

## REPOSICIÓN DE AUTO

Dagoberto Arias <dagoluisa12@gmail.com>

Vie 25/03/2022 3:49 PM

Para: Juzgado 11 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Cali <j11cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**REFERENCIA:** Recurso de Reposición y en Subsidio Apelación del Auto N°485 de marzo 18 del 2022, ante el Superior Jerárquico.

**PROCESO:** 2013-00188-00

**DAGOBERTO ARIAS FERNÁNDEZ,**

CC N°79'565.578 de Bogotá.

T.P. N°207129 del Consejo Superior de la Judicatura,

Señor:

**JUEZ ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI.  
E.S.D.**

**REFERENCIA:** Recurso de Reposición y en Subsidio Apelación del Auto N°485 de marzo 18 del 2022, ante el Superior Jerárquico.

**PROCESO:** 2013-00188-00

**DAGOBERTO ARIAS FERNÁNDEZ**, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía N°79'565.578 de Bogotá y portador de la T.P. N°207129 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la señora **NAYLA BETTY AMAR RUBIO**, persona mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía N°38'965.092 de Cali, y sobre el auto aludido de fecha 18 de marzo del 2022, me permito hacer referencia así:

1.- Muy cierto lo mencionado por usted señor Juez y por consiguiente lo transcribo de tal manera que se pueda hacer claridad en el tema: *“Dentro del proceso verbal de nulidad promovido por NAYLA BETTY AMAR RUBIO contra BLANCA NELLY AMAR RUBIO, el Despacho negó las pretensiones de la demanda y condenó a la parte activa al pago de costas incluidas las agencias en derecho tasadas en la suma de \$10.000.000”*.

Al igual que lo es, que en segunda instancia el Tribunal Superior en la Sala Civil decidió lo siguiente :

*“Contra dicha sentencia, la parte vencida interpuso recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior de Cali- Sala Civil, quien mediante sentencia de junio 24 de 2021 resolvió modificar la sentencia recurrida, denegando la pretensión principal de la demanda, desestimar la condena en perjuicios y declarar la **simulación relativa** del contrato de compraventa a que se refieren los hechos de la demanda y condenar en **costas en primera instancia a la demandada señalando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.**”* Decisión que el Despacho acató mediante providencia de agosto 12 de 2021.

Discrepo mucho de que el despacho haya acatado la decisión del Tribunal Superior en la Sala Civil, su Señoría, si dicha Sala Civil después de haberse realizado la apelación de la Sentencia en Primera Instancia, el Supremo en sana crítica y tomando del proceso minuciosamente todo el acervo probatorio para su estudio, incluso muy por encima de lo que se pidió en la apelación y buscando la verdad material de la cual si se habló en dicho recurso, y que; el **SUPERIOR**

**JERÁRQUICO SABIAMENTE DECIDIÓ DECLARAR LA SIMULACION RELATIVA,** no con el ánimo de premiar al abogado , sino, de ser justo y buscar esa verdad material, que tanto la Jurisprudencia y la Doctrina, se han preocupado por que tenga eco en todos los procesos donde quien ha sido perjudicado reciba un trato equitativo a la hora de acudir ante la justicia en busca de su protección.

2.- Muy diferente es, que el Tribunal Superior en la Sala Civil decide no condenar en costas en segunda instancia y **“Condenar a la parte demandada al pago de las costas de primer grado,** para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Óigase bien su Señoría, dice claro y conciso en primer grado, lo que quiere decir, que la Sentencia de primera instancia, fue modificada en todas sus partes y no como caprichosamente se quiere hacer ver con su decisión, de cobrar unas costas procesales que ni siquiera son proporcionales al fallo que en segunda instancia se dio. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 365 numeral 4 y 5 del C.G.P, que dicen:

*“4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.*

Lo anterior, hace referencia a que si en segunda instancia se revoca la Sentencia y es la parte vencida quien paga las costas, y el numeral 5, dice que se deben liquidar parcialmente y se debe fundamentar esa decisión, lo cual señor Juez, no es como se dice en el auto, dado a que la sentencia fue modificada en un 80 por ciento y debido a ello la demandada no quiso iniciar cobro ejecutivo y decidió dejar las cosas así.

3.- Su Señoría, si no hubo un pronunciamiento, tanto del proceso ejecutivo, como de la liquidación de costas, fue precisamente por lo deprecado del fallo aludido en segunda instancia, y yo como el abogado y la demandante, nos desentendimos del proceso, debido a que ya había terminado.

4.- Señor Juez, con el proceso ejecutivo y con el control de legalidad, no se pretende *“revivir oportunidades procesales”*, de ninguna manera ha sido esa la idea, tanto mi poderdante como esta defensa, somos respetuoso de la leyes y así como me estoy pronunciando ahora, lo había podido hacer, si al menos se nos hubiese notificado del proceso ejecutivo; pero ello tampoco

ocurrió, durante todo el proceso fue recurrente nuestra intervención y de hecho usted lo puede apreciar a cabalidad.

Por todo lo anterior su señoría, con el debido respeto le solicito se sirva usted dar cumplimiento a la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil y se proceda de conformidad sin dilaciones injustificadas y menos continuando con un proceso ejecutivo de cobro de unas costas procesales que ya fueron fijadas por el Superior Jerárquico que conoció del proceso en DOS MILLONES a cargo de la parte demandada, en cuyo caso ha debido liquidarlas parcialmente ya que el 79.58% de la masa sucesoral se ordenó retornar a la sociedad conyugal, atendiendo de esta manera prácticamente a lo pedido por mi representada, cuando demandó para que dicho bien inmueble formara parte del haber de la sociedad conyugal.

Respetuosamente solicito, sea atendida mi solicitud, sin suposiciones mal intencionadas ya que el único propósito es que la sentencia de segundo grado se cumpla en debida forma.

**ANEXOS:**

Sentencia del Tribunal Superior de Cali Sala Civil.

Auto N°485 del 18 de marzo del 2022.

Del Señor Juez,

Atentamente,

  
DAGOBERTO ARIAS FERNÁNDEZ  
C.C. N°79'565,578 BOGOTÁ D.C  
T.P./T.P N°207129 DEL C.S.J.

SECRETARIA. A Despacho del señor Juez el presente proceso ejecutivo por costas con el escrito que antecede mediante el cual el apoderado de la parte demandada solicita se ejerza control de legalidad y se dejen sin efecto legal las actuaciones surtidas contra su representada. Sírvase proveer.

Santiago de Cali, marzo 18 de 2022

La Secretaria

**SANDRA ARBOLEDA SANCHEZ**

**AUTO No. 485**

**Rad. 76001310300420130018800**

Santiago de Cali, marzo dieciocho (18) de dos mil veintidós (2022)

Dentro del proceso verbal de nulidad promovido por NAYLA BETTY AMAR RUBIO contra BLANCA NELLY AMAR RUBIO, el Despacho negó las pretensiones de la demanda y condenó a la parte activa al pago de costas incluidas las agencias en derecho tasadas en la suma de \$10.000.000.

Contra dicha sentencia, la parte vencida interpuso recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal Superior de Cali- Sala Civil, quien mediante sentencia de junio 24 de 2021 resolvió modificar la sentencia recurrida, denegando la pretensión principal de la demanda, desestimar la condena en perjuicios y declarar la simulación relativa del contrato de compraventa a que se refieren los hechos de la demanda y condenar en costas en primera instancia a la demandada señalando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Decisión que el Despacho acató mediante providencia de agosto 12 de 2021.

Aprobada la liquidación de costas concentrada realizada por secretaría teniendo en cuenta lo anterior mediante auto de noviembre 17 de 2021, el apoderado de la parte demandada solicitó la ejecución de las costas a favor de su representada, para lo cual se libró mandamiento ejecutivo No. 1601 de noviembre 16 de 2021 del cual se notificó por estados conforme lo dispuesto en el artículo 306 C.G.P., providencia que no tuvo reparo alguno por lo que se dispuso seguir adelante la ejecución en febrero 24 de 2022 en la forma ordenada en el auto de apremio, decisión que igualmente no tuvo reparo alguno.

Pretende el memorialista quien representa a la ejecutada, que el despacho revise las actuaciones surtidas en la presente ejecución y en ejercicio del control de legalidad, deje sin efecto las providencias relacionadas con la ejecución en su contra. Argumenta para tal fin que el Despacho ha estado en un error teniendo en cuenta que la sentencia de segunda instancia exoneró a su representada del pago de costas al haber prosperado parcialmente sus pretensiones.

