

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA DE DECISIÓN
IBAGUÉ - TOLIMA**

Magistrado Sustanciador: Ricardo Enrique Bastidas Ortiz.

Ibagué, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Referencia: Simulación. Demandante: Gerley Cortes.
Demandada: Cluster Inmobiliario y Ganadero Financiar S.A.S.
Radicación Nro. 73-001-31-03-001-2018-00006-03.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por ambas partes en contra de lo decidido en la sentencia del 12 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué (Tol).

I. ANTECEDENTES:

1.1- La demanda presentada por el actor a través de apoderado judicial el 19 de diciembre de 2017 tuvo como pretensiones principales:

1.2.- Declarar la simulación absoluta de la compraventa que “Gerley Cortes hizo con la sociedad Cluster Inmobiliario y Ganadero Financiar S.A.S. mediante escritura pública No. 1852 del 11 de julio de 2015 de la Notaría Primera del Circulo de Ibagué...” respecto de los inmuebles identificados con “folios de matrícula inmobiliaria No. 350-1304 y 350-205713 de la Oficina

de Registro de Instrumentos Públicos de Ibagué...”; así como también el pacto de retroventa allí contenido y su “...escritura aclaratoria No 1013 del 5 de mayo de 2016 de la Notaría Séptima del Circulo de Ibagué...”.

“Ordénese la cancelación de la inscripción o registro de las escrituras públicas...” antes mencionadas y en los folios de matrícula inmobiliaria citados.

Como pretensiones subsidiarias se solicitó bajo el mismo soporte, la declaratoria de simulación relativa y como segunda pretensión subsidiaria se pidió la declaratoria de rescisión por lesión enorme.

1.3.- Se expusieron en la demanda como fundamentos fácticos los siguientes:

1.3.1.- El señor Gerley Cortes suscribió contrato de compraventa con la demandada Cluster Inmobiliario y Ganadero Financiar S.A.S. mediante escritura pública No. 1852 del 11 de julio de 2015 de la Notaría Primera del Circulo de Ibagué y respecto de los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria No. 350-1304 y 350-205713 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ibagué, ubicados en la transversal o carrera 11 sur, Nro. 17-66 barrio Ricaurte *“alto de la guala”* y en la carrera 2° sur Nro. 22-89 del barrio las Ferias, apartamento 501 de la torre 7, respectivamente.

1.3.2.- En el citado instrumento público se estableció como precio de venta la suma de \$200.000.000; de igual manera, se acordó por el mismo valor pacto de retroventa a un plazo de dos años, aclarándose mediante escritura pública Nro. 1013 del 5 de mayo de 2016 de la Notaría Séptima del Circulo de Ibagué que el valor de la retroventa quedaba en la suma de \$500.000.000.

1.3.3.- *“A pesar que en la escritura pública de venta...”* el inmueble ubicado en el barrio Ricaurte *“...quedó identificado como una casa de habitación de dos plantas, lo cierto es que dicha edificación fue demolida por parte de mi representado, para dar paso a un proyecto urbanístico aprobado por la resolución Nro. 73-*

001-215-513 de fecha 10 de agosto de 2015 de la curaduría urbana Nro. 2 de la ciudad de Ibagué...” el cual fue radicado el 20 de marzo de 2015. “...Al momento de llevarse a cabo la suscripción de la escritura pública...ya la obra había iniciado”, situación plenamente conocida por la parte demandada, “...es así como accedieron a desembolsar el dinero que hacía falta para el desarrollo del proyecto arriba mencionado, en calidad de mutuo con intereses, por cuanto mi representado al momento de ser indagado por parte de la demandada sobre su situación financiera manifestó tener varios créditos con entidades financieras, por lo cual le fue exigido para poderse efectuar el crédito, que la propiedad de sus bienes fuera transferida de manera simulada a la demandada...” y así tener una garantía y aparentar ante terceros como a las entidades financieras a las que se le debía dineros, no apareciendo entonces de propiedad del demandante los inmuebles.

Indica que no hubo simulación sino que se trató en “realidad de un contrato de mutuo con interés...”, no recibéndose al momento de firmarse la escritura pública el dinero allí referido sino que le “fueron desembolsados diferentes cantidades en distintas fechas...”, dineros entregados paulatinamente desde el mes de julio de 2015 al mes de mayo de 2016, descontándose en cada uno el porcentaje del 3% por concepto de intereses y suscribiéndose un título valor letra de cambio, ultima que fue firmada por el valor de \$500.000.000 “sin que le fueran devueltas las anteriores letras de cambio suscritas”.

“Sumados en su totalidad los desembolsos efectuados...los mismos ascienden a la suma de \$402.000.000, lo anterior teniendo en cuenta que en cada desembolso efectuado se le retenía de forma adelantada el valor correspondiente a los intereses que eran cobrados a la tasa del 3% mensual, y en los meses que no se hacían desembolsos la obligación de mi representado era la de pagar por ventanilla el valor correspondiente a los intereses, pago que se efectuó hasta el mes de junio de 2016...”.

1.3.4.- La compraventa con pacto de retroventa así como su aclaración son absolutamente simuladas o en su defecto

relativamente, *“pues los contratantes aparentaron celebrar un negocio que no han querido en ninguna de sus partes, tan sólo hubo en los contratantes la intención de celebrar un mutuo o préstamo de dinero, garantizando con la propiedad sobre los inmuebles referidos, para no acudir a la garantía...de la hipoteca, tan es así que no quedó estipulada en la escritura pública de venta, clausula alguna que dispusiera la entrega de los inmuebles a la supuesta parte compradora”*.

