-022-1998-15344-01.

Es así, los indicios y como lo dijo la Corte en la sentencia atrás citada, *“deben ser concordantes, convergentes y graves”*, siendo: lo primero, la conexión entre los hechos indicadores; lo segundo, que apunten a una misma

dirección; y, lo tercero, entendido con la relación de causalidad con el hecho que se quiere probar.

Entre los indicios están: relación entre el patrimonio del enajenante y el adquirente; la no-ejecución del contrato; enajenación de la totalidad o gran parte de bienes en un solo acto; personas ligadas al parentesco o íntima amistad; falta de capacidad económica del comprador; y, ancianidad o enfermedad del enajenante.

De tal manera, visto en contexto el material probatorio referido, del mismo se desprenden una serie de señales que probarían la simulación deprecada, que tal como se expuso ha de verse desde la óptica propia de la relativa.

Entrando en la prueba indiciaria, resulta ardua la labor en casos como el presente; de modo, atendiendo los parámetros jurisprudenciales reseñados en esta clase de acciones¹⁰, continuaremos analizando cada uno de tales elementos, para así llegar a la conclusión que en derecho corresponda.

De entrada debe decirse que don JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA era una hombre con capacidad financiera y sobrados méritos comerciales, pues no hay duda que, como dijeron algunos de los deponentes, “*a puro pulso*” generó una cuantiosa fortuna, aunado que casó con mujer de solvencia económica y generaron un hogar estable.

También quedó demostrado que era el líder de su núcleo familiar conformado por él, su cónyuge e hijos; incluso, algunos lo tildan de

¹⁰ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de mayo 8 de 2001, expediente 5692, dijo: “*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.*”

autoritario, lo que muestra que sus decisiones negociales las tomara según su propio parecer, lo cual incluía el manejo de su empresa J.H. RESTREPO Y CIA. S.A., en la que centró el manejo de su fortuna, y como socio gestor, el manejo empresarial era autocrático, tal como lo expusieron sus familiares cercanos en las presentes.

Así, emerge la falta de necesidad del vendedor para enajenar los bienes (*necessitas*), que constituye un indicio importante a considerar en aras de establecer los actos simulatorios, pues se trataba de una persona con una situación económica privilegiada, solvente, que no necesitaba deshacerse de la principal parte de su fortuna cediéndosela a un tercero como es la persona jurídica codemandada.

Sobre el indicio afectivo (*coiunctio sanguinis et affectio contraentium*), en el caso en estudio se evidencia el vínculo de parentesco entre el cedente y quienes quedarían como socios beneficiados por la cesión. Pero tal relación de consanguinidad también se tenía con los perjudicados, es decir, con sus otros dos hijos codemandantes, respecto a los cuales se advierte que el dador tenía prevenciones derivadas de conductas de estos, tales como eran que uno al parecer, y así lo dicen los deponentes, era drogadicto, y el otro ocioso, de lo que se puede inferir que su padre quisiera dejarlos al margen de lo que constituía el grueso de su fortuna, la empresa.

Y es que resulta comprensible que respecto al cedente los hoy demandantes se salieran del concepto “*normalidad*”, de ahí que se quisiera beneficiar a los otros hijos como eran; el que seguiría la tradición empresarial, la mujer con un hogar constituido, y el profesional en la salud.

Tremendas cavilaciones debió hacer el patriarca para tomar la decisión que tomó, donde de todos modos y para compensar, a sus hijos demandantes les dejó un usufructo y una acción privilegiada que les garantizara a estos su subsistencia, pero a su vez los ponía al margen de los beneficios empresariales de cara a la futura sucesión por causa de muerte.

En contexto con tal indicio, los beneficios a los demandantes (acción privilegiada y fideicomiso), empezarían a dar réditos a los beneficiarios, solamente después de la muerte del socio gestor, lo que se asemeja a estipulaciones sucesorias. Esa fue la manera de don JUAN HERNÁN de intentar ser equitativo con la herencia.

Ahí se advierte un desheredamiento de facto al margen de las causales que taxativamente contempla el artículo 1266 del C.C..

A lo anterior se suma la edad del enajenante, quien para el momento de ceder sus acciones superaba los ochenta años de edad, y pese a que murió casi seis años después de celebrado tal negocio, ya había demostrado el ánimo de ir repartiendo su fortuna, al punto que les dio “adelantos” a sus hijos, tal como se narró coherentemente en las presentes.