Para resolver sobre la solicitud enunciada, es preciso tener en cuenta que la liquidación de costas incluidas las

agencias en derecho a que fueron condenadas las partes procesales realizada por secretaría, tuvo en cuenta las decisiones ´proferidas tanto por este Despacho como por el Honorable Tribunal Superior de Cali en segunda instancia, quien como se evidencia del texto de la sentencia de fecha junio 24 de 2021, solo modificó que no revocó la decisión del Despacho; en tal sentido, desestimó la pretensión principal de la demanda y la solicitud de condena de perjuicios y accedió parcialmente a la pretensión subsidiaria, condenando a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho por valor de \$2.000.000.

De igual manera, resulta menester considerar que el artículo 365 C.G.P. respecto de la condena en costas, señala que:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."*

Como puede leerse del texto transcrito, el numeral 5 de la norma anotada, señala claramente que cuando prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, situación que se presenta en el presente caso, donde la demandante no es la vencedora absoluta del

juicio según lo resuelto por el Tribunal Superior como pretende hacerlo ver el memorialista, pues sólo se acogió parcialmente una de las pretensiones subsidiarias.

Si bien es cierto, el Despacho al resolver sobre la condena en costas puede abstenerse de hacerlo o hacerlo parcialmente en el caso establecido en el numeral 5 de la norma citada, en el presente asunto dicha condena no fue objeto de pronunciamiento por el Superior, como tampoco fue objeto de controversia el auto que aprobó la liquidación de costas, ni el de mandamiento ejecutivo, como tampoco lo fue el que dispuso seguir adelante la ejecución.

De acuerdo con lo anterior, es claro que las providencias cuya revocatoria se solicita se encuentran debidamente ejecutoriadas y en firme. Además, por prohibición expresa de nuestro estatuto procesal, el juez no puede revocar ni reformar su decisión salvo los casos expresamente señalados en los artículos 285 a 287 C.G.P.

Por otra parte, no puede pretenderse revivir oportunidades procesales vencidas fundamentándose en la facultad del juez de ejercer control de legalidad, pues el artículo 132 C.G.P., señala expresamente que dicho control se ejerce en cada etapa procesal para corregir o sanear vicios que configuren nulidades procesales, lo cual no es el caso que nos ocupa donde no se evidencia vicio de nulidad alguno según lo dispuesto en el artículo 133 ibídem, como tampoco constituyen hechos nuevos los hechos expuestos por el memorialista que conlleve al éxito de sus pretensiones.

Por lo expuesto anteriormente, el Juzgado

**RESUELVE**

Negar las pretensiones de la parte demandada en cuanto a dejar sin efecto o revocar las actuaciones surtidas dentro de la presente ejecución por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

**NOTIFÍQUESE**

El Juez,

**NELSON OSORIO GUAMANGA**

E2

**JUZGADO 11 CIVIL DEL CIRCUITO**  
**SECRETARIA**

En Estado No. 47 de hoy se notifica a las partes el auto anterior.

*Fecha: MARZO 22 DE 2022*

*La Secretaria*  
**SANDRA ARBOLEDA SANCHEZ**

**Firmado Por:**

**Nelson Osorio Guamanga**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado De Circuito**  
**Civil 011**

**Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**ccecl1f65b1949696f794736f2469e9a42aac1e502a92366fbff9614b97e02f62**

Documento generado en 18/03/2022 10:16:50 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CIVIL

**Magistrado Ponente: CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ**

Santiago de Cali, veinticuatro de junio de dos mil veintiuno.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión, según acta No. 53 de la fecha.

Proceso: Verbal  
Demandante : Nayla Betty Amar Rubio  
Demandados: Blanca Nelly Amar Rubio y otros  
Radicación: 76001-31-03-004-2018-00188-02  
Asunto: Apelación de Sentencia.

Sustentado el recurso de apelación interpuesto por la demandante, y vencido el respectivo término de traslado, procede el Tribunal, en atención a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, a dictar sentencia escrita a fin de resolver la alzada formulada contra la sentencia del 26 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso verbal adelantado por Nayla Betty Amar Rubio contra Blanca Nelly Amar Rubio y Samir Alberto Amar Rubio.

### ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. Pidió la actora como pretensión principal, la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la demandada Blanca Nelly Amar Rubio y Mehessen Jusif Hamar, de compraventa de derechos y acciones (gananciales) que le pudieran corresponder a este en la sucesión de Isaura Rubio de Amar, contenido en la

escritura pública No 3277 del 26 de mayo de 2003, de la Notaría 7 de esta ciudad, que corresponden al 50% de los derechos de posesión y dominio del inmueble de la carrera 101 A No 11B-80, con matrícula inmobiliaria No 370-268761 de la oficina de registro de Cali. Consecuencialmente, que el bien regrese al dominio del vendedor y pertenece a la sucesión intestada del causante Mehessen Jusif Hamar, a donde debe restituirse. En forma subsidiaria, deprecó la simulación absoluta del mentado contrato, con similares consecuencias restitutorias, a lo que añadió condena al pago de perjuicios materiales y morales.

Tras discurrir sobre la adquisición del inmueble por parte del causante, señaló la actora que “es aparente” la escritura pública No 3277 del 26 de mayo de 2003, de la Notaría 7 de esta ciudad, porque nunca hubo venta real a pesar de que uno dijo vender y el otro comprar, el precio nunca fue entregado por la insolvencia económica de la compradora y el vendedor nunca lo recibió, siendo lo buscado entregarle anticipadamente la herencia a su hija, burlando a sus otros hijos, entre ellos la demandante.

Agregó que el inmueble de marras fue poseído por el señor Mehessen hasta el día de su fallecimiento, pues nunca le hizo entrega a la demandada, quien le hizo firmar con artimañas. Tampoco es cierto que el causante tuvo la intención de donar el inmueble a la demandada, la cual es nula cuando no tenga insinuación.

2. LA OPOSICIÓN. La señora Nayla Betty Amar Rubio, a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones y excepciona: “Prescripción de la acción”, en cuanto la demandante presenta la acción transcurridos más de 10 años de haberse otorgado la escritura pública; “temeridad de la acción”, al hacer la actora afirmaciones que riñen con la voluntad de los contratantes sin prueba de su dicho; “inexistencia de dolo alegado”, porque se desconoce por la

demandante que tanto ella como su hermano Samy Alberto Amar Rubio, conocieron oportunamente la voluntad de su padre de venderle a Blanca Nelly los derechos a título universal que le correspondieren en la liquidación de la sociedad conyugal Amar-Rubio, sin haberse opuesto en ese momento; “Capacidad económica de la compradora”, porque con los documentos aportados se desvirtúa la denominada insolvencia, siendo una persona económicamente activa, propietaria de otros inmuebles y ha ejercido actividades de comercio para obtener recursos.

Por decisión de nulidad decretada en esta instancia, se dispuso la vinculación al trámite del señor Samy Alberto Amar Rubio, en calidad de heredero de Mehessen Jusif Hamar así como de los herederos indeterminados del mismo. El citado compareció al proceso, y a través de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda, pues en su sentir no existió entrega anticipada de herencia, donación o simulación, en la escritura de compraventa a título universal de derechos gananciales, y al efecto formuló idénticas excepciones a las planteadas por la señora Blanca Nelly Amar Rubio.

La curadora ad litem de los indeterminados, dijo no constarle los hechos alegados, y estarse a lo que resultare probado en el proceso.

3. LA SENTENCIA RECURRIDA. El juez *a quo* denegó las pretensiones principal y subsidiaria deprecadas, luego de dar por acreditados los presupuestos procesales y explayarse en disertación sobre las fuentes de las obligaciones, los presupuestos jurisprudenciales sobre la procedencia de la simulación de los contratos y las causas legales de su nulidad, para desembocar en cogitaciones acerca de la diferenciación entre el instrumento público (escritura) con el contrato que contiene y su cumplimiento, cómo se perfecciona un contrato, concluyendo que la capacidad del contratante no depende del documento de identidad que porte, que

en este caso no hay nulidad absoluta como se demandó, y si el precio no se pagó, para nada afecta el contrato y ello sería un indicio de simulación, como la ocupación del bien, pero aquí no se estaba vendiendo el inmueble sino los derechos gananciales.