1.3.5.- El aumento del valor del pacto de retroventa se debió a que los desembolsos dados por la demandada para que el actor invirtiera en la construcción superaron los \$200.000.000. *“Llegado el día en el cual se cumplía el plazo...10 de julio de 2017...”, el actor “no tuvo la capacidad económica para hacer uso de la cláusula de retroventa, lo anterior teniendo en cuenta que la obra aún se encontraba inconclusa, por lo que solicitó una ampliación del plazo y un préstamo más para culminarla, lo cual fue denegado por parte de la demandada y por el contrario en un acto de mala fe, se le manifestó que debían entregar los inmuebles...actitud ventajista adoptada por parte de la entidad demandada de no conceder un plazo mayor así como un crédito más amplio para la terminación de la obra...”* que según avalúo está en *“mil ochocientos ochenta millones trescientos ochenta y cuatro mil pesos...”* y el apartamento en *“ciento tres millones trescientos cincuenta mil novecientos un pesos...”*; valores que además acreditan una lesión enorme, sufriendo así el demandante un *“detrimento que no está obligado a soportar...”*. (Fls. 152 a 173 C1).

2.- La demanda fue admitida mediante auto del 15 de enero de 2018 y una vez notificada la sociedad demandada contestó de manera oportuna la misma afirmando que unos hechos eran ciertos, otros parcialmente y los demás no. Formuló como excepciones de fondo las denominadas *“inexistencia de simulación de venta con pacto de retroventa absoluta o relativa”*; *“ausencia o inexistencia de lesión enorme”* y *“avalúo de los inmuebles acorde con la época en que se hicieron las negociaciones”*. En esencia, alega que la venta no fue simulada sino *“libre de gravámenes y el inmueble es resultado y garantía*

de la misma por el precio pagado y los excedentes acordados para la posterior obra...”, entregándose los dineros en la forma acordada y sin que los mismos se estén cobrando ante alguna autoridad judicial con base en títulos valores.

Indica que no acepta “el cobro de intereses y la sumatoria que hace el demandante y que en total resulta ser \$406.500.000 y no como lo indica por valor de \$402.000.000. En total se le entregó al demandante la suma de \$500.000.000. Respecto a los documentos de recibo suscritos como había pacto de retroventa, a efectos de llevar las cuentas de los dineros entregados para el mejoramiento y adecuación de la construcción y poder concertar la escrituración del mismo, se suscribían recibos o documentos que no se están haciendo exigibles por cuanto el precio pactado figura en los instrumentos públicos registrados... Todo acreedor garantiza el pago de sus inversiones y es obvio que el sentido y la naturaleza del pacto de retroventa es el de dar la oportunidad al vendedor y/o deudor para que recupere su bien inmueble dentro de un lapso de tiempo, por lo tanto, no era un préstamo ni una venta simulada. Era una inversión conjunta donde le compro el inmueble para que lo adecue y venda obteniendo un beneficio por el mayor valor o de lo contrario, al vencer el plazo lo entrega. Es de resaltar que toda la inversión en la construcción de la obra negra y el mejoramiento se hizo con los dineros entregados por mi mandante...”.

Expresó que no hubo mala fe ya que se entregaron las “sumas acordadas y no puede de manera indefinida seguir adelantando el vendedor obras a costa de su comprador con el fin de lucrarse de un precio superior de venta a terceros y sin hacer entrega de los inmuebles de manera indefinida...”.

Indicó que “la compraventa convenida con pacto de retroventa tuvo como causa determinante la necesidad del dinero por parte del vendedor Gerley Cortes y la utilidad práctica que le reportaba a quien iba a proveer de dinero a esa obra o proyecto a construir, como es la sociedad compradora. La transferencia del bien como garantía efectiva, más que la misma hipoteca, toda vez que por ese medio evitaba el proceso hipotecario, la venta en pública subasta y los demás inconvenientes de un cobro coactivo de esta índole...”.

expresando seguidamente que *“esa sola consideración no es la que debe mover a tachar de simulado un contrato de compraventa con pacto de retroventa, porque el móvil o motivo que cada parte tiene para proceder a contratar no refleja de manera inexorable una simulación relativa...”*, debiéndose verificar si realmente existe simulación y si hubo acuerdo simulatorio. Refuerza su dicho citando jurisprudencia al respecto.

Recalca que hubo fue una venta con pacto de retroventa dándose entonces la posibilidad de recobrar el bien a cambio de un precio pactado. De igual manera, que si el *“pacto de retroventa se cataloga como garantía mobiliaria, se le aplicarían con preferencia las normas establecidas en la Ley 1676 del 2013...”*.