Dentro de ese contexto, es claro que el cedente quería ir repartiendo en vida su patrimonio, pero ello no era patente para que privilegiara de manera tal sesgada a unos herederos frente a otros. Es por ello, que la edad del cedente, es indicio que debe considerarse, máxime tratándose de alguien que superaba lo conocido en nuestro país como “*expectativa de vida*”, lo cual a propósito es indicador previsto por las autoridades gubernamentales¹¹, por ende, hecho notorio (artículo 180 C. G. del P.).

En cuanto al indicio relativo al bajo precio de las acciones cedidas, como se ha reseñado, contamos con dictamen pericial el cual fue objeto de contradicción, y del que se tiene que para la época del negocio la acción nominal cedida se cuantificó en \$1.000,00, pero su valor intrínseco era de \$8.571,00.

¹¹ Ver SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA RESOLUCIÓN NÚMERO 1555 del 30 de julio de 2010.

Es decir, cómo explicar que un avezado hombre de negocios, que según las exposiciones recaudadas, estuvo activo empresarialmente hasta el final de su existencia, ¿hubiera cedido su participación accionaria en la empresa donde tenía el grueso de su fortuna por menos de la octava parte de su valor?

En respuesta a lo anterior, para la Sala, lo que demuestra era que se deshacía de sus acciones, para en últimas beneficiar a quienes quedarían como “dueños” de la empresa, que no son otras personas diferentes a sus hijos codemandados, pues la acción del codemandante FELIPE, independientemente de lo privilegiada, era apenas una de las cientos de miles que componen el capital accionario, por lo que el concepto “*pretium vilis*” se aplica al caso.

Al “*pretium vilis*” se suma la forma como se pagaron las acciones, de lo que los peritos descartan que no hay comprobantes de pago, pero aún asumiendo que fue como indicó el actual representante legal de la sociedad, con pagos en módicas sumas de \$4'100.000,00 mensuales destinados al sostenimiento del padre, ello es un monto exiguo cuando se trataba de un paquete que nominalmente correspondía a \$147'000.000,00, sin contar que no se probó que reconocieran réditos de ninguna clase. Otro elemento extraño en la negociación de un avezado negociante el dejar de advertir la depreciación de la moneda por, entre otros, efectos inflacionarios.

No obstante, considerando el valor real de la acción, a un hombre de 86 años que tenía el 60% de participación en la empresa y que pericialmente se cuantificó en ese momento en \$2.102'571.000,00, lo que correspondía eran \$1.261'542.240,00, que según la cuota pactada se le pagarían en 307,69 meses, es decir, la solución total de la obligación sería cuando don JUAN HERNÁN superara los 111 años de edad, la que desborda la expectativa de vida en Colombia, según la Superintendencia Financiera.

Se concluye parcialmente, que el pago del precio por la cesión de acciones cuestionada, fue una entelequia, por lo que para la Sala, tal obligación no se solucionó.

DEL ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS:

Como se desprende del último supuesto normativo previsto en el inciso 3º del artículo 282 del C. G. del P., en el sentido que “... *si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.*”, nos referiremos sobre las excepciones que se hubieran presentado por la parte demandada.

Frente al medio de defensa titulado “*REALIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO – INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN*”, cuyo argumentando central consistió en que el negocio de cesión de acciones fue real, y hubo pago del correspondiente precio de la sociedad asumiéndose los gastos del causante en la etapa final de su vida; conforme lo atrás analizado, no hay tal, pues se evidenció el ardid para dejar a unos hijos sin el grueso de la herencia, y el pago del precio tampoco se estructura, pues lo solucionado, mes a mes, no alcanza a lo que realmente valen las acciones según la experticia arrimada.

Los indicios atrás analizado demuestran lo contrario, o sea, lo irreal del negocio y la existencia de la simulación. Es más, el pago no se probó, siendo ello carga probatoria de la parte demandada.

En lo que corresponde al medio de defensa titulado como “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SIMULATORIA*”, debe considerarse cuándo es que nace el interés de los demandantes, el que no podía ser anterior al deceso del causante, por lo que no es factible que se tome como tal el 2 de abril de 2007, pues la muerte del señor RESTREPO ISAZA ocurrió el 27 de mayo de

2013, por lo que desde allí ha de considerarse el evento extintivo, el que incluso por estas calendas no se cumple, por lo que al no satisfacerse el lapso temporal previsto en el artículo 2536 del C.C., el mentado medio de defensa corre la suerte del fracaso.