Señaló el fallador que no hubo concierto para defraudar porque la testigo Omaira Calle dijo que acompañó a los contratantes a la notaría para la firma del documento, el señor Paz dijo haber prestado 10 a 15 millones de pesos a la demandada para pagar, y su hermano sabía de la negociación de los gananciales. Especuló con la posibilidad de una donación, en cuyo caso se trataría de una simulación relativa, pero se presume que el negocio se hizo por el hecho de constar en escritura pública, y no hay prueba de la simulación, sino meras conjeturas o dudas, siendo la carga de la prueba del demandante.

Sobre lo aseverado por la demandada ante el juez de paz, en el sentido que la transferencia fue un regalo de su padre y que el valor era simbólico, dijo que se dio en el marco de una discusión acalorada entre las partes más con el ánimo de herir. Insistió que de ser cierta la donación, ello daría para una simulación relativa y no absoluta como se demandó.

Dijo que las pruebas documentales traídas por la demandante, no prueban la simulación absoluta, al paso que la capacidad económica de la compradora se acreditó con las declaraciones vertidas en el proceso, en donde se acreditó que esta ha trabajado en varias empresas. En conclusión dijo existir dudas, pero no se probó fehacientemente la nulidad absoluta demandada, por las causas señaladas en la ley; que tal vez pudo tratarse de una simulación relativa de ser ciertas las artimañas alegadas, pero no fue lo que se demandó.

4. LA APELACIÓN. El apoderado del extremo demandante señaló los siguientes reparos a la sentencia: i) Discrepa de la posición del a quo acerca de la identificación del causante vendedor, quien siendo extranjero de avanzada edad, tenía su cédula vencida con 11 años y siete meses y el notario le permitió hacerlo, cuando estaba obligado a solicitar exámenes del psiquiatra o neurólogo, omisión que constituye “vicio de formalidad notarial”. ii) los testigos y demandados estuvieron imprecisos y altamente sospechosos en sus testimonios contradictorios, y se pudo evidenciar que el precio de la venta no se recibió por el vendedor. iii) De todos los documentos aportados no se hizo una valoración conforme a la ley, en especial el documento visible a folios 26 a 29 al decir la demandada que lo pactado en la escritura fue simbólico, ya que su padre le regaló esos derechos. iv) a pesar que en la demanda no se señaló una causal ilícita de nulidad, ella se encuentra en el artículo 1741 del C.C., y el artículo 99 sobre escrituras públicas nulas. La causa ilícita consiste en haber firmado la escritura con un documento vencido, y no era dable demostrar si la persona estaba o no en uso de sus facultades.

### **CONSIDERACIONES**

1. Se ratifica ante todo la presencia de los presupuestos procesales que habilitan la adopción de decisión de fondo y, por lo demás, no se advierte irregularidad alguna que tenga la virtualidad de invalidar lo actuado.

2. Para pronunciarnos “sobre los argumentos expuestos por el apelante” (art.328 del C.G del P.), de la causa petendi contenida en la demanda, encuentra la Sala que la demandante se ocupó, ante todo, en plantear tópicos atinentes al instituto de la simulación, que se enarboló como pretensión subsidiaria en la modalidad de absoluta, tales como señalar de “aparente” la compraventa contenida en la

escritura pública No 3277 del 26 de mayo de 2003, de la notaría 7 de esta ciudad, “pues nunca hubo venta real a pesar de que el uno dijo vender y el otro comprar”; que el precio es una suma mentirosa, “toda vez que la compradora nunca la entregó y el vendedor nunca la recibió”; que la compradora era una persona insolvente para la fecha de la escritura; que la verdadera intención del padre vendedor fue “burlar a sus otros hijos”, entre ellos, la demandante; que el vendedor ejerció posesión del inmueble del cual vendió gananciales, hasta su fallecimiento; que “es nula toda donación que entre mayores de edad no tenga insinuación y aquí no la hubo”.

Ciertamente, visto el escrito de demanda se advierte que en punto de la pretensa “nulidad absoluta”, solo en el hecho 16 se refirió a la validez de la escritura pública citada, para reseñar “actuación con mala fe de la demandada” por “el hecho de haber presentado una cédula de extranjería vencida con más de once (11) años, por parte del señor Mehessen Jusif Hamar”. Fue por lo anterior, que el a quo encontró en el fallo que no se hizo mención a causal concreta de nulidad, frente a lo cual, en el escrito de reparos se vino a señalar el artículo 1741 del C.C., y el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, como las normas presuntamente vulneradas.

3. Ante esta instancia el apelante sustenta la alzada respecto a la decisión desestimatoria de la nulidad absoluta con base en que “en mi humilde opinión y siendo también una apreciación subjetiva, quien me dice a mí que la Notaría no se confabuló con la demandada y le facilitó la escritura para llevársela a su casa y obligar a su padre a que la firmara, y además aceptarle presentar sus documentos de identificación con 12 años de vencimiento o porque el señor MEHESEN JUSIF HAMAR no los presentó en debida forma, si los mismos hijos de él han manifestado en lo largo del proceso que su padre fue muy correcto y de unas calidades excepcionales como persona y como comerciante, como para presentarse una persona de 91 años voluntariamente a una notaría donde no lo conocían y con unos documentos vencidos que ya no servían para hacer valer su firma, en un acto jurídico de esa magnitud, ante un Notario Público que no sabía quién era él y donde

él no acostumbraba a realizar sus actos notariales y eso también quedó demostrado en el proceso y así lo expresaron sus hijos en varias (sic) ocasiones. 2.- En gracia de discusión, será posible con todo lo complejo que son los trámites Notariales en Colombia, que llegue un señor de 91 años, de calidad extranjero y sin hablar bien el Español, sin capacidad de reconocer que su cédula de extranjería estaba vencida casi 12 años atrás a una Notaría Pública, donde además, no lo conocen a firmar una Escritura Pública por la venta de los derechos herenciales, que le correspondían supuestamente de su fallecida esposa y los funcionarios ni siquiera le pongan en conocimiento al Sr. Notario de lo que está pasando, siendo su obligación legal y procedimental hacerlo, para que se le interrogue en debida forma y se deje en protocolo plena constancia de ello... **Remató señalando que** “existió un acto jurídico ante un Notario público que dejó de hacer su trabajo, empezando por la identificación del ciudadano extranjero con cédula de extranjería vencida casi 12 años”.

Al rompe se advierte que la censura se hace descansar en lo que, a juicio del alzadista constituye inobservancia de las formalidades que se debieron cumplir en el trámite notarial de la compraventa de gananciales, y en modo alguno en causal de nulidad absoluta consagrada en el artículo 1741 del C.C., en tanto por sabido se tiene que esta se configura, en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o contraría una norma imperativa - a menos que la ley disponga otra cosa (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.). Ahora bien, como se denuncia trasgresión de las normas del Estatuto de Notariado, pertinente es traer lo expuesto sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>:

*“De conformidad con lo dispuesto por el Decreto-ley 960 de 1970, en el proceso de "perfeccionamiento" de una escritura pública, se distinguen varias etapas sucesivas e independientes entre sí, cuales son: la recepción de las declaraciones de los otorgantes; la extensión de las mismas, es decir, la incorporación al documento de la "versión escrita" de lo declarado; el otorgamiento, o sea, el asentimiento de los otorgantes al texto que ha sido extendido en el instrumento; y, por último, la autorización*

---

<sup>1</sup> CSJ SC Sentencia de enero 31 de 1995, radicación n. 4293.