Finalmente dice que el demandante *“a sabiendas de lo que se negoció fue un proyecto de utilidad para ambas partes: La vendedora transfiere el predio, tramita licencia, recibe un valor para construir unos locales comerciales y al conseguir un comprador obtiene un beneficio económico por el mayor valor de venta respecto al precio pactado y el reembolso de lo pagado con indexación. Todo ello dentro de un plazo de dos (2) años so pena de que tendría que entregar los inmuebles como se pactó. Aquí no hubo simulación porque se sabía por ambas partes que se estaba vendiendo bajo esas condiciones como tampoco lesión enorme porque el valor de adquisición para el año 2015 era el que se le pagó exactamente y la valorización de la obra a tiempo presente hace que el predio haya cambiado de valor pero por la inversión y suministro de dineros de la compradora...Se acuerda entre las partes levantar la construcción mediante la licencia que estaba tramitando el vendedor y que fue expedida con posterioridad a la venta. Este negocio era viable y en principio lucrativo para ambas partes: El comprador suministra los dineros para levantar en su propio predio una construcción comercial y que ejecuta el vendedor para que dentro del término pactado de 2 años o le devuelve el dinero con intereses y se beneficia del mayor valor del mismo con su acrecimiento o le entrega los mismos por la inversión realizada. Es un negocio inmobiliario completamente lícito y que se llevó a cabo gracias a la garantía de que el inmueble estaba a su nombre. De lo contrario no hubiera arriesgado la cantidad de \$500.000.000*

a una persona no muy conocida, con predio hipotecado y sin mayores recursos para ello. No podía pensarse en un simple mutuo con intereses por las mismas razones y así se le hizo saber al vendedor aquí demandante...” (Fls. 174 y 217 a 224 C1.)

3.- El Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué (Tol) luego de surtido el debate probatorio, dictó sentencia en audiencia oral y pública el 12 de septiembre de 2019 accediendo a la simulación relativa solicitada como pretensión subsidiaria.

Básicamente, consideró el *a-quo* que conforme a la prueba documental y testimonial habían varios indicios que ilustraban que el negocio no fue venta con pacto de retroventa sino un préstamo, pues el actor entre otras cosas, siguió en los inmuebles; invirtió en uno de ellos; los usaba, gozaba y pagó intereses; razón por la cual declaró relativamente simuladas las citadas escrituras públicas; así mismo declaró en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, que el “*señor Gerley Cortes le debe a Cluster Inmobiliaria y Ganadero Financiar S.A.S. \$500.000.000, pagaderos el 11 de julio de 2017*”, ordenó restituir los inmuebles y cancelar la inscripción de las anotaciones de los instrumentos públicos. (Fls. 320 a 325 C1).

4.- Ambos extremos procesales apelaron la decisión manifestando como reparos los siguientes:

- Parte actora: Alegó que no se puede “*declarar...deudor de la suma de \$500.000.000 como precio de capital y en efecto lo que quedó probado y afirmado en los hechos fue que mi cliente recibió \$402.000.000 millones de pesos ya que como se advirtió en declaración de parte del actor y es el indicio que se debe tener en cuenta, cada vez que a él le entregaban una suma de dinero le era descontado de manera recurrente el interés al 3% que había sido pactado con la demandada, por lo tanto consideramos que el numeral 3° de la sentencia es el motivo de apelación en atención a que la deuda no debe ser de 500 millones sino que debe ser de 402 millones ya que las escrituras públicas han sido declaradas simuladas relativamente*”.

- Parte demandada: Adujo no estar de “acuerdo con la declaración de simulación relativa...” con la “prueba indiciaria que se tuvo en cuenta”. Dice que la “posesión ininterrumpida de los inmuebles no constituye sino una permisibilidad o sea una situación tolerante de buena fe que ha tenido la demandada con el demandante en el sentido que si bien es cierto se hicieron unas escrituras de venta con pacto de retroventa se le dio la oportunidad que hiciera una inversión para obtener una utilidad a posteriori con los dineros suministrados por la demandada y que fue una complacencia mutua para que si lograba el éxito total del proyecto pues se obtenía un beneficio y sino lo lograba obviamente el dinero con que se construyó y se levantaron las mejoras fue el que efectivamente se pagó como precio de la compraventa. Para eso se dio un plazo de dos años para que recuperara el inmueble lo cual no ocurrió”.

El hecho que el señor Gerley haya aducido que consiguió dineros con venta de propiedades; camionetas; con familiares, el trabajo de venta por 10 años eso no es una prueba contundente para determinar que todos esos dineros y en qué cantidades se hayan involucrado en ese proyecto. No es admisible que si se revisa el avalúo presentado por el perito Germán Galeano en ningún momento habla que la construcción valga 1.800.000.000...” o más. “Hoy en día es una construcción que en el estado de abandono no vale ni \$700.000.00. Si retomamos el tema de la construcción que ya había empezado o no señor juez, se hicieron dos escrituras públicas y era el efecto que convinieron las partes mutuamente; es que aquí no se estaba engañando a nadie sino se estaba dando la garantía de unos dineros que se daban en venta con pacto de retroventa para recuperarlos, si bien es cierto la inmobiliaria demandada no tenía toda la intencionalidad de quedarse con el inmueble era precisamente porque quería darle la oportunidad al demandante que los recuperara. Ello no es ninguna situación ilícita en el ordenamiento judicial...”.

Expresa que la venta “tuvo como causa determinante la necesidad del dinero por parte del actor, eso no lo dudamos, el que vende es porque tiene la necesidad de vender y necesita plata para así o para el negocio; y la utilidad práctica que le reportaba a quien iba a proveer el dinero de esa obra o proyecto a construir era la

sociedad compradora que iba a obtener un beneficio indudable en esa negociación.