Y en lo que atañe a la excepción rotulada como “*EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO ATACADO*”, como ya quedó claro, aquí no se está juzgando el cumplimiento de la solemnidad en cuanto a enajenación de acciones, como tampoco si lo mismo se avino a los Estatutos Sociales, ni siquiera el papel que a posteriori de ceder sus acciones siguió ejerciendo el cedente en la persona jurídica demandada, sino, la realidad de la cesión accionaria en sí misma.

Y es que frente a lo último, de lo ya analizado no cabe duda que el acto simulatorio que se evidenció en las presentes, fue del orden relativo, ya que lo que realmente se quiso fue realizar donaciones no insinuadas en favor de algunos de los herederos de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, cuya nulidad debe ser declarada con el referido límite normativo, esto es, en lo que exceda el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la negociación, que es lo que se permite donar sin insinuación, por lo que la decisión de primera instancia esté llamada a ser revocada para en su lugar estimar las pretensiones.

CONCLUSION:

Cada indicio de los analizados no puede ser valorado en forma excluyente, ni serían suficientes individualmente considerados, para probar la simulación deprecada. Pero lo que debe tenerse en cuenta es que la totalidad de la prueba indiciaria, o mejor, todos los indicios valorados en conjunto y cuya concurrencia se acreditó, junto con los testimonios, la documental y la experticia, son los que llevan al convencimiento de la existencia del acuerdo

simulatorio entre JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA y su empresa familiar J.H. RESTREPO.

La *causa simulandi*, se estima que ella se encuentra plenamente acreditada con los indicios que se acaban de relacionar. En tal sentido, se concluye que el propósito de la censurada cesión de acciones, no era otro que favorecer a parte de los herederos de la persona natural simulante, lo que produce detrimento de los intereses de los otros como son los hoy demandantes, pues se presentó como cesión de acciones lo que en realidad era donación.

Con la develada donación, se desconoció el contenido del artículo 1458 del C. C., que a la letra dice;

“Corresponde al notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal. Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación.”

Entonces, como la mencionada dádiva no cumplió con el requisito de la insinuación de que trata el artículo en cita, se concluye que tal acto es nulo en lo que exceda del equivalente de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la negociación, que es lo que se permite donar sin contravenirse lo consignado en el supuesto normativo atrás citado.

Cuando se declara la nulidad las cosas han de volver, en lo posible, al estado en que estaban antes del acto apócrifo, según se desprende del artículo 1746 del C.C., por lo que la persona jurídica demandada deberá devolver a la sucesión de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA las 147.000 acciones que este le cediera, reducidas en cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la negociación.

Para el efecto se tomará el valor nominal por acción para su momento, esto es \$1.000,00, y como el salario mínimo mensual del momento correspondía a \$433.700,00, que multiplicado por cincuenta (50), da \$21'685.000,00, los

que reducidos a acciones de a mil pesos corresponde a 21.685, por las que las a devolver serán 125.315 acciones, pero considerando las que existían al 2 de abril de 2007 y en proporción a la totalidad de las acciones que en ese momento se habían expedido.

¿Y por qué la Sala en el anterior evento asume el valor nominal y no el intrínseco accionario?, la respuesta es porque en tal transacción no hubo movimiento de dinero ni se pagó lo que correspondía, por eso, lo que primó fue la cesión como tal en lo que correspondía según el coste en libros.

En el evento que la persona jurídica demandada no cuente con la reserva de las acciones que se le ordena devolver, cumplirá esta orden por equivalencia y según el valor intrínseco que se valore de cara a cumplir con esta orden *in genere*, para lo cual se dispondrá de una pericia en lo pertinente, de conformidad con el inciso 3º del artículo 283 del C. G. del P..

Ahora, como decretada la nulidad las cosas deben volver a su estado anterior, evidenciado que los demandantes HERNÁN CAMILO y FELIPE EDUARDO RESTREPO ECHAVARRÍA han recibido recursos con el remedo de sucesión, esto vía fideicomiso ora acción privilegiada, deberán devolver lo pertinente, para lo que se profiere condena en abstracto tal como lo autoriza y en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 283 del C. G. del P.. La devolución de los correspondientes montos que resulten y lo cual será a la sucesión, deberá ser actualizada conforme el IPC fecha por fecha y según se les hubiere entregado.