*que, a tenor del artículo 14 del Decreto-ley 960 de 1970, consiste en "la fe que imprime el notario" al instrumento, lo que realiza luego de verificar el cumplimiento de los "requisitos pertinentes" y en atestación pública "de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados".*

*Dado que durante el proceso de "perfeccionamiento" de una escritura pública puede incurrirse en nulidad, lo que acontece cuando se omite el "cumplimiento de los requisitos esenciales", o pueden ocurrir irregularidades de menor entidad "desde el punto de vista formal", el Decreto-ley 960 de 1970 dedicó su Título III a la "Invalidez y Subsanación de los Actos Notariales"*

*De los primeros, se ocupa en forma específica el artículo 99 del Decreto en mención, casos en los cuales se sanciona por el legislador el vicio de que se trate, con la invalidez del acto notarial en cuestión.*

*En cuanto a las demás irregularidades, éstas pueden ser objeto de "Subsanación", enmienda o corrección, y de ello se ocupan las restantes normas del Título III del aludido Decreto 960 de 1970, cual acontece cuando a pesar de haberse cumplido los requisitos esenciales para el nacimiento de una escritura pública a la vida jurídica, por una circunstancia ajena a las partes y atribuible al Notario, éste no la firmó. En tal hipótesis, quien ocupe el cargo podrá suscribir con posterioridad el documento para elevarlo a la categoría de escritura pública, previa autorización de la Superintendencia de Notariado y Registro (Art. 100, Decreto-ley 960 de 1970 y Art. 47 del Decreto 2148 de 1983), (...)"*

El artículo 99 del Decreto 960 de 1970 recoge “desde el punto de vista formal” los motivos de nulidad de las escrituras en los eventos de omitirse sus presupuestos esenciales, entre ellos: “5. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente.”.

Empero, es de verse que tales exigencias se predicán del documento en cuanto instrumento autónomo, es decir, distinto a la manifestación de voluntad que él incorpora; por ello, se destaca, es

considerado una pieza desligada de las afirmaciones que las partes le hubieren consignado.

Al efecto, ha sostenido la jurisprudencia patria que:

*“Es posible, naturalmente, que el contenido de la escritura, cuando es negocial, adolezca de una causal de nulidad, mas no por semejante motivo se verá comprometido el instrumento en sí. En el mismo orden de ideas, si sobre la escritura pública gravita uno de los motivos de nulidad indicados en el artículo 99 del Dto. 960, su contenido, por lo menos en principio, no tiene por qué sufrir influencia de ninguna especie de ese hecho, puesto que se está ante dos entidades que jurídicamente se conciben o captan de manera autónoma, así estén conectadas en la medida en que la escritura dice de la declaración. Otra cosa, por supuesto, será que con ocasión de la declaratoria de invalidez de la escritura, desaparezca también su contenido cuando este no puede permanecer sin el sustento de aquella por ser condición de su propia existencia; sin embargo, aún en tal caso, la cuestión siempre se sopesará desde el ángulo del instrumento y no desde el de las declaraciones en ella consignadas.*

*Por tanto, cabe afirmar que las declaraciones en sí mismas desempeñan un papel neutro o indiferente respecto de las exigencias formales de la escritura pública, de donde se sigue que estas exigencias de índole formal ninguna dependencia crean respecto de lo que determine la ley sustancial acerca de esas declaraciones”<sup>2</sup>. (Subraya fuera de texto).*

Es por lo anterior que, contrario a lo alegado por el apoderado judicial de la demandante, la Corte Suprema ha sentenciado que: *“Una cosa es la nulidad formal de las escrituras públicas reglamentada en el decreto 960 de 1970 y otra diferente la nulidad absoluta de un acto o contrato por falta de requisitos para el valor del mismo según su especie y la calidad o estado de las partes a que se refiere el artículo 1740 y siguientes del código civil.”*<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>CSJ SC Noviembre 31 de 1998 radicación n. 4826

<sup>3</sup> Sentencia SC17154 del 14 de diciembre de 2015 M.P. Margarita Cabello Blanco.

De ahí que el artículo 1741 del C.C. haya entronizado las nulidades sustantivas absolutas solamente por los motivos de: (i) **la causa ilícita**, entendiéndose por tal, “*la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público*” (Art. 1524); (ii) **el objeto ilícito**, pues dado que el mismo concierne a lo que se quiere del negocio jurídico, este debe ser armónico con el imperio de la legalidad; (iii) **la falta de solemnidades** por su parte, alude a los llamados presupuestos *ad sustanciam actus*, formalidad impuesta por el derecho para la constitución del negocio, que van más allá de fungir como medio de prueba por ser esenciales para su existencia misma; ejemplo de ello es la exigencia del instrumento público para constituir usufructo sobre inmuebles (C.C Art. 826); para otorgar hipoteca (Art. 2434); para la renta vitalicia (Art. 2292), o que la promesa de celebrar contrato sea por escrito (Art. 89 Ley 153 de 1887); (iv) cuando el acuerdo se celebra entre personas **incapaces absolutamente**.

4. De esta forma queda en evidencia la lamentable confusión del apoderado judicial de la recurrente, quien en su parecer cita de manera indistinta razones de nulidad formal (indebida identificación del otorgante) y de nulidad sustancial (causa ilícita), para pedir “anular la escritura por falta de los requisitos esenciales”.

Así las cosas, de atender lo que se dio en llamar la “prueba reina en contra de la validez” de la escritura, consistente en que el vendedor Mehessen Jusif Hamar presentó ante el Notario Séptimo de Cali una cédula de extranjería vencida, lo cierto es que tal hecho, a pesar de los esfuerzos del interesado, no emerge como aquel constitutivo de nulidad formal, que se da cuando “no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente.”. La respuesta dada por la oficina asesora jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, en modo alguno es concluyente en la incursión de este motivo de nulidad. Al

efecto, de entrada dejó sentado que conforme con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 960 de 1970, “La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonio de cuáles son éstos.”; que la cédula de extranjería cumple fines de identificación de los extranjeros en el territorio nacional (Decreto 1067 de 2015); que en punto de su vigencia, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia la expedirá por un término igual al de vigencia de la visa del titular, y que a quien le sea otorgada visa con término indefinido antes de la expedición del decreto citado, deberá ser solicitada y expedida cada 5 años, de donde debe advertirse que el acto cuestionado se celebró el 26 de mayo de 2003, mucho antes de la expedición de tal norma compilatoria, o del Decreto 834 de 2013, citado por la oficina asesora.

Lo que sí quedó claro por parte de la citada oficina, es que “en cuanto a la validez, las escrituras públicas se presumen auténticas, mientras no se disponga lo contrario mediante sentencia judicial en firme por tacha de falsedad, según lo dispuesto por el artículo 244 del C.G del P., no caducan ni prescriben, a menos que los que intervinieron como otorgantes de común acuerdo deseen cancelarla.”

A no dudarlo, la causal de nulidad señalada se entroniza cuando no se ha establecido o determinado de manera suficiente o fehaciente la identificación del otorgante, y en el texto de la escritura tal identificación se dio de manera clara y precisa, cuando se consignó el acto de su comparecencia: “Ante mí, ALVARO OREJUELA FORERO Notario Séptimo (7º) del Círculo de Santiago de Cali===Compareció MEHESSEN JUSIF HAMAR, identificado con la C.E. No. 209176 de Bogotá, mayor de edad, domiciliado y vecino de Cali, identificado como ya se anotó, de estado civil viudo, hábil para contratar y obligarse, quien obra en su propio nombre y representación, y quien en delante de llamará EL VENDEDOR,....” Y luego, en el acto de otorgamiento y autorización que, a tenor del artículo 14 del Decreto-ley 960 de 1970, consiste en "la fe que imprime el notario" al instrumento,

lo que realiza luego de verificar el cumplimiento de los "requisitos pertinentes" y en atestación pública "de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados", siendo del siguiente tenor: "Otorgamiento y autorización: leído el presente instrumento por los comparecientes y advertidos de la formalidad del registro...la encontraron conforme a su pensamiento y voluntad y por no observar error alguno en su contenido, le imparten su aprobación y proceden a firmarla con el suscrito Notario quien de todo lo antes expuesto da fe."

A juicio de la Sala, el notario solo está obligado a la identificación suficiente y posible, usando una prudente diligencia; de esta manera forma su juicio sobre la identidad de las personas, y cuando tiene la certeza de que son quienes dicen ser, manifiesta ese juicio en forma escrita al asentar en el protocolo redactando en la escritura pública, su clásico "doy fe", por manera que la vigencia impuesta en el documento con el que se identificó el vendedor, no constituye, como tampoco desnaturaliza el acto de identificación del compareciente, correspondiendo más a una decisión de tipo administrativo en la regulación de los trámites migratorios, y es lo cierto que en ningún momento se ha puesto en duda por parte de la demandante, que fue efectivamente el señor Mehessen Jusif Hamar quien compareció a la Notaría 7 de Cali y que fue quien suscribió la escritura 3277 el 26 de mayo de 2003.