La transferencia del bien como garantía efectiva...es mejor que una hipoteca porque es que desde ese momento evitaba un proceso hipotecario, un proceso judicial para recuperar el inmueble sino le pagaban el dinero entonces se conviene que se haga la venta con pacto de retroventa pero no simulado; es que yo puedo acudir a una entidad o una persona natural a qué me preste un dinero y no quiere decir que porque yo le digo préstemelo sobre hipoteca y si a mí no prestan sobre hipoteca entonces esa venta es simulada, en ningún momento. Yo como prestamista como dueño del dinero le digo no señor no le voy a prestar el dinero bajo hipoteca. Me vende y le doy la oportunidad que me devuelva el dinero con un término bajo una garantía de que me vende el inmueble y yo se lo vuelvo... a vender en un plazo de dos años como ocurrió en el efecto...”.

Siguió manifestando y dando lectura a los mismos argumentos traídos a colación con la contestación de la demanda¹, recalcando que no hubo acuerdo simulatorio y que según la Corte “no se puede hablar de simulación en una venta con pacto de retroventa por el hecho que se requiera de un dinero y ser este el interés inmediato del vendedor. No, el que vende con retroventa más que un propósito o disposición persigue un dinero que al no alcanzarlo mediante el mutuo acude al pacto de retro como una manera ágil y rápida de lograr el objetivo”; concluyendo que “si hubo una venta con todos los requisitos de ley y que de golpe la simple permisibilidad osea la tolerancia del ‘vendedor’ de no recuperar los bienes y permitir como un negocio paralelo entre vendedor y comprador para que se vendiera posteriormente el inmueble a un precio significativo y obtener una utilidad en ningún momento reflejan que se hayan puesto de acuerdo ellos dos a hacer una venta simulada”. Finalmente dijo que si el “pacto de retroventa se cataloga como garantía mobiliaria, se le aplicarían con preferencia las normas establecidas en la Ley 1676 del 2013...”.

¹ Folios 219 a 222 C1.

4.1. Mediante auto del 11 de junio del 2020 y dando aplicación al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del mismo año, se corrió traslado para que las partes apelantes dentro del término de cinco (5) días sustentaran el recurso de apelación, lapso dentro del cual los extremos procesales inconformes expresaron de manera escrita sus fundamentos fácticos y jurídicos ratificando con mayor argumentación lo dicho ante el juez de primera instancia. En el caso de la parte demandada, enfatizó que la negociación fue lícita y que la misma en ningún momento se trató de un préstamo de dinero pues así el actor lo hubiera querido, *“no le fue concedido por falta de garantías y a cambio se le da la oportunidad de la figura de venta con pacto de retroventa para que recuperara su inversión y a ello se obligó y que finalmente culminó como convenio, pacto o contrato, a la postre incumplido por la misma parte actora”*.

Refutó que haber seguido el actor en los inmuebles e invertido en uno de ellos era parte de la negociación de venta con pacto de retroventa, así como también recalcó que la compra del bien del Barrio Ricaurte fue sólo por el lote de terreno.

Indicó que no se puede *“deducir una presunta lesión enorme”* y que considera *“equivocada la acción pretendida por la parte actora, toda vez que si bien es cierto la demandada por intermedio de su representante legal consintió la ejecución de una construcción licenciada por la curaduría bajo responsabilidad y riesgo del vendedor, lo que se presenta de ahí en adelante son mejoras u obras levantadas en suelo o terreno ajeno. Por lo tanto, lo aquí reclamado debe ser el reconocimiento y pago de la mejoras o construcciones levantadas en estas condiciones...”*, lo cual aquí no ha sido solicitado por la parte actora ni tampoco en el proceso de entrega del tradente al adquirente. Frente al reconocimiento de mejoras citó jurisprudencia para reforzar su dicho.

La contraparte oportunamente describió el traslado del recurso de apelación oponiéndose completamente a lo fundamentado por su contendiente jurídico.

II. CONSIDERACIONES:

1. Los presupuestos procesales entendidos como los requisitos mínimos que deben estar presentes para proferirse sentencia se encuentran plenamente estructurados. De otro lado, no se observa vicio capaz de invalidar lo actuado, por lo que procede esta Sala a decidir de fondo el asunto presentado a estudio.

2.- Recuérdese que la simulación se presenta en dos modalidades, bien de manera absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real o relativa cuando se emplea para dar a un acto una apariencia que oculta o disimula su verdadero contenido.

En el caso concreto, se declaró en primera instancia la simulación relativa de la compraventa que *“Gerley Cortes hizo con la sociedad Cluster Inmobiliario y Ganadero Financiar S.A.S. mediante escritura pública No. 1852 del 11 de julio de 2015 de la Notaría Primera del Círculo de Ibagué...”*, respecto de los inmuebles con *“matrícula inmobiliaria No. 350-1304 y 350-205713 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ibagué...”* y ubicados en la transversal o carrera 11 sur Nro. 17-66 barrio Ricaurte *“alto de la guala”* y en la carrera 2° sur Nro. 22-89 del barrio las Ferias, apartamento 501 de la torre 7, respectivamente; así como también el pacto de retroventa allí contenido y su *“...escritura aclaratoria No 1013 del 5 de mayo de 2016 de la Notaría Séptima del Círculo de Ibagué...”*²; de igual manera, se declaró que *“Gerley Cortes le debe a Cluster Inmobiliaria y Ganadero Financiar S.A.S. \$500.000.000, pagaderos el 11 de julio de 2017”*.

Luego, como esa decisión es la que viene cuestionada por ambas partes más nada se alegó frente a la simulación absoluta pedida como pretensión principal ni respecto de la lesión enorme solicitada como segundo *petitum* subsidiario, la Sala sólo se pronunciará frente a las inconformidades presentadas que dieron lugar a la simulación relativa declarada y sus consecuencias,

² Fls. 21 a 28 C2.

pues, lo demás, llegó incólume a esta Corporación y por ello en principio no se tiene competencia para emitir pronunciamiento alguno en ese sentido.

