



## **SALVAMENTO DE VOTO**

Medellín, veinte de abril de dos mil veintitrés

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

Demandante: FELIPE EDUARDO RESTREPO ECHAVARRÍA y otro.

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

Respetuosamente, salvo el voto teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, expreso que sólo a partir de la consideración de que quienes demandan son dos herederos para la sucesión (en atención a la defensa de los derechos de la herencia), la única llamada a resistir sería la contraparte del causante, esto es, la persona jurídica. Este sería el único sentido en el que sería admisible la precisión realizada en el contexto del proyecto. Otras serían las consideraciones cuando se estima que quien pretende lo hace en nombre propio, esto es, como demandante por haber sido titular de un interés afectado por ambos contratantes. Véase que las legitimaciones de los actores, en nombre propio, configurarían una regla especial de integración frente a los sujetos del acto o contrato supuestamente simulado.

Ahora bien, adviértase que en el caso concreto se acumularon diversos tipos de pretensiones, una principal y varias subsidiarias eventuales con sus correspondientes consecuencias. La primera es la declarativa de simulación absoluta del 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; la primera pretensión subsidiaria eventual es la concerniente a la declaración de simulación relativa del referido negocio, por la que se debe reconocer que se trató de una donación sin insinuación. Asimismo, otras dos pretensiones subordinadas se formularon de manera adicional, una de inexistencia, y otra de nulidad absoluta.

Todo lo pretendido fue desestimado, sin que el impugnante haya formulado reparos o motivos de inconformidad en contra de lo resuelto en relación con las últimas dos pretensiones. En esto estoy de acuerdo con la ponencia.

Ahora bien, en lo que me distancio de la sentencia de segunda instancia es que en esta se desbordan los límites de nuestra competencia funcional para estudiar la pretensión de simulación relativa, bajo el entendido “equivoco” de que el apelante solo formuló motivos de inconformidad frente a los argumentos de negación de la referida pretensión subordinada. No puedo compartirlo. Al evaluar con detenimiento los reparos, no puede sostenerse que los actores sí hayan puesto en consideración esos aspectos fácticos de simulación relativa.

Nótese que en los reparos la parte apelante insistió en un argumento muy puntual sobre la real voluntad de los contratantes, consistente en hacer desaparecer el 100% de un patrimonio que tendría que incluirse en los futuros gananciales de la cónyuge y en las legítimas rigurosas de los herederos demandantes, pero sin desprenderse del control de la sociedad. Destacó el hecho de haberse creado dos acciones y constituirse un fideicomiso e indicó que el socio gestor había cedido a la sociedad la totalidad de su patrimonio mercantil, equivalente al 60% de la sociedad, por un precio irrisorio, el mismo día que se crearon las dos acciones y el fideicomiso.

Si el recurrente insiste en la alzada sobre cuál es la razón de la causa *simulandi*, como es el hecho de impedir que la cónyuge y los demandantes obtuvieran gananciales y legítimas rigurosas en el futuro proceso de sucesión, comienzan a desdibujarse los argumentos de la Sala de considerar que en el caso concreto lo que se quiso hacer realmente fue una donación a efectos de evitar los compromisos propios y fiscales de lo que significa este tipo de acto, y fundirlos con otros argumentos que no son los propios para que la Sala fundamente una decisión sobre la simulación relativa.

Como lo ha expresado nuestro Tribunal de Casación, mientras en la simulación absoluta, las partes crean la apariencia de haber celebrado un acto jurídico y privadamente no le dan ningún efecto, en la relativa se oculta

“genuinamente” el negocio celebrado dándole una apariencia distinta (CSJ, SC 3467-2020, 21 de septiembre de 20, MP. Luis Armando Tolosa).

De ninguna manera esa causa ilícita, en la que los apelantes insistieron como fundamento de la simulación, puede ser el fundamento de lo que en la sentencia votada por la mayoría ahora se denomina como simulación relativa. Cuando los apelantes indicaron en la Sala que hubo un acuerdo simulatorio, insistían en la ausencia de una voluntad de celebrar el negocio jurídico con el único propósito de defraudar los intereses de la demandante y de la cónyuge. Es por esto que, como bien lo exponen los no recurrentes, si se desestimó el conjunto de lo pretendido y los reparos se restringen al análisis de la pretensión principal, nuestra competencia funcional como tribunal solo debió limitarse a eso.

Hay dos tutelas concretas que tienen formas de protección diferentes. Por esto, continuando con lo que se viene exponiendo, y compartiendo los argumentos de los no apelantes (parte pasiva), esas referencias constantes del recurso a un tipo de simulación, no podrían direccionar hacia la simulación relativa, asunto que terminó definiendo el tribunal. No parece que en los argumentos de los recurrentes esté presente la filantropía del causante como para que el tribunal defina una simulación relativa; pareciera que en lo suplicado no se busca una protección para los intereses del donante (causante), requerimiento propio de la simulación relativa.

Hay, más bien, una denuncia sobre la burla por parte de un causante que en últimas nunca quiso realizar el negocio jurídico con el único propósito de comprometer los intereses de los ahora demandantes. Punto que, de haber lo analizado el tribunal a partir de unos indicios puntuales, exigía cotejarlos con esos contra-indicios ya advertidos por el *a quo*. Precisamente, centrándonos en ese componente indiciario, cuando el tribunal analiza los indicios lo hace de forma equívoca, ya que algunos de ellos sólo podrían entenderse en el marco de la simulación absoluta, y no en el de una simulación relativa.

A lo anterior se suma que esos indicios tienen que confrontarse con los correspondientes contra-indicios, en buena medida analizados por el juez de

primera instancia. A manera de ejemplo, ausencia de precio no es lo mismo que precio irrisorio como prueba de la simulación. Además, si el socio enajenante hubiese querido realmente traspasar vía donación, no tenía sentido que asegurara su permanencia como socio gestor. Adviértase que, si no hubo voluntad de concretar la cesión de acciones, no resultaba razonable que se considere la existencia de una donación como el acto real, ocultado por una compraventa simulada.

Lo que debía tener en cuenta el tribunal era la distinción de temas decisivos según el tipo de litigio a analizar; sin olvidar las restricciones del proceso dispositivo y la segunda instancia. Y si había posibilidades de estudiar la simulación relativa, el debate probatorio debía centrarse sobre la suerte de esa cesión de acciones: hasta dónde las mismas, en la práctica, no siguieron en cabeza del cedente y por qué en el fondo terminó haciendo una donación.

Se trata de mirar más bien, el conjunto de actos realizados, analizar la voluntad expresa de simular, sin desconocer que hubo repartos realizados por el causante de manera previa y actos ejercidos mediante las acciones privilegiadas y el fideicomiso; eso sí, considerando el valor probatorio que tiene el alcance de documentos como el proveniente de la certificación del revisor fiscal.

Una razón más para disentir: No comparto ese indicio de bajo precio de acciones cedidas. No se niega el resultado del dictamen que pudo ser un referente para considerar una posible pretensión de rescisión vinculado con el bajo precio de la acción, pero que sin lugar a dudas también desborda el marco de la competencia funcional del tribunal. Si hubo pagos bajos, exiguos, hay que descartar de todas formas una voluntad de donar. Y si el precio fue una mera entelequia, este argumento cobraría sentido en el contexto de la simulación absoluta como lo pretendían los recurrentes, mas no en la simulación relativa.



**MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ**

**Magistrado**