Finalmente, nada dijo el recurrente del porqué el notario estaba obligado a solicitar exámenes del psiquiatra o neurólogo, y menos abonó razón legal para aducir que ello constituye "vicio de formalidad notarial". Desde luego que el hecho de que en la cédula de extranjería apareciera una fecha de vencimiento, no por ello tal fecha apareja incapacidad mental para la celebración del acto, como lo sugiriera el apoderado demandante. De esta forma, no se abre paso la pretensión de nulidad propuesta como principal.

5. En lo que tiene que ver con la pretensión subsidiaria, ha de decirse que, sin olvidar que el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, la doctrina ha construido la teoría de la simulación, ya que dentro del régimen de la libertad de las convenciones nada impide la eficacia de los pactos secretos, siempre que no perjudiquen a terceros, pues en este caso la voluntad declarada está subordinada a la voluntad real o la intención que sustenta la realización de los actos jurídicos y que son causa de los mismos.

El acto jurídico simulado, fundamentado en el artículo 1766 del Código Civil, reproducido por el 254 del C. G del P. y en el principio de la autonomía de la voluntad, es el que tiene una apariencia distinta al verdadero querer de las partes, bien porque éstas nunca quisieron realizar acto alguno o bien porque el acto materializado es diferente del que verdaderamente efectuaron. En el primer caso, se configura la simulación absoluta y, en el segundo, la relativa porque el acto verdaderamente querido se oculta a terceros tras el velo de un acto distinto, por lo que la acción de simulación busca, en últimas, una declaración de prevalencia de la voluntad de las partes intervinientes.

La simulación es RELATIVA cuando se emplea para dar a un acto una apariencia que oculta o disimula su verdadero contenido, esta especie de simulación a la vez, se presenta especialmente en tres casos admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, a saber:

i) De naturaleza del contrato, en donde existen dos actos jurídicos con contenido positivo cada uno: el simulado y el secreto. Ejemplo de esta clase de simulación son las compraventas que disfrazan una donación; lo que se disimula es la naturaleza del contrato. ii) De contenido del contrato, se efectúa cuando tanto el acto secreto como el público o simulado son de una misma naturaleza, pero el público contiene cláusulas que no son sinceras o fechas

antedatadas o posdatadas, ya sea porque en el público se estipula un precio más alto o más bajo al realmente convenido. iii) De interposición de personas, denominada simulación relativa subjetiva, se realiza cuando se transmiten derechos o bienes a personas que sólo aparentemente tienen la calidad de intervinientes en el acto, ya que el verdadero sujeto del derecho a quien se transmite es otro que no figura como parte.

La simulación ABSOLUTA tiene lugar cuando los protagonistas no desean de ninguna manera la realización del convenio manifestado. Al respecto enseña la Corte:

*“El negocio jurídico simulado puede presentarse bajo dos modalidades distintas que conducen a la clasificación general de la simulación en absoluta y relativa, a cada una de las cuales corresponde una estructura particular. Así, la simulación absoluta se realiza siempre que las partes, a tiempo que logran conseguir el propósito fundamental buscado por ellas de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo, obran bajo el recíproco entendimiento de que no quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos, dándolo por inexistente. La declaración oculta tiene aquí, pues, el cometido de contradecir frontalmente y de manera total la pública, y a eso se reducen su contenido y su función. Mas como de todas maneras los presuntos contratantes han creado una apariencia llamada transitoria y exteriormente a prevalecer sobre la verdad íntima, por fuerza de esa sola circunstancia, aun sin necesidad de estipulación expresa al respecto, quedan obligados entre sí a llevar a cabo el acto o los actos necesarios para borrar esa falsa apariencia, y por ende, a colocar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de fingir la negociación. Sólo en este último sentido, entonces, la simulación absoluta viene a establecer un vínculo jurídico entre quienes se sirven de ella.”<sup>4</sup>.*

5.1. Ahora bien, para la prosperidad de esta pretensión, se requiere la presencia de los siguientes elementos: i) Que esté probado el contrato tildado de simulado; ii) Que quien demanda esté legitimado en la causa; iii) Que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.

5.1.1 En cuanto al primer supuesto, valga aquí anotar que la escritura pública es el instrumento más idóneo para proclamar los

---

<sup>4</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de mayo de 1969.

actos jurídicos frente a terceros, por ello es utilizada con frecuencia para la simulación, porque constituye plena prueba y conserva toda su eficacia mientras no se demuestre lo contrario. Empero, el artículo 1766 del Código Civil prevé que *"las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efectos contra terceros"*. De ahí, que éstos de la misma manera que pueden acogerse al acto aparente, igualmente pueden, cuando el acto público los perjudica, atenerse a la convención privada e invocar simulación del primero para que pierda su eficacia jurídica, ya sea volviendo las cosas al estado que se hallaban antes del acto simulado, ora haciendo prevalecer el verdadero acuerdo eclipsado tras el velo de aquél.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, en el expediente se encuentra la prueba del contrato que se señala como simulado. En efecto, obra copia auténtica de la escritura pública No 3277 del 26 de mayo de 2003 otorgada en la Notaría 7ª de Cali, mediante la cual se transfieren los derechos y acciones (gananciales) que le pudieren corresponder al vendedor Mehessesn Jusif Hamar, en la sucesión de Isaura Rubio de Amar, atinentes al 50% de los derechos de posesión y dominio del inmueble casa de habitación de la Carrera 101 A No 11b-80 de esta ciudad, identificado con el folio inmobiliario 370-268761, a favor de la señora Blanca Nelly Amar Rubio.

5.1.2. En lo que concierne a la legitimación en la causa que debe existir en el actor, han enseñado la doctrina y jurisprudencia patrias que *"... el interés que se requiere para el ejercicio de la acción reside en que el actor sea titular de un derecho cierto y actual, cuya eficacia resulte perjudicada, también de modo cierto, por la situación anómala creada por la simulación"*<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Guillermo Ospina Fernández. Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Ed. Temis. 4ª Edición. Pág. 134.

Ello porque, como también precisara nuestro más alto Tribunal de la justicia ordinaria:

*“Por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación, no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz. En razón de aquellos postulados jurídicos, a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende, alcanzar indirectamente lo que podrían directamente lograr. La simulación no es entonces, per se, causa de nulidad. Aunque toda simulación envuelve la idea de ocultamiento frente a terceros, en cuanto al aspecto ostensible del acto persigue mantener ignorada de éstos la verdad, eso sólo no permite considerarla como ilícita, porque fingir no significa necesariamente dañar. Pero es claro, y la observación tiene sólo valor en el campo de la práctica, que como la disimulación implica generalmente un tránsito hacia el daño, y es este el fin con el cual suele ser empleada, el negocio simulado está más propenso que cualquier otro a quedar afectado de ilicitud. Mas entonces será el daño que cause, lo que determinará la ilicitud del acto.”<sup>6</sup>*

Se alega y prueba por la demandante<sup>7</sup>, ser hija del señor Mehessen Jusif Hamar, quien aparece como presunto vendedor en el instrumento que se censura como absolutamente simulado, en virtud de lo cual, se aduce legitimación para demandar tal negocio, por cuanto le produce daño “al despojársele de su herencia legítima”. Por pasiva, ha sido convocada la persona en cuyo favor se hizo el negocio jurídico aludido.

5.1.3. Se ha sostenido hasta la saciedad que, como el acuerdo falso o aparente se teje con sigilo en las sombras, la prueba indiciaria se erige como idónea para develarlo, desde luego, sin descartar la prueba directa. Ha dicho la Corte que:

*«(...) dada la naturaleza misma del negocio que se espera descubrir, caracterizado por haberse realizado en la privacidad de los contratantes y con la firme intención de que permaneciera oculto, es de esperarse que no se hayan dejado mayores vestigios de su existencia; de ahí la dificultad de demostrarlo mediante probanzas directas. No obstante, las máximas de la experiencia constituyen un mecanismo eficaz e irremplazable a fin de determinar la presencia de ese negocio secreto.*

---

<sup>6</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de mayo de 1969.

<sup>7</sup> Folio 80 anexo 13 expediente digital.