Bajo ese panorama y por orden, se resolverá primero lo argüido por el extremo pasivo y, de no ser próspero, se descenderá en el único reparo que la parte actora formuló.

3.- Para apuntalar, se ha señalado que *“la prueba indiciaria es, sin lugar a dudas, uno de los medios más valiosos para descubrir la verdadera intención que se esconde detrás del acto simulado.*

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.

(...) 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.”³.

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Civil de 5 de agosto de 2013. Rad.:66682-31-03-001-2004-00103-01.

Y es que, “[e]l saludable principio de la libertad probatoria en lo tocante con la simulación tiene su razón de ser y justificación en que 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 trazas de su insinceridad. De suerte que enseñoorea, para tal efecto, la astucia, el ardid, la conducta mañosa y soterrada”; es por esto que “desde antaño, la doctrina haya expresado que ‘el que celebra un acto simulado rehúye el rastro que lo denuncie; extrema la apariencia engañosa, elude la prueba que lo descubra y lo rodea con todas las precauciones que su cautela y cálculo le sugieran’, habida cuenta de lo que ‘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’, por lo que ‘en la labor de la ponderación de la prueba indiciaria el juez se encuentra asistido de cierta autonomía o poder discrecional, no puede desentenderse, cuando se trata de litigios de esta naturaleza, del deber en que se encuentra ... de ‘sondear con esmero hasta los más insignificantes detalles que rodean el hecho, porque un indicio que a prima facie parezca insignificante, puede darle el hilo conductor de la investigación’. Así, se ha establecido que es ‘la prueba indirecta de indicios la que se ofrece con mayor facilidad en el establecimiento de la simulación, la doctrina, con apoyo en los antecedentes o prácticas de que se valen los simulantes, tradicionalmente ha afirmado como indicios reveladores de tal fenómeno el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición de todos o de buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del

adquirente en una operación simulada anterior, etc. Mas como acontece que la habilidad de los contratantes ha originado nuevas formas de matices de simular, esto ha dado lugar para sostener que en materia indiciaria, respecto de tal fenómeno, es imposible formular un catálogo de indicios, porque a medida que se avanza en el ocultamiento de la simulación, paralelamente van tomando cuerpo otros indicios. Es por ello que hoy se suma al cortejo de tal prueba indirecta, el móvil para simular (causa simulandi), los intentos de arreglo amistoso (transactio), el tiempo sospechoso (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, etc.” (Cas. Civ. Sentencia del 14 de julio de 1975), siendo necesario “que los indicios y las conjeturas tengan el suficiente mérito para fundar en el Juez la firme convicción de que el negocio es ficticio; lo cual sólo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes. Vale decir, la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios (In dubio benigna interpretatio ad hibenda est ut magis negotium valeat quam pereat)”⁴

4.- De ese modo y conforme al haz probatorio se logran extraer varios indicios en forma contingente, concordante y convergente que apuntan a demostrar que el negocio jurídico suscrito o efectuado entre sí por los contratantes con su escritura pública aclaratoria en punto del valor del pacto de retroventa, aparentó algo distinto a lo realmente querido por ellos. A continuación se explica cada uno de los indicios que salieron a flote tras analizar de manera conjunta la prueba obrante en el plenario y que hacen consistente la súplica de simulación relativa reconocida por el juez de primera instancia.

⁴ Cas. Civil, sentencia de 11 de junio de 1991, reiterada en sentencia de 13 de octubre de 2011, M.P. William Namen Vargas. Exp. 20001-3103-003-2007-00100-01.

“Gestiones e intención del vendedor para construir en uno de los inmuebles antes de la negociación”: Conforme a la demanda y su contestación⁵, inclusive con lo dicho en el recurso de apelación por la parte accionada, ambas partes aceptaron sin ambages que Gerley Cortes con anterioridad a celebrar en julio de 2015 la negociación censurada, estaba efectuando trabajos de demolición y construcción en el inmueble ubicado en el barrio Ricaurte de esta ciudad con el fin de destinar el bien a *“vivienda multifamiliar y locales comerciales*, labores que fueron solicitadas desde el 20 de marzo de 2015 y autorizadas con la *“resolución Nro. 73-001-215-513 de fecha 10 de agosto de 2015 de la curaduría urbana Nro. 2 de la ciudad de Ibagué...”*⁶.

Luego, claramente se colige el propósito de inversión en el proyecto constructivo que tenía el actor en el citado inmueble y el ánimo de permanecer o no desprenderse de su dominio, por ende, requería solidez financiera para llevar a buen término su objetivo comercial, de ahí que haya buscado a la demandada para tal fin.

“Permanencia en los inmuebles objeto de la supuesta venta con pacto de retroventa llevada a cabo mediante escritura pública 1852 del 11 de julio de 2015 de la Notaría Primera del Circulo de Ibagué”: Afirma el demandante que en el predio ubicado en el barrio Ricaurte de Ibagué y luego del mentado negocio, siguió ejecutando labores de construcción en aras de terminar las obras y, que en el apartamento situado en el barrio las Ferias mantuvo su residencia como lo hacía desde antes sin reconocer ningún tipo de contraprestación. Estas afirmaciones en ningún momento fueron desconocidas, controvertidas o desvirtuadas por la sociedad demandada; es más, en su alzada ésta aseveró que se trató de un acto de tolerancia o permisibilidad, no obstante ningún elemento de juicio o razón lógica respaldan el supuesto acto benevolente, menos cuando para justificarlo se habla de *“...permitir como un negocio paralelo entre vendedor y comprador para que se vendiera posteriormente el inmueble a un precio*

⁵ Aceptación de hechos 5° y 6°. Fls. 157 y 217.

