**S-2021**

**Proceso:** Verbal

**Demandante:** Eladio Antonio Rojas Arcila y otros.

**Demandado:** Constructora San José Plaza S.A.S.

**Radicado:** 05266 31 03 001 2016 00219 02

**Asunto:** Confirma sentencia impugnada

**Tema:** Valoración de la prueba indiciaria en la acción simulatoria.

**TRIBUNAL SUPERIOR**

**DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

**-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, diez (10) de septiembre del dos mil veintiuno (2021).

Se resuelve el recurso de apelación, frente a la sentencia proferida el pasado 27 de noviembre de 2020, mediante la cual, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado dirimió la controversia en el proceso Verbal con pretensión declarativa de simulación, instaurado por Beatriz Celina Rojas Arcila, Patricia del Socorro Rojas Arcila, Claudia del Socorro Escobar, Ana Lucia Rojas Arcila, Eladio Antonio Rojas Arcila, Francisco Fabián Rojas Arcila, Luis Francisco Rojas Arcila, Santiago de Jesús Rojas Arcila, José Mario Rojas Arcila y Gonzalo Adriano Rojas Arcila, en contra de la Constructora San José Plaza S.A.S. -en liquidación judicial- y, la sociedad Holding San Marino SAS. Labor jurisdiccional que se acomete en el siguiente orden,

**I. LOS CONTRATOS TILDADOS DE SIMULADOS**

**1.** Se relacionan primeramente los negocios jurídicos perfeccionados mediante escrituras públicas 3072 del 28 de septiembre de 2011; 3535 del 03 de noviembre de 2011; 3984 del 12 de diciembre de 2011; 2041 del 29 de junio de 2011; 2628 del 25 de agosto de 2011; 1825 del 10 de junio de 2011; 1924 del 17 de junio de 2011 y 2936 del 16 de septiembre de 2011, todas de la Notaria 1ª de Envigado, donde quedaron plasmadas las diferentes enajenaciones que los contratantes realizaron sobre los inmuebles con matrículas inmobiliarias 001-38412, 001-41400, 001-390499, 001-390500, 001-38709 y 001-142663, cuyos linderos particulares y especificaciones se encuentran plasmados en la respectiva escritura pública.

**1.1.** Documento denominado *“contrato de asociación comercial”* y su “*otro sí”*, toda vez que las aludidas escrituras públicas y este último convenio, ocultan unos contratos de permuta de los bienes inmuebles que allí se describen.

**1.2.** **Como sustento fáctico de lo anterior**, adujo la parte plural demandante que, el día 05 de julio de 2011, los señores Luis Joaquín Restrepo Álvarez, Carlos Mario Horta Álvarez y Juan Carlos Calle Múnera, quien actuaba en representación de la empresa Holding San Marino S.A.S., constituyeron por documento privado, una sociedad por acciones simplificada denominada “Constructora San José Plaza S.A.S.”, la empresa tenía como objeto social, entre otros, la construcción y venta del proyecto urbanístico denominado San José Plaza.

**1.3.** Los nombrados contratantes, a más de un mes después de que se constituyera la sociedad anterior y sin que ese hecho fuera conocido por el señor Eladio Antonio Rojas Arcila, con quien, además, habían suscrito inicialmente un contrato de asociación comercial, suscribieron un *otro sí*, en el cual, el demandante se obligaba a entregar lotes de terreno para el desarrollo del proyecto urbanístico denominado San José Plaza y, en contraprestación por ese nuevo aporte, recibiría otros 630 mts2 de construcción del proyecto, repartidos entre oficinas, locales comerciales, parqueaderos privados y apartamentos.

**1.4.** Adicionalmente, para el desarrollo del proyecto, la empresa constructora requería hacerse a los terrenos aledaños a los que serían aportados por el señor Eladio Antonio Rojas, tal y como se estipuló en el contrato denominado *“contrato de asociación comercial”.*

**1.5.** De esta forma, cada uno de los demandantes realizó una serie de negocios, mediante los cuales, permutaron a favor de la constructora San José Plaza S.A.S., su respectivo derecho inmueble, a cambio de una contraprestación, consistente en la transferencia de los inmuebles que resultaran del proyecto inmobiliario, como un apartamento, un local comercial y un parqueadero.