*«La simulación –expresó FERRARA–, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substrahe a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas (per coniecturas, signa et urgentes suspiciones) y es la que verdaderamente hiere a fondo la simulación, porque la combate en el mismo terreno’ (...).*

*«Así las cosas, es a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podrían jamás revelarse de no ser por la mediación del razonamiento humano. De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero.*

*«Son entonces los testimonios, declaraciones, confesiones, documentos, o cualquier otro tipo de prueba directa, valorados en conjunto, lo que permitirá arribar –por medio de la inferencia indiciaria– al hecho desconocido pero cognoscible que quedó en la estricta intimidad de los contrayentes por propia voluntad»<sup>8</sup>.*

5.2. Acerca de lo perseguido en una acción de simulación relativa o absoluta, es claro que, por su naturaleza, en la acción civil donde se ejerzan se buscan objetivos distintos. Así, al paso que en la simulación absoluta como la voluntad de las partes no era realizar el negocio simulado, lo perseguido será la declaración de inexistencia del negocio; en la simulación relativa, como la voluntad real de las partes era realizar un negocio distinto al simulado, se debe perseguir que el juez declare cuál era el negocio real.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de febrero 8 de 1996, expediente 4380 lo ha expresado de la siguiente forma:

*«Por lo tanto, pese a que el negocio reúna externamente las condiciones de validez, él no constituye ley para las partes, ya que la comedia no las ata, sino que la verdadera voluntad, la interna, es la llamada a regular sus relaciones, y es por eso que la ley ha consagrado la acción declarativa de simulación, a fin de*

---

<sup>8</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 5 de agosto de 2013, expediente 00103.

*permitir que los terceros o las partes que se vean afectados desfavorablemente por el acto aparente, puedan desenmascarar tales anomalías en defensa de sus intereses, y obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta. En ese orden de ideas, cuando de la absoluta se trata, lo que persigue el actor es la declaratoria de la inexistencia del acto aparente, mientras que en la relativa, lo que pretende es que la justicia defina o precise el negocio realmente celebrado, en cuanto a su naturaleza, a las condiciones del mismo o a las personas a quienes su eficacia realmente vincula.»*

En este asunto es de verse que la demandante ha deprecado declaración de “simulación absoluta” del contrato de compraventa, bajo la cardinal consideración de que **“la verdadera intención”** fue que **“el padre simuló vender y la hija simuló comprar el inmueble prenotado, en acto doloso, buscando entregarle la herencia anticipadamente, y de paso, burlar a sus otros hijos”** (hecho 7), y que **“es nula toda donación que entre mayores de edad, no tenga insinuación y aquí no la hubo.”** (hecho 11). Acorde con ello, se está frente al arquetipo de la simulación relativa, en donde sí existe un contenido negocial, aunque ocultado o disimulado tras una falsa declaración pública acerca de la naturaleza del negocio. Resulta entonces contradictorio que, frente a la compraventa así celebrada, se deprecara ser simulada “en forma absoluta”, evento en el cual, los partícipes se encaminan a crear una apariencia engañosa de un negocio superficial, sin un contenido real, y por tanto el objetivo común propuesto es no producir entre ellos ninguno de los efectos jurídicos simulados.

5.3. Enseña la jurisprudencia que, en la apreciación del libelo incoativo del proceso, la *«torpe expresión de las ideas, per se, no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante*

*en su demanda»*<sup>9</sup>. Con mayor razón, según en otra ocasión lo señaló, cuando la *«intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho»*<sup>10</sup>. Y en garantía de los principios de libre acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, bastiones del Estado Constitucional y social de derecho, en la sentencia SC 3729 de 23 de julio de 2020, dijo que:

“Por ello, esta Corte de tiempo atrás se ha opuesto a criterios restrictivos, por ejemplo, si, en materia de responsabilidad la víctima demanda equivocadamente bajo la cuerda de la extracontractual, debiendo seguir el curso de la contractual, compete al juez interpretar las circunstancias en causa, para resolver el fondo de la controversia otorgando el derecho de acuerdo a los hechos probados a quien corresponda y no arrojarse en fórmulas estériles para subyugar el derecho material. Ha acontecido, otro tanto, en el ámbito de la simulación edificada en nuestro sistema jurídico el marco del art. 1766 del C. C., de modo que el juez debe superar los equívocos en la formulación de la pretensión, para buscar el sentido de lo realmente querido, escrutando desde lo fáctico cuál es el tipo de simulación buscada, al margen de su nomenclatura, si absoluta o relativa, con independencia de los yerros de las partes, por cuanto la tarea del juez constitucional no es atarse a formulismos muchas veces vacuos, prescindiendo de auscultar qué es cuanto realmente se halla ventilado y probado para hacer justicia.”

5.4. Ante el fracaso de lo pretendido en primera instancia, como se dejó consignado, la apelante frente al punto trajo como reparos que, “ii) los testigos y demandados estuvieron imprecisos y altamente sospechosos en sus testimonios contradictorios, y se pudo evidenciar que el precio de la venta no se recibió por el vendedor. iii) De todos los documentos aportados no se hizo una valoración conforme a la ley, en especial el documento visible a folios 26 a 29 al decir la

---

<sup>9</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 16 de febrero de 1995 (expediente 4460). Doctrina reiterada en fallos de 18 de diciembre de 2012 (radicación 001769) y de 21 de junio de 2016 (expediente 00043), entre otras muchas.

<sup>10</sup> CSJ. Civil. Sentencias de 23 de octubre de 2004 (radicado 7279), de 19 de septiembre de 2009 (expediente 00318), y de 17 de octubre de 2014 (radicado 5923), entre otras muchas.

demandada que lo pactado en la escritura fue simbólico, ya que su padre le regaló esos derechos.

5.5. De cara al último presupuesto, es innegable que para demostrar el fingimiento del acto, se puede acudir a cualquier medio demostrativo, *v. gr.* la confesión, un documento, un dictamen pericial, testimonios, etc.; no obstante, la forma y el sigilo que rodea la celebración de los actos jurídicos simulados, dotan a la prueba indiciaria de una indiscutida utilidad. De ahí que, la jurisprudencia y la doctrina hayan relacionado una serie de indicios de común ocurrencia como son, “el parentesco entre los contratantes; la ausencia de recursos en el adquirente; la falta de necesidad de enajenar o gravar; la persistencia del enajenante en la tenencia y posesión de la cosa aparentemente transferida”, así mismo, el “móvil para simular (*causa simulandi*), los intentos de arreglo amistoso (*transactio*), el tiempo sospechoso del negocio (*tempus*), la ausencia de movimientos en las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente (*pretium confessus*), el lugar sospechoso del negocio (*locus*), la documentación sospechosa (*preconstitutio*), las precauciones sospechosas (*provisio*), la no justificación dada al precio recibido (inversión), la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz” (CSJ, sent. de 14 de julio de 1974), indicios estos que, examinados en su conjunto, pueden resultar determinantes a la hora de establecer la seriedad de la relación jurídica combatida, “así esos hechos, por sí mismos, esto es de manera insular, no sean plenamente indicativos de ella” (CSJ, sent. de 24 de noviembre de 2003, exp. 7458).

5.6. Evidente es en este asunto, la pugna familiar que se presenta entre los hijos del señor Mehessen Jusif Hamar en torno a la negociación de gananciales materia de litis, en donde abiertamente se presentan dos posiciones antagónicas, pues mientras los

demandados dan cuenta de la veracidad de tal negociación, la actora la niega.

Así las cosas, la censura se lanza sobre el valor de los dichos de los declarantes, testigos y documentos que conforman el acervo probatorio, respecto de los cuales corresponde al juzgador valorar individual y conjuntamente, y extraer de ellas las deducciones que la sana crítica, las reglas de la experiencia y el sentido natural de las pruebas le indicaban, y que en esta instancia conllevan a conclusión diferente a la que con ligereza y meras suposiciones llegó el funcionario de primer grado.

5.6.1. De lo declarado por la demandada Blanca Nelly Amar acerca el pago del precio indicado en la escritura de 25 millones de pesos, surgen serias dudas acerca de la veracidad de su dicho, en cuanto señalara que inicialmente pagó a su padre la suma de 10 millones y “después 15 millones en efectivo”, sin dar explicación de tiempo, modo y lugar en que se realizó tal entrega. Más adelante refirió que para hacer tal pago “vendí un apartamento y le di esa plata a mi papá”, sin indicación alguna de que inmueble se tratara y la suma efectivamente entregada fruto de la aludida transacción, para a continuación indicar que “después Eduardo Paz me prestó una plata y con esa plata yo terminé de pagarle a mi papá”. Acerca de este préstamo dijo haber recibido el dinero de palabra, pues el prestamista le dijo “después hablamos”, para luego en versión posterior asegurar que fue garantizado con la firma de una letra de cambio.