⁶ Fls. 143 a 146 C1.

significativo y obtener una utilidad...”, expresión que más que revalidar la compraventa con pacto de retroventa fustigada, deja más bien ver la apariencia del acto público, máxime, ante la falta de entrega de los inmuebles que desdice de la compraventa censurada pues normalmente en esa clase de negociaciones el vendedor da o entrega los bienes al comprador, lo que aquí no ocurrió y sin que en los instrumentos públicos algo en el punto se pactara.

“Inversión del actor en el inmueble ubicado en el barrio Ricaurte de Ibagué después de firmada la negociación y lucro obtenido del mismo”: También es claro y no fue objeto de discusión por la demandada, que Gerley Cortes a pesar de la supuesta venta, siguió haciendo grandes inversiones en el predio que jurídicamente había transferido a la sociedad encartada con el fin de culminar la construcción emprendida y materializar el designio que desde antes de la negociación exteriorizó, de ahí que se infiera el no querer desprenderse del dominio del predio, pues para nada es razonable que se invierta en algo que por el momento ya no era de él, mucho menos en sumas de dineros cuantiosas.

Y no se puede sostener tajantemente que los únicos dineros invertidos en la obra fueron los dados por la demandada como ésta lo asegura, pues nótese como el ingeniero civil Sergio Fabián Cárdenas Delgadillo encargado de la obra según el artículo tercero de la citada licencia de construcción y al que hicieron alusión ambas pericias allegadas⁷, informó que el valor de las labores ejecutadas para abril de 2016 fue \$1.418.134.126⁸, monto muy superior a los \$500.000.000 que en distintos periodos fueron entregados al demandante y lo que entonces revalida el dicho del actor de la consecución de recursos por medio de otras fuentes financieras para invertir allí, lo que así mismo corrobora la prueba documental allegada como anexos de la demanda y que muestran créditos otorgados en otras entidades a favor de Gerley Cortes⁹; es más, aparece un pago de

⁷ Fls. 54 a 102 y 225 a 247 C1. Ver así mismo cuaderno dos (2).

⁸ Folios 104 a 106 C1.

⁹ Fls. 27 a 51 C1.

quince millones a María Dilia Pérez quien fuera de ser madre y esposa del representante legal principal y suplente de la sociedad demandada¹⁰, respectivamente, declaró acá que además de lo dado por la sociedad enjuiciada ella también le prestó dineros al actor¹¹. Y no se deje a un lado que pese a estar el bien hipotecado a favor de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Social Ltda “prosperando” por una obligación que para julio de 2014 era de \$90.000.000 (Fls. 41 a 43 C1), tal gravamen fue cancelado un mes después de la supuesta venta conforme lo ilustra la anotación 29 del folio de matrícula inmobiliaria 350-1304 visto a folio 150 de la presente encuadernación, infiriéndose así que con el primer adelanto hecho al actor y tal como él lo cuenta, no se invirtió todo de una vez a la obra sino que se levantó el mentado gravamen y de paso quedó el bien en cabeza de la demandada totalmente libre.

Por consiguiente, esa importante inyección de dineros por parte del actor en un predio supuestamente vendido, es decir, en terreno ajeno y con dineros conseguidos de distintos lados, más que develar una venta con pacto de retroventa hace relucir es el préstamo de dinero que el demandante buscaba para materializar su firme intención de culminar su proyecto constructivo y así obtener ganancia del mismo; expectativa de frutos que precedida de ingentes esfuerzos económicos como se explicó, precisamente dejan ver la no finalidad del actor de desprenderse del bien sino la de conseguir recursos financieros para efectivizar su iniciativa comercial, gestión de la que también dieron cuenta las declaraciones de Carlos Raúl Vargas Molano y Diego Fernando Cortez Ospina; el primero quien trabaja con el actor hace más de diez años en un restaurante de comida china de propiedad de Gerley Cortes según lo afirmó y el segundo quien fue una de las personas que estuvo a cargo de la obra; relatos que por haber tenido percepción directa con algunos hechos, ser coherentes, convergentes y congruentes con los demás elementos probatorios, soportan la ciencia de su dicho y por ello ofrecen credibilidad¹².

¹⁰ Fls. 288 a 296 C1.

¹¹ Fls. 308 a 310. Record: 1:00 a 11:00.

¹² Fls. 274 a 278 C1.

A lo anterior se suma y aunque la construcción no se culminó, que uno de los locales del primer piso estaba en funcionamiento como lo relata el actor y se deduce de las pericias rendidas, canon de arrendamiento que era percibido por Gerley Cortes como supuesto vendedor y no por la aparente compradora dueña del bien, todo lo cual no fue refutado ni discutido.

“Entrega periódica de dineros de la demandada al actor”: En interrogatorios de parte rendidos por los extremos procesales¹³, ambos aceptaron que la entrega de dineros fue en distintos momentos; en palabras del representante legal se dijo: *“...a la firma de las escrituras se le dio \$200.000.000¹⁴ y después se le fue dando poco a poco hasta completar para que fuera invirtiendo en el edificio que estaba construyendo...”*. Añadió que *“el aumento del valor fue porque el señor necesitaba para terminar de construir...”* y puntualizó que *“...se le prestaba y daba para su libre inversión...”*.

Es decir, que ni siquiera en un principio, pudiéndose establecer sin ningún inconveniente, estuvo definido el precio como elemento esencial de la compraventa y además de ello aumentándose el supuesto valor de la compra, no obstante, no ser ello cierto pues de esas mismas aseveraciones se deduce que lo realizado era prestarle más dinero al actor para seguir invirtiendo en la construcción y no que se hubiera cambiado el precio de la venta, lo que desgaja entonces en la alteración deliberada de la verdad queriéndose hacer ver por las partes el préstamo de dinero como una compraventa con pacto de retroventa, siendo el supuesto precio, más bien, convertido en el dinero que vino a ser el objeto del contrato mutuo.

“Suscripción de títulos valores”: Junto a los anexos de la demanda se aportó en copia simple un pagaré y una letra de cambio por la suma de \$500.000.000 a cargo del actor y a favor de la demandada¹⁵, lo que en línea de principio no tendría mayor acogida por su informalidad, empero, el representante legal confesó que al demandante se le *“...hacían firmar los títulos*

¹³ Fls. 261 a 264 C1. Record: 12:57 a 39:22 y 40:37 a 1:00:44.

¹⁴ Aunque el actor manifestó que primero le dieron *“\$80.000.000. para pagar hipoteca con prosperando”*

¹⁵ Fls. 20 a 22 C1.

valores con el fin de ir teniendo claro cuánto se le había dado...”, justificación que no se aviene mucho al caso si en la cuenta se tiene que quien tiene que garantizar el precio de la compraventa es justamente el comprador y no el vendedor; es quien adquiere la cosa o producto el que debe respaldar el valor por concepto de precio y no al contrario, razón por la cual la firma de los mentados títulos valores lo que descubre es propiamente el préstamo de dinero que hubo entre las partes ocultamente.

“Cobro de intereses de la demandada al actor”: Aunque en algún momento expresó el representante legal de la sociedad accionada en su interrogatorio de parte que no hubo pacto de intereses, de su misma versión ello se desmiente; es que, además que en muchos momentos se refería a la negociación como un *“préstamo”*, adujo también ante una pregunta hecha que *“el interés fue el máximo legal permitido por la ley en estos momentos...”*, afirmación que entonces corrobora el cobro de intereses que refirió el extremo activo y que se contrapone abiertamente al negocio de compraventa con pacto de retroventa, ya que tal recaudo, más bien, encuadra perfectamente en el contrato de mutuo que soterradamente se convino.

Y para que no quede duda de pagos que por concepto de interés efectuaba el demandante, nótese como María Dilia Pérez de Ramírez quien le colabora a su esposo en la oficina, esto es, al representante legal suplente de la sociedad demandada, contó: *“...conozco a Gerley Cortes...no me acuerdo cuantas veces fue a la empresa Gerley...yo le recibí plata que le dejaba a mi esposo...yo le recibía y él me decía que era concepto de interés que le colocara al recibito...”*; todo lo cual corrobora los pagos que hacía el demandante por tal noción.

En un caso de similares contornos, dijo la Corte: *“...Así se concluye de la reiterada referencia a intereses, elemento por completo ajeno a un contrato de compraventa en que el vendedor, cuando recibe el pago del precio, no tiene porqué reconocer el pago de intereses sobre ese precio. Lo mismo debe decirse de los préstamos adicionales que de manera voluntaria puede hacer el comprador, préstamos que irían a sumarse al monto del precio*

*definitivo de la compraventa, y préstamos sobre los cuales el vendedor, a pesar de ser parte del precio, debe reconocer intereses a su cargo...”*¹⁶, tal cual como aquí ocurrió y por ello aflora artificiosa la compraventa con pacto retroventa aquí analizada, cita jurisprudencial también hecha por el *a-quo* y que por su importancia y claridad se comparte totalmente.

“Querer desviar el posible inicio de un proceso ejecutivo hipotecario”: Desde la contestación de la demanda se hacen cuestionadas afirmaciones pues tratándose de una compraventa con pacto de retroventa no se acompasa a tal negociación el tema de intereses o del dinero indemnizado como indistintamente el representante legal también lo expresa en interrogatorio de parte; pero una que llama poderosamente la atención y que en la apelación se sostiene es cuando se asevera: *“La transferencia del bien como garantía efectiva, más que la misma hipoteca, toda vez que por ese medio evitaba el proceso hipotecario, la venta en pública subasta y los demás inconvenientes de un cobro coactivo de esta índole...”*¹⁷.

Así, emerge palmar que la real preocupación de la demandada era la de una garantía efectiva para recuperar los dineros entregados y de paso obtener una utilidad (interés) por el préstamo realizado, más no establecerse un precio puro y simple como se quiso hacer ver en el acto aparente, buscando con éste además de cobrar un rendimiento económico, sortear o esquivar las particularidades de un proceso ejecutivo hipotecario y de paso haciendo notar las partes mediante la ficticia compraventa con pacto de retroventa, una intención diferente a la verdaderamente tenida desde un principio tanto por Gerley Cortes como por Cluster Inmobiliario y Ganadero Financiar S.A.S., que no era otra que la de un préstamo de dinero o contrato de mutuo para que aquél invirtiera en uno de los inmuebles involucrados y ésta obtuviera una ganancia por el crédito otorgado, tal como los indicios explicados lo resaltan diáfananamente; ese era el verdadero acuerdo privado de los contratantes y no el notorio exteriorizado

¹⁶ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de julio de 2000. M.P. Jorge Ballesteros Santos. Exp. 6238.

¹⁷ Folio. 220 C1.

en la escritura pública; no se desconoce que las partes se movían bajo la necesidad del dinero y obtención de una garantía, pero no con el ánimo de celebrar lo que finalmente hicieron oficial sino de dar paso al mutuo escondido detrás del velo de la negociación reprochada; de qué otra manera se entiende que el vendedor siguiera detentando y usufructuando los inmuebles; efectuara inversiones a uno de ellos previa gestión para demoler y construir; le entregaran dineros periódicamente para seguir invirtiendo; suscribiera títulos valores como garantía de lo adeudado y además de todo pagara intereses por los capitales que se le iban dando.

En conclusión, de los anteriores indicios se puede inferir razonablemente que el convenio realmente querido se mostró de una manera distinta y por tal razón la simulación relativa declarada por el *a-quo* deberá mantenerse, pues quedó al descubierto la apariencia de la compraventa y del pacto de retroventa celebrado entre las partes, éste último que como accesorio que es sigue la suerte de lo principal y quedando entonces en una mera ficción inane resulta entrar a establecer si tal retroventa es o no una garantía mobiliaria y que por ello deba aplicarse la Ley 1676 del 2013 como en la alzada la parte pasiva intenta sugerir, pues ni siquiera hubo un reparo claro o qué era precisamente lo que se quería obtener con tal argumento, nada concreto se pidió y por tal razón mucho menos existe algo para resolver en ese punto.

5.- Revelado el verdadero designio de los acá contendientes y puestas las cosas en su plano real, contrato de mutuo, debe entonces aceptarse como así lo hicieron ambas partes en interrogatorios de parte que el capital prestado fueron \$500.000.000 y no otro monto; esa es la única inconformidad que el extremo activo alegó, pero del mismo dicho de los contendientes y especialmente la confesión que en ese sentido hizo Gerley Cortes, se acredita cristalinamente que la suma total que finalmente se dio en calidad de mutuo fue la antes referida y que se hizo exigible desde el 11 de julio de 2017 como lo precisó el *a-quo*, aspecto éste último frente al cual absolutamente nada se refutó y por ello a esta Corporación llegó en firme. Ahora, qué

sumas de dinero se pagaron por concepto de intereses y en qué períodos se hicieron, o si alguna hubo en cuanto a capital, son cuestiones jurídicas que de ser procedentes atendiendo las particularidades del asunto, se deben debatir en el respectivo juicio ejecutivo, si a ello hay lugar, y no en este escenario judicial.

6.- Finalmente, menester es precisar que frente a la figura jurídica de “*lesión enorme*” y de “*mejoras u obras levantadas en suelo o terreno ajeno*” mencionados por la parte demandada al momento de sustentar el recurso de apelación, son temas que no fueron tratados ni reconocidos en la sentencia de primera instancia, de ahí que la discusión o el problema jurídico de la alzada no pueda radicar en esos asuntos, mucho menos en el caso de las mejoras que ni siquiera fue aducido en el libelo introductor y por ende tampoco al contestarse el mismo; es un tema totalmente ajeno al objeto de litigio. Es que, tales puntos, si se revisa, no fueron planteados como reparos concretos a la sentencia, de ahí que nada deba analizarse y decidirse al respecto pues sólo sobre aquéllos (los reparos concretos) se debe desarrollar o sustentar la alzada¹⁸.

7.- Baste lo dicho para confirmar la providencia apelada y como consecuencia de ello condenarse costas a la parte demandada de conformidad a las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué (Tol), conforme a lo antes considerado.

¹⁸ Artículos 322 y 327 del Código General del Proceso.

Segundo: Condénese en costas de esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte actora. Como agencias en derecho se señala la suma de \$1.700.000.

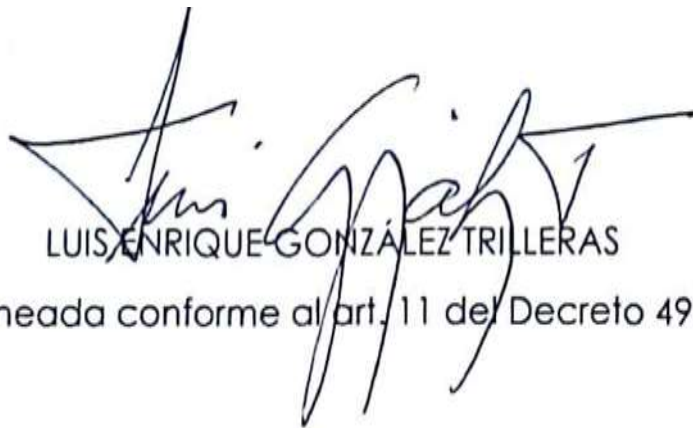
Esta sentencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 16 de julio de 2020, tal como consta en el acta Nro. 023.

Notifíquese y cúmplase,



RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ORTIZ
Magistrado

Firma escaneada según Decreto 491 de 2020



LUIS ENRIQUE GONZÁLEZ TRILLERAS

(Firma escaneada conforme al art. 11 del Decreto 491 de 2020)



MANUEL ANTONIO MEDINA VARON
Magistrado

Firma escaneada según Decreto 491 de 2020