**1.6.** Que, al materializar la celebración de dichos contratos de permuta, se hicieron negocios simulados de compraventa, pues, los demandantes por esa transacción no recibieron dinero, mientras que tampoco ninguna suma fue pagada por los compradores, siendo la única intención de las partes cambiar o permutar unos bienes por otros, tal y como se pactó en las respectivas permutas.

**1.7.** Que a pesar de que los demandantes cumplieron con la obligación contraída para con la sociedad Constructora San José Plaza S.A.S., consistente en transferir en favor de dicha empresa el derecho de dominio sobre los inmuebles 001-38412, 001-41400, 001-390499, 001-390500, 001-38709 y 001-142663, no obstante, la entidad demandada nunca cumplió con la contraprestación pactada, consistente en la entrega de apartamentos, oficinas, locales y parqueaderos del proyecto San José Plaza.

**1.8. Pretensiones.** Acorde con lo anterior solicitaron, entonces, se declare que los aludidos actos escriturales son simulados relativamente y que, en consecuencia, se haga prevalecer la permuta en los contratos de compraventa que se describen en los hechos de la demanda. Que se declare que la adjudicación por sucesión plasmada en la escritura pública número 3405 del 25 de octubre de 2011, en donde se realizó la subrogación de derechos herenciales de los demandantes, proviene de negocios jurídicos simulados y que, además, se declare la resolución de los contratos de permuta originalmente pactados y, en consecuencia, se ordene la restitución de los inmuebles a cada uno de los demandantes.

**2. Actuación procesal.** El Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado admitió la demanda por auto del día veinte (20) de junio de 2016, luego de que el actor subsanara los requisitos exigidos mediante auto del dos (02) de junio de esa misma anualidad, siendo notificada legalmente a la demandada.

**2.1.** La constructora demandada San José Plaza en SAS en liquidación, llegó al proceso oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Admitió la celebración de la venta de los inmuebles objeto del litigio, advirtiendo que las partes involucradas en los mismos tenían ánimo societatis, tanto era así, que adicional al contrato de asociación comercial, se constituyó la sociedad que se denominó Constructora San José Plaza SAS, a la cual, desde el año 2011, se le aportaron los inmuebles para desarrollar su objeto inmobiliario como base de desarrollo.

Agregó que, en cumplimiento del contrato de asociación comercial, donde se tenían unos intereses claros, la constructora San José Plaza pagó cerca de $200.000.000, representados en impuestos prediales, efectivo para cubrir obligaciones hipotecarias y otros gastos de sucesión, para poder que a la constructora se le adjudicaran esos activos, con el único fin de poder desarrollar el proyecto inmobiliario.

De esta forma, se opuso a las pretensiones de la demanda y, advirtiendo que los demandantes pretenden aprovecharse de su propia culpa y que además se presentaron como acreedores en el proceso de liquidación judicial que adelanta la constructora San José Plaza, donde se les graduó la acreencia, por ahí mismo, blandió las excepciones de mérito que se dio en llamar: **i)** Falta de causa para pedir; **ii)** Enriquecimiento sin causa y, **iii)** mala fe del actor y temeridad.

**2.2.** Por su parte, la codemandada sociedad Holding San Marino S.A.S., dijo oponerse a que se declarara simulado el contrato de asociación comercial y su otro sí, ello, debido a que los demandantes se interesaron en un proyecto constructivo de cuya realización dependía la ganancia o pérdida.

Agregó, que la sociedad constructora San José Plaza comenzó su vida jurídica en situación crítica, debido a que asumió obligaciones pendientes de los comerciantes aportantes con terceros y, además, seguidamente asumió obligaciones que no pudo pagar oportunamente.

Como excepción formuló las que denominó: **i)** pagos señalados en el contrato de asociación comercial.

**2.3.** En el iter procesal, se presentaron varias solicitudes de intervención litisconsorcial por quienes fungían como promitentes compradores de los apartamentos que resultarían del proyecto inmobiliario denominado San José Plaza en liquidación, así como terceros adquirentes, misma que fue negada por el funcionario de primera instancia mediante providencias del 01 de junio de 2018 y 22 de enero del año 2019, ambas, confirmadas por esta corporación.

Se les otorgó la calidad de coadyuvantes de la Constructora San José Plaza en liquidación, conforme el artículo 71 del C. G. del P.

**2.4.** De otro lado, se ordenó la intervención litisconsorcial por activa, de los señores José Alberto, Carmen Ángela y Luis Fernando Rojas Baena. En la parte pasiva, se integró a los señores Luis Joaquín Restrepo Rojas y Carlos Mario Horta Álvarez.

**3. La sentencia apelada.** El juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado profirió sentencia el pasado 27 de noviembre de 2020, en la que negó las pretensiones de la demanda incoada en contra de las personas jurídicas y naturales demandadas, ordenando, en consecuencia, el levantamiento de la inscripción de la demanda sobre los inmuebles identificados con MI 001-38412, 001-41400, 001-390499, 001-390500, 001-38709 y 001-142663.

Para arribar a esta conclusión, pasó el funcionario analizar si estaban presentes los elementos estructurantes de la pretensión simulatoria, estimando inicialmente que, debía analizarse su procedencia, respecto del contrato de asociación comercial y su *otro sí* celebrado por el demandante Eladio Antonio Rojas Arcila, con los señores Luis Joaquín Restrepo Álvarez, Carlos Mario Horta Álvarez y la sociedad Holding San Marino S.A.S., en la medida en que este contrato o acuerdo, era el generante de las otras compraventas cuya declaratoria de simulación relativa también se solicita.

En tal designio, conforme la declaración del demandante Eladio Antonio Arcila Rojas, halló que, en aquel contrato sí se expresó la obligación, de todos los firmantes, de formar una sociedad que garantizara el manejo administrativo y la ejecución correcta del proyecto. Que los aportes fueron en una proporción del 50% conformado por los comerciantes aportantes y el otro 50% por el comerciante constructor. Además, el hecho que no incluyera a Eladio Rojas como socio y en cambio sí se haya incluido como socio a otra persona –el señor Luis Felipe Mesa-, lo que denota es un eventual incumplimiento del acuerdo. Pues, mírese cómo, en el hecho 2.1 de la demanda, se narra que la constitución de la sociedad no fue conocida por Eladio Antonio, lo que implícitamente conlleva a afirmar que lo hicieron a sus espaldas, agregó.

De otro lado, afirmó el funcionario que, conforme el tenor del contrato, la idea fue asociarse entre unos inversionistas aportantes de lotes de terreno y un empresario constructor, para desarrollar un proyecto urbanístico, acordando que las ganancias obtenidas serían repartidas pagando a aquéllos con una parte de metros construidos del total de la obra, representados en oficinas, locales, apartamento o parqueaderos.

Advirtió, entonces, que el contrato de asociación comercial, realmente no contenía ninguna simulación relativa y que, por el contrario, el mismo era el fiel reflejo de lo pactado entre sus firmantes; ocurriendo lo mismo con el *otro sí*, el cual lo único que hizo fue agregar otros lotes de terrenos aledaños a los anteriores, de propiedad, en proindiviso, de Eladio Antonio Rojas Arcila y de varios de sus hermanos y sobrinos, de modo que, la transferencia que los demandantes hicieron, no fue en virtud de los contratos de promesa de permuta que firmaron, sino en razón al tantas veces aludido contrato de asociación comercial y su otro sí.

**4. El recurso de apelación.** La parte actora recurrió la sentencia. Su inconformidad radicó en que la hipótesis principal del funcionario de primera instancia, según la cual el concurso de las voluntades de los demandantes y demandados era para asociarse comercialmente, no quedó confirmada por las pruebas aportadas en el proceso.

Estima el censor que la intención del señor nunca fue hacerse socio de la constructora, sino que, tanto él, como los restantes demandantes, entregarían sus propiedades a cambio de los futuros metros cuadrados construidos. De esta intención da cuenta además el clausulado del aludido contrato de asociación, donde se convino claramente que ELADIO ANTONIO ROJAS ARCILA solo recibiría como contraprestación por los bienes entregados los metros cuadrados que en el futuro serian construidos.

Que tampoco aparece la voluntad de conformar una sociedad ya regular ora de hecho, para el mismo propósito, pues no existe evidencia alguna de su intención de efectuar un aporte o contribución para el desarrollo del objeto o actividad social, con miras a distribuirse las utilidades o pérdidas resultantes.

Destacó, que las pruebas allegadas al plenario, contrario a lo que dedujo el a quo, demuestran que la voluntad de los contratantes estuvo animada por el propósito recíproco de transferir por los demandantes, el dominio de un bien presente, constituido por el derecho de cuota que estos tenían sobre unos lotes y los derechos y acciones hereditarias que también tenían sobre otros lotes, mientras que los demandados también transferirían los bienes futuros individualizados en el denominado contrato de asociación comercial, además de su otro sí y los contratos de promesa de permuta, es decir, por el compromiso mutuo de dar una especie o cuerpo cierto por otro, lo cual en esencia tipifica es un contrato de permuta, negocio este que por supuesto no se desnaturaliza porque las partes hayan denominado lo que entregaban como “aporte” o les hayan asignado un precio a los lotes cuyo dominio transfirieron los demandantes, porque independientemente de esas circunstancias, si el acuerdo de los contratantes consiste en dar una cosa a cambio de otra u otras, luego, el contrato será de permutación. Agregó así mismo, que el contrato de permuta tampoco se altera porque las partes hayan decidido nominarlo ***“contrato de asociación comercial”*** cuando prometieron concluirlo, pues, según el censor, no hay que olvidar que *“…los pactos no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales*”.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida, y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

**II. CONSIDERACIONES**

**1. Presupuestos procesales.** Del examen preliminar realizado al proceso, se establece que los diversos presupuestos procesales concurren a cabalidad para dictar el fallo de mérito que desate la impugnación vertical, de igual manera, no se observa alguna irregularidad que afecte la validez de la actuación desarrollada.

**2. Precisión preliminar**. Es un hecho probado que la empresa Constructora San José Plaza S.A.S., se encuentra adelantando trámite de liquidación judicial, según se observa en el certificado de existencia y representación de dicha entidad empresarial (cfr. fl. 22 vto cd. ppal) y en las diligencias adelantadas ante la Superintendencia Sociedades aportadas al plenario por la parte demandada (cfr. fl. 374-471 cd. ppal), pero el punto, contrario a lo que viene alegando la parte demandada desde la contestación a la demanda, no impide la continuación del presente proceso, pues, de acuerdo al artículo al artículo 7 de la ley 1116 de 2006, la decisión, impulso y finalización de un proceso de insolvencia, es decir, de reorganización empresarial o de liquidación judicial, no depende de la decisión que deba tomarse en otro proceso y, tampoco constituye prejudicialidad para ningún otro proceso, cualquiera sea su naturaleza.

De ahí que, la Superintendencia de Sociedades indicara, refiriéndose a los efectos del proceso de esta naturaleza, que: *“…los créditos litigiosos y condicionales mientras no sean ciertos no podrán graduarse por falta de certeza, y una vez la obtengan deberán ubicarse dentro de las cinco clase previstas en el Código Civil y serán calificadas y graduadas por el juez del concurso (…) Como se puede apreciar, se trata de una pérdida de jurisdicción y competencia para los jueces ordinarios, que se deriva del carácter universal del proceso de reorganización.* ***Desde luego que esta prohibición no aplica para los procesos declarativos****, ni para los ejecutivos que promueva el deudor concursado…”[[1]](#footnote-1)* Equívoco es entonces pensar en la pérdida de competencia de esta Sala o del juez de la causa declarativa, con báculo en el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, porque dicha norma lo que impide iniciar o continuar, a partir de la apertura del proceso de reorganización, son procesos ejecutivos en contra del deudor, estableciendo como sanción a su contravención la nulidad de los mismos, pero no de los procesos de conocimiento, como el aquí congrega la atención de la esta Sala del Tribunal.

**3. Legitimación de la parte demandante para implorar la declaratoria de simulación.** Para poder predicar que alguien está legitimado en la causa por activa para demandar la simulación, debe demostrar primero que todo, que tiene un derecho cierto y actual, del cual surge un interés también cierto y actual, al que precisamente el acto simulado le impide o estorba su satisfacción. La calidad de cierto de ese derecho hace referencia a que no sea discutible, por tanto, es que en cada caso se deben analizar las características del derecho esgrimido a efectos de definir si existe legitimación.

En tratándose de demandar la simulación, la tienen los titulares de la relación contractual, mediante la cual, fueron transferidos los inmuebles objeto del litigio al proyecto inmobiliario San José Plaza S.A.S. en liquidación, a quienes, dichos actos jurídicos que se motejan de simulados, en principio, les ha irrogado un perjuicio, en la medida en que, aparentemente, ocultan, cada uno de ellos, contratos de permuta, a la par incumplidos por la constructora demandada, de forma que, está dada esa legitimación, en la medida que, demandan la declaratoria de simulación del denominado *“contrato de asociación comercial”* y su *“otro sí”*, así como de las compraventas de que dan cuenta los actos notariales vertidos en la Notaría Primera del Círculo de Envigado, con el pretendido afán de que se declare la resolución de los contratos de permuta originalmente celebrados y, en consecuencia, se restituyan los inmuebles que cada uno de los demandantes entregó para el desarrollo del fracasado proyecto inmobiliario.

**3.1.** Aclarado el punto de la legitimación en la causa por activa y, como quiera que el punto de discusión, en el recurso de alzada de la parte demandante recae es **sobre la valoración probatoria para hallar probado el concierto simulatorio,** por técnica del fallose hace lo propio en esta instancia, no sin antes traer a cuento algunos lineamientos acerca del instituto jurídico en cuestión.

**4. De la simulación.** Como uno de los elementos determinantes de la existencia del negocio jurídico, se erige la voluntad como manifestación del querer obligarse a dar, hacer o abstenerse de hacer, donde lo usual resulta ser que dicho elemento volitivo interno coincida con lo declarado por las partes en el acto de creación, sin embargo, sucede que determinadas situaciones, de variada índole, terminan incidiendo en la voluntad y hacen que se manifieste una totalmente distinta a la que persiguen en el fondo los contratantes. **Por eso, si en realidad se hallare probada tal discrepancia entre lo querido y lo manifestado, se nos presenta la simulación como fenómeno susceptible de ocultar hipotéticamente una realidad que pudiera ser descubierta.**

Esta figura, la de simulación, encuentra su desarrollo como institución jurídica en el artículo 1766 del C.C., normativa concordada con el artículo 267 del C.P.C., y la cual reza: *“Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.*

**4.1. Prueba de la simulación.** En relación a la prueba de la simulación, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que, dado el sigilo que caracteriza un engaño de esa naturaleza, la prueba más importante es la indiciaria. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto sobre el particular:

*“Visto está que la acción de prevalencia pueden ejercitarla los terceros que se ven perjudicados por la apariencia, entendida ella como* ***la que propende que caiga el disfraz del acto externo, y se devele por tanto lo oculto****. Su ejercicio exitoso, como se comprenderá, en la mayoría de las veces les resultará más difícil que a los propios simulantes; éstos, a la* ***par con su cometido, se cuidaran mutuamente y tomarán las previsiones que estimen adecuadas en orden a impedir que de la situación generada por la mentira se consoliden posiciones ventajosas que no correspondan a la realidad****. Generalmente dejarán testimonio de la verdad. Por contraste, dado el sigilo en que están empecinados, procurarán que la luz no invada lo secreto,* ***no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza****. De ahí que acudan, lo más, a la prueba indiciaria, como única vía para satisfacer la carga probatoria que de cualquier manera pesa sobre sus hombros; verdaderamente, con todo y que son terceros, están en el deber de aducir la prueba con que pretenden infirmar lo que se presume: la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derechos. Necesidades de interés social así lo reclaman”[[2]](#footnote-2).*

De ahí que se haya establecido entonces que, respecto a la prueba de la simulación, rige el principio de la libertad probatoria, en virtud a que, por lo general, los simulantes asumen un comportamiento reservado, por lo tanto, quien ataca el acto simulado, está facultado para acudir a los diversos medios probatorios, **entre ellos la prueba indiciaria**, la que, en determinadas circunstancias, se erige como única opción demostrativa, dada las previsiones que toman quienes no quieren dejar huella de su fingimiento.

**5. el debate judicial**. Al retomar las elucubraciones que sirven de puntal a la alzada, el Tribunal se anticipa a señalar que la sala comparte la conclusión a la que llegó el juez de primera instancia, aunque con unas razones adicionales, pues lo cierto es que las pruebas recaudadas no generan la convicción de que el contrato de asociación comercial sea fingido.

Advierte esta Sala del Tribunal que, a la postre, lo que busca el co-demandante Eladio Antonio Rojas Arcila, quien aparece como titular de la relación contractual societaria, es demostrar que, en el denominado “*contrato de asociación comercial*” celebrado entre él (denominado contractualmente el *comerciante aportante 2*) con los señores Luis Joaquín Restrepo Álvarez, Carlos Mario Horta Álvarez (denominados contractualmente *comerciantes aportantes 1*) y el señor Juan Carlos Calle Múnera, quien obra en nombre y representación de la sociedad Holding Sanmarino S.A.S. (denominada contractualmente el *Comerciante Constructor*), hubo un fingimiento en su *ánimus societatis,* como elemento neurálgico de su integración al aludido vínculo contractual, por ende, estima que en esa relación contractual, no buscó formar una sociedad, sino únicamente, recibir como contraprestación por los bienes inmuebles entregados en calidad de permuta, unos metros cuadrados que en el futuro serían construidos en el proyecto inmobiliario San José Plaza de Envigado.

Por consiguiente, los contornos del litigio deben ceñirse estrictamente a las características propias del instituto jurídico alegado y a la deducción de la eventual consecuencia jurídica, cuya congruencia fáctica está constituida “…***por la revelación de una voluntad real, y tal evidencia empírica, de ser descubierta, vendría a ser la causa de que se diga en la sentencia****, a manera de mandato, que el acto oculto está llamado a gobernar a los contratantes".[[3]](#footnote-3)* Lo anterior, traduce que, en últimas, el punto álgido de discusión recae en la carga del actor para lograr demostrar esencialmente que el acto denominado ***“contrato de asociación comercial”*,** en virtud del cual se enajenaronuna serie de derechos sobre los inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria001-38412, 001-41400, 001-390499, 001-390500, 001-38709 y 001-142663, es aparente, en virtud de no haber tenido la intención de celebrarlo.

**5.1.** En efecto, al analizar las pruebas legal y oportunamente recaudadas, primero en forma individual y luego en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, esta sala del Tribunal encuentra que el recurrente no cumplió tal cometido y, por ende, como se dijo, el juez de primer grado estuvo asistido de razón, pues del material probatorio allegado al trámite procesal, se evidencia que la celebración del denominado ***contrato de asociación comercial***, fue producto de la voluntad de las partes contratantes, en otras palabras, fue verdadero.

La prueba proviene del mismo demandante, señor Eladio Antonio Rojas Arcila, quien es claro en señalar en interrogatorio de parte, que, ante la presencia de un cúmulo de deudas a su nombre que excedían los Mil Millones de Pesos ($1.000.000.000): “*…****nos dimos a la tarea de desarrollar un proyecto urbanístico****, sabiendo yo que ellos eran constructores…”;* más adelante agregó: **“*mis hermanos me han apoyado, al ver ellos la situación en que yo me había metido y que me iba a ser muy difícil salir adelante, ellos aceptaron, estuvieron de acuerdo****,* ***de que en cabeza mía, tratáramos de salir adelante entregando derechos hereditarios que teníamos en conjunto para poder darle avance al desarrollo,*** *a cambio, ellos tenían conocimiento de que en ese momento, yo iba a recibir 970 metros2 construido; ellos nunca estuvieron en desacuerdo conmigo, a que se hiciera la entrega, o que se permutara o se cambiara, lo que teníamos en conjunto, incluidos los Rojas Baena,* ***para que el proyecto pudiera avanzar****,* ***ser realizable…****”****.***

No es necesario hacer entonces un esfuerzo hermenéutico mayor, para comprender que dicho anhelo se materializó en el documento llamado de asociación comercial, cuyo objeto fue *“…transformar, ejecutar y coadyuvar con la actividad mercantil correspondiente para que* ***los siguientes lotes de tierra, se desarrollen en el proyecto urbanístico, denominado SAN JOSE PLAZA ENVIGADO…”.*** siendo el codemandante Eladio Antonio Rojas Arcila, la cabeza de la organización empresarial de ese proyecto, como que, se encargó de buscar inversionistas y reunirlos con ese objetivo, aprovechando que su círculo social estaba integrado por las personas que se requerían para la iniciación y ejecución del proyecto inmobiliario.

**5.1.1.** Luego, entonces, para cumplir ese compromiso fue que se hicieron las escrituras públicas de compraventa N° 3072 del 28 de septiembre de 2011; N° 3535 del 03 de noviembre de 2011; N° 3984 del 12 de diciembre de 2011; N° 2041 del 29 de junio de 2011; N° 2628 del 25 de agosto de 2011; N° 1825 del 10 de junio de 2011; N° 1924 del 17 de junio de 2011 y N° 2936 del 16 de septiembre de 2011, todas de la Notaria 1ª de Envigado, donde quedaron plasmadas las diferentes enajenaciones y/o compraventas que los contratantes realizaron sobre los inmuebles con matrículas inmobiliarias 001-38412, 001-41400, 001-390499, 001-390500, 001-38709 y 001-142663, cuyos linderos particulares y especificaciones se encuentran plasmados en la respectiva escritura pública. Pero, según lo confesó el mismo demandante Eladio Antonio en su interrogatorio de parte, si bien no se recibió dinero o pago alguno por esas compraventas, no obstante, se esperaba recibir a cambio un sinnúmero de inmuebles, producto del desarrollo y construcción del proyecto SAN JOSE PLAZA ENVIGADO, que les habría de corresponder en un 50%, que se deduce según sus aportes; por consiguiente, si bien no se puede hablar estrictamente de compra venta de inmuebles, de todas maneras, esa fue la forma que aceptaron los demandantes para participar en el proyecto y hacer sus aportes en especie de los terrenos en que iba a desarrollarse el proyecto de construcción, sin que pueda ahora desconocer ese hecho ya confesado, en cuanto no es cierto que estemos frente a unos actos simulados que daba declarar el juez para regresar al *statu quo*, pues aquí los demandantes jugaron a la riesgosa actividad de la construcción, asumiendo el riesgo de las pérdidas y ganancias, sin que puedan recurrir el salvavidas de la simulación que resulta inexistente.

Y, es más, sin que este nuevo argumento que trae el Tribunal pueda desviarnos del tema de la simulación y aunque pueda no quitar ni ponerle nada a la simulación, puede servir para contextualizar el tipo de contrato que se celebró genéricamente denominado asociación mercantil, por lo que bien puede decir el tribunal, que el tipo de asociación pactada es muy parecida a la modalidad de cuentas en participación, pues tan solo se echa de menos que varios de los participantes no son comerciantes, lo que ubica el asunto a manera de un contrato atípico, pero al que de todas formas le serían aplicables las reglas de las cuentas en participación, por lo que sobre el tema se traen las siguientes palabras de la Corte[[4]](#footnote-4):

“*En torno de las cuentas en participación, la doctrina jurisprudencial de la Sala tiene definido que se trata de un contrato “de colaboración”, “de carácter consensual” y en virtud del cual “****se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros A.S.R. EXP. 2002-00007-01 35 permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida****”, razón por la cual “su existencia, en principio, no se revela (…), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta”, de donde “es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes”, las cuales “se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad”, sin que tenga lugar el “surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio” (Cas. Civ., sentencia del 4 de diciembre de 2008, expediente No. C-1100131030271992-09354-01).*

Y es que para el caso que en su momento estudió la Corte en la última sentencia citada, si bien el contrato bajo examen era lo más parecido al de cuentas en participación, faltándole solo que algunos de los celebrantes fueran comerciantes, es por lo que hubo de admitir la calificación de atípico, no obstante, y por ahí mismo, aceptó que le eran aplicables por asimilación o analogía las que rigen el contrato de cuentas en participación en materia comercial y eso implica que no habría posibilidad de tipificar la simulación que los demandantes aquí plantean. Esto se destaca de la sentencia de la Corte atrás citada, con ponencia del Mag. Arturo Solarte Rodríguez:

“*En cuanto hace al régimen legal aplicable