En relación con este préstamo, el señor Paz en declaración rendida en audiencia fue enfático en señalar que le prestó de palabra 10 millones en efectivo a Blanca Nelly, que fueron devueltos más o menos 6 meses después. Empero, cuando se le puso de presente lo afirmado por la demandada en el sentido de que lo prestado fueron

15 millones, ya puso en duda su conocimiento del asunto para decir que “la verdad, eso hace tanto tiempo, no me acuerdo exactamente, sé que me cumplió con el compromiso”, interpelado por el juzgador sobre la cuantía del préstamo, dijo “yo creo que fueron los quince si no estoy mal”.

Para el Tribunal no resulta creíble que si como afirmara la declarante, vendió un inmueble de su propiedad, (negociación que por demás no acreditó en debida forma y según dicho posterior habría sucedido con mucha antelación) de manera conveniente descontara un primer contado de 10 millones por una supuesta deuda que tenía su padre para con ella y además saliera a tomar un préstamo de dinero por otra suma igual, presuntamente para cubrir el mismo pago. El relato de la forma en que se dio tal hecho es inconexo y falto de claridad, cuando al preguntársele porqué se consignó en la escritura pública que el vendedor recibía la suma de 25 millones, la demandada contestó que “él me debía a mi 10 millones y por esa espera que había tenido yo de que me devolviera los 10 millones, pienso que eso fue que se hizo eso, yo digo que son seis meses más o menos que me demoré en consignar esa plata, creo que son 6 meses no sé...”. Cabe señalar que la testigo Omaira Calle Díaz, quien trasladó en su vehículo a los contratantes a la Notaría y estuvo presente en el acto, no vio entrega de dinero alguno en favor del vendedor, y sobre la venta de inmueble de propiedad de Blanca Nelly solo atinó a decir que tal venta había sucedido “hace muchos años”, como en efecto se avizora de los certificados de tradición arrimados para acreditar solvencia, en donde la demandada dispuso la venta de sus bienes en los años 1990 (matrícula 370-228969), 1994 (matrícula 370-330870) y 1997 (matrícula 370-91675), siendo que el negocio atacado se realizó en el año 2003.

Sobre la seriedad del precio acordado frente al inmueble del cual se predicen los derechos vendidos, la compradora dijo “no sé, en

realidad yo no sé doctor, yo nunca supe cuánto costaba esa casa, ni los otros dos locales, nunca me preocupé”. Y el precio le pareció justo “porque la abogada le dijo a mi papá”.

Tampoco resultan de recibo las versiones ofrecidas por su hermano Samir Alberto Amar Rubio, acorde con las cuales, en audiencia inicial al indagársele si su otra hermana sabía de la negociación contestó “no se de eso”, y en posterior versión aseveró que padre e hijos conversaban continuamente en la mesa, en donde presuntamente se habló de la venta de los gananciales y por ello sabía de la negociación, empero afirmó que para la fecha de su celebración se encontraba en los Estados Unidos.

Resulta por demás indicativo para la verificación de la simulación que aquí se indaga, lo afirmado por la demandada ante el juez de paz Gustavo de la Paz Muñoz, dentro de las fallidas diligencias adelantadas con el radicado No 01-01-19-09-2008 contenido en grabación magnetofónica cuyo archivo digital obra en el expediente, en donde ésta en audiencia celebrada el día 28 de noviembre de 2008, refiriéndose a su padre habría dicho que era su voluntad “dejarle a Blanca todo lo mío, testigo es Maritza, María, ella da testimonio de eso y testigo es la señora de enseguida de mi casa... entonces le dije yo, papá yo no quiero, y él me dijo yo te lo doy, y así fue que se hizo. Entonces yo le dije, papá dígame usted (refiriéndose a la demandante) y él dijo yo no le digo, porque cómo se va a poner Nayla cuando sepa todo. Yo nunca dije y nunca hubiera pasado nada. Yo hubiera repartido tranquilamente...llamaron ellos al abogado y me dijo, dónde están las escrituras, yo le dije las tengo en la casa, me preguntó si estaban registradas y no estaban registradas, entonces me dijo regístrelas ya mismo. Si ellos (refiriéndose a sus hermanos) no me hubieran hecho ese encerrón con el mismo abogado...pero a mi, mi papá me dio eso y la persona puede regalarle y darle a quien le dé la gana las cosas que le corresponden, si le provoca le da y listo.” (minuto 19:26)

Por contraste, en el interrogatorio rendido ante el a quo, preguntada sobre la forma en que se concretó el negocio, la demandada comenzó por señalar que “mi papá siempre me decía que él quería dejarme esa parte del 50% que le correspondía por mi mamá, que me lo quería vender, hay una señora vecina que escuchaba mucho eso”. En la notaría dijo haber estado con minuta elaborada por una abogada, y su papá le dijo “no vas a decir nada...para evitar que se formen problemas y cosas entre los demás...yo no tenía plata pero yo vendí un apartamento y yo le di la plata a mi papá”. Tampoco ayuda a la causa de la pretendida compraventa, la versión puesta en boca del vendedor, en el sentido de haber asegurado que “su hermano tiene y su hermana tiene, usted no tiene”.

Si como se asegurara por el extremo pasivo que la venta de los gananciales estaba convenida, acordada y admitida por todos los interesados, según conversaciones sostenidas previamente en el comedor del inmueble, no es para nada coherente con tal acuerdo, que el mismo vendedor padre de la demandada le hiciese la advertencia de guardar silencio para evitar problemas con los demás hermanos. Tampoco apunta a la realidad de una compraventa, que el vendedor entrara en consideración como la traída por la misma demandada en el sentido de señalar que sus hermanos si tenían bienes y en cambio ella no, típica de un mejoramiento o equiparamiento económico, que indefectiblemente apunta a una donación.

5.7. El extremo pasivo opuso como defensa la “prescripción de la acción”, por cuanto la demandante presenta la acción transcurridos más de 10 años de haberse otorgado la escritura pública. La parte actora replicó que la presentación de la demanda interrumpió su configuración y que esta se cuenta desde el registro de la escritura de adquisición de derechos.

Según lo ha decantado la jurisprudencia, el fundamento del instituto de la prescripción extintiva radica en el mantenimiento del orden público y la paz social; propende por otorgar certeza y seguridad a los derechos subjetivos mediante la consolidación de las situaciones jurídicas prolongadas y la supresión de la incertidumbre que pudiera ser generada por la ausencia del ejercicio de las potestades.

El artículo 2536 del Código Civil, modificado por la ley 791 de 2002, establece que la acción ordinaria prescribe en 10 años. Desde luego que la forma como debe contabilizarse el término de prescripción en eventos como el de esta litis, depende del momento en que surge el interés jurídico de quien la alega. Si la pretensión de invalidez se dirige contra un acto o negocio sujeto a registro, en cuya celebración no haya participado el demandante, la falta de certeza del momento en que lo conoció determina que ese lapso únicamente puede empezar a correr a partir de la inscripción en el respectivo registro, en tal sentido la escritura pública 3277 del 26 de mayo de 2003 de la notaría 7 de Cali, fue registrada en el folio de matrícula inmobiliaria 370-268761 bajo la anotación No 10 el 24 de febrero de 2006.

A la anterior consideración ha de agregarse que, en este asunto, el interés de la actora surge en tanto y por cuanto es heredera del vendedor Hamar Mehessen Jusif, quien falleció el 6 de noviembre de 2004 conforme obra en el certificado de defunción obrante en autos, al paso que la demanda fue presentada a reparto el **28 de junio de 2013**. En tal escenario no se abre paso la defensa en comento, pues el término prescriptivo para tal data no aparece consumado.

Las defensas de “temeridad de la acción”, por falta de prueba del dicho de la actora, de “inexistencia de dolo alegado”, así como la

presunta “capacidad económica de la compradora”, no son de recibo en esta instancia acorde con todo lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en la medida en que el fardo probatorio no es suficiente para tener por acreditado el pago del precio, develando antes que una compraventa seria y real, una donación en favor de la compradora.

6. Establecido lo anterior, cumple memorar que al tenor del artículo 1458 del Código Civil “corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal”.

Aspecto sobre el cual, la jurisprudencia ha señalado que “la satisfacción del condicionamiento de la insinuación consagrado en el artículo 1458 del Código Civil, modificado por el artículo 1° del Decreto 1712 de 1989, para los eventos allí previstos, constituye una especial carga, que de omitirse, le resta eficacia a ese acto jurídico en lo que supere los 50 salarios mínimos legales mensuales, precisamente porque en esas condiciones se estaría pretermitiendo un requisito necesario para que el acto surta plenos efectos, falencia sancionada con nulidad, a la luz del artículo 1740 del Código Civil” (CSJ Cas. Civ., sentencia de 19 de marzo de 2019, radicado 2007-00618-02).

Esto es, “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”, interpretación que “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” (CSJ Cas. Civ., sentencia de 24 de noviembre de 2010, radicado 1997-15076-01).

En virtud de lo anterior, amén de revocarse la sentencia para declarar la simulación relativa del contrato instrumentado en la escritura pública No 3277 del 26 de mayo de 1993, de la notaría 7 de Cali, por contener realmente una donación y no una compraventa, habrá de adicionarse el fallo apelado para declarar válida esa donación solo hasta la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en que se realizaron los referidos negocios jurídicos, y nula en lo que corresponda al exceso, si lo hubiere, ante la ausencia de la insinuación exigida por el ordenamiento positivo.

En ese sentido, en orden a determinar el límite que hace necesaria la insinuación, el referente del cual ha de partir la Sala es del valor comercial de lo donado, pues de conformidad con “el artículo 3º del decreto 1712 de 1989, para la donación debe tenerse presente, entre otros aspectos, ‘la prueba fehaciente del valor comercial del bien’, es decir, que con el fin de verificar si la donación requiere de insinuación, su valía debe surgir del precio que los activos involucrados tienen en el mercado” (CSJ Cas. Civ., sentencia de 13 de abril de 2018).

Para lo anterior, el Tribunal se acoge a los derroteros que sobre el avalúo de inmuebles consagra la ley procesal civil, para de esta forma considerar conforme con lo previsto en el artículo 444 núm 4 del C.G del P., que el precio del bien sobre el que se radican los derechos transferidos debió ser de por lo menos el avalúo catastral incrementado en un 50%.

De esta forma, para el inmueble con matrícula inmobiliaria 370-268761 a folio 23 del archivo de primera instancia obra documento

que señala que para el año de celebración del contrato (2003), su avalúo era de \$108.386.000, luego para esa data su valor era de \$162.579.000. Ahora bien, el activo involucrado en la negociación comprende los derechos gananciales que al vendedor le correspondían en el señalado bien (arts 1771 y ss del C.C.), esto es, el 50% del mismo, que corresponde a la suma de \$81.289.500, de donde con un SMMLV para esa calenda de \$332.000, todo lo que exceda de 50 SMMLV, esto es, \$16.600.000 es nulo por falta de insinuación, siendo válida la donación hasta esa suma. Conforme con lo anterior, la donación que se hizo en favor de Blanca Nelly Amar Rubio por parte de su padre Mehessen Jusif Hamar, debe subsistir en la suma de \$16.600.000 que equivale al 20.42 % de los derechos ofrecidos y declarase inválida en el excedente, esto es, en la suma de \$64.689.500, que corresponde al 79.58% de tales gananciales, que habrá de restituirse por la demandada a la sucesión de Mehessen Jusif Hamar.

7. En punto a las restituciones mutuas, aspecto que resulta de obligatorio pronunciamiento a pesar de la ausencia de regulación especial, a voces del artículo 1746 del Código Civil, se deben aplicar en lo pertinente los parámetros tomados en cuenta para eventos en donde alcanza éxito alguna de las formas de “ineficacia del contrato”.

En este sentido, de entrada ha de señalarse que en este asunto no hubo solicitud de reconocimiento de frutos ni mejoras, y “ha sido criterio jurisprudencial reiterado, que las prestaciones mutuas deben ser entendidas como un fenómeno jurídico especial regulado en la ley cuya fundamentación descansa en los principios de equidad y reparación de un desmedro injusto (cas. civ. de agosto de 2000; exp: 5519); dicha institución se sustrae ordinariamente del régimen general de la responsabilidad extracontractual, ya que persiguen -fundamentalmente- el restablecimiento a que haya lugar en materia de frutos y de mejoras, **no así de perjuicios propiamente dichos**, salvo puntales casos contemplados por el legislador, de los que es

ilustrativo ejemplo el artículo 963 del Código Civil, relacionado con los deterioros que ha sufrido la cosa a restituir por culpa del poseedor de mala fe”<sup>11</sup> (resalta la Sala).

Acorde con lo expuesto, amén de la inobservancia de lo previsto en el artículo 206 del C. G del P., que ordena “estimar razonadamente” la indemnización reclamada, se tiene que la actora a manera de declaración común a todas las pretensiones, elevó reclamo de pago de perjuicios materiales y morales, sin advertir la improcedencia de semejante pretensión acorde con el instituto que acá se abre paso.

8. En suma, se habrá de modificar la sentencia apelada, para dar paso a la declaración subsidiaria de simulación relativa del contrato censurado, y desestimar la condena al pago de perjuicios.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **MODIFICA** la sentencia que el 26 de octubre de 2020 profirió el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, cuya parte resolutive quedará de la siguiente forma:

**PRIMERO.-** Denegar la pretensión principal de nulidad absoluta deprecada.

**SEGUNDO.-** Declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado, y, en consecuencia, **DECLARAR LA SIMULACIÓN RELATIVA**, del contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública No 3277 del 26 de mayo de

---

<sup>11</sup> Sentencia SC5235 de diciembre 4 de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco.

2003 otorgada en la Notaría 7ª de Cali, mediante la cual se transfieren los derechos y acciones (gananciales) que le pudieren corresponder al vendedor Mehessen Jusif Hamar, en la sucesión de Isaura Rubio de Amar, atinentes al 50% de los derechos de posesión y dominio del inmueble casa de habitación de la Carrera 101 A No 11b-80 de esta ciudad, identificado con el folio inmobiliario 370-268761, a favor de la señora Blanca Nelly Amar Rubio, conservando validez la donación que allí se anida, en el porcentaje equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (50 SMMLV) para el año 2003 y es nula en el exceso.

En virtud de lo anterior, la demandada donataria Blanca Nelly Amar Rubio conservará una cuota parte equivalente al 20.42% de los derechos (gananciales) transferidos, y a su vez, deberá restituir la cuota parte equivalente al 79.58% de los mismos derechos, al acervo hereditario de Mehessen Jusif Hamar.

**TERCERO.** - Ordenar la cancelación parcial del negocio contenido en la citada escritura pública No 3277 del 26 de mayo de 2003 otorgada en la Notaría 7ª de Cali, en cuanto al porcentaje de derechos (79.58%) que queda a favor del acervo hereditario de Mehessen Jusif Hamar, y se tome nota al margen de la señalada escritura. Inscríbese lo aquí resuelto en el folio de matrícula inmobiliaria 370-268761, para que se tome nota de los porcentajes de antes referidos.

**CUARTO.-** Ordenar que se registre esta sentencia en la Oficina de Instrumentos Públicos de Cali, y en el protocolo de la notaría correspondiente. Ofíciense.

**QUINTO.-** Denegar el reconocimiento de perjuicios.

**SEXTO.** - Condenar a la parte demandada al pago de las costas de primer grado, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

**SEPTIMO.** - Ordenar la cancelación de la inscripción de la demanda. Ofíciase.

**OCTAVO.-** Sin costas en esta instancia. Remítase la actuación a la oficina de origen.

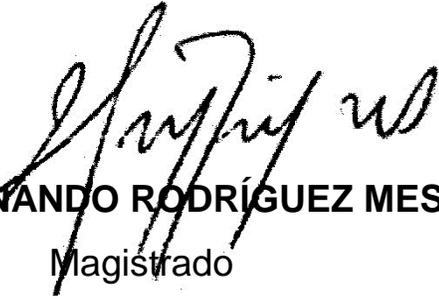
**NOTIFÍQUESE,**

  
**CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ**

Magistrado Ponente

  
**HOMERO MORA INSUASTY**

Magistrado

  
**HERNANDO RODRÍGUEZ MESA**

Magistrado