Finalmente, en cuanto a costas, evidenciado que el autor del ardid censurado fue el extinto JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, y como demandantes y demandados son herederos de este, además que los triunfadores en la alzada de todos modos han de devolver bienes a la masa sucesoria, la Sala se abstiene de condenar en costas en ambas instancias, tal como se desprende del artículo 365.5 del C. G. del P..

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia calendada el veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Itagüí, según lo motivado.

SEGUNDO: DESESTIMAR las pretensiones en relación a los codemandados JUAN LUÍS, GLORIA MARÍA y ANDRÉS, todos ellos de apellidos RESTREPO ECHAVARRÍA, pues estos no fueron parte del negocio jurídico censurado.

TERCERO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL por SIMULACION RELATIVA, del negocio jurídico celebrado entre JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA (q. e. p. d.) y la persona jurídica J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A. (hoy J.H. RESTREPO Y CÍA S.A.), en lo que corresponde al contrato de cesión de CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL (147.000) acciones de la misma empresa y que aquel le hiciera a esta, y que consta en el acta numerada como “12” calendada el 2 de abril de 2.007, dimanada de tal Ente, ello en lo que exceda el DIEZ POR CIENTO (10%) de tal transacción, por lo que la NULIDAD PARCIAL comprende la de CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS QUINCE (125.315) acciones. Háganse las anotaciones en los registros empresariales pertinentes.

CUARTO: ACEPTAR la donación en el diez por ciento (10%) de las acciones que hiciera JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA (q.

e. p. d.), en favor de J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A. (hoy J.H. RESTREPO Y CÍA S.A.), conforme la operación aritmética aludida en el numeral anterior, lo que equivale a VEINTIUNO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO (21.685) acciones.

QUINTO: ORDENAR a la persona jurídica J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A. (hoy J.H. RESTREPO Y CÍA S.A.) devolver a la masa sucesoria de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, CIENTO VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS QUINCE (125.315) de sus acciones, las cuales serán en el porcentaje que representaban al 2 de abril de 2.007 respecto a la totalidad de acciones de tal sociedad.

Parágrafo: En el evento que J.H. RESTREPO Y CÍA S.C.A. (hoy J.H. RESTREPO Y CÍA S.A.) no cuente con disponibilidad de las acciones que se ha dispuesto en este numeral, pagará a la sucesión de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA el correspondiente monto por equivalencia, para lo que se considerará el valor intrínseco de la acción.

SEXTO: HERNÁN CAMILO RESTREPO ECHAVARRÍA, devolverá a la sucesión de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA, la totalidad de los dineros que hubiera recibido en virtud del fideicomiso referido en las presentes diligencias. Igualmente, FELIPE EDUARDO RESTREPO ECHAVARRÍA reintegrará a la misma masa sucesoria, la totalidad de los recursos que recibiera en virtud de la acción privilegiada aquí considerada. En uno y otro caso tales devoluciones se actualizarán desde el momento de su recibo al del reintegro, atendiendo para ello el Índice de Precios al Consumidor.

SEPTIMO: Para el efecto de los pagos dispuestos en esta providencia y a nombre de la sucesión de JUAN HERNÁN RESTREPO ISAZA,

se profiere condena en abstracto en los términos previstos en el inciso 3º del artículo 283 del C. G. del P., por lo que los interesados deberán proceder de conformidad.

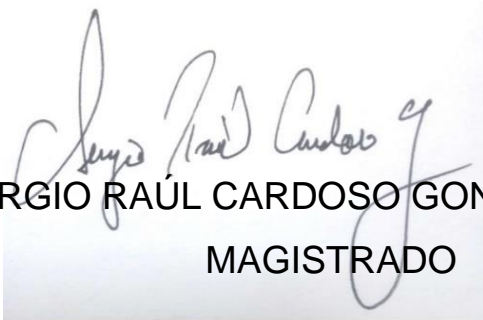
OCTAVO: Sin condena en costas en ninguna de las instancias.

NOVENO: En firme lo aquí decidido, vuelva el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

Notifíquese:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO
(Con salvamento de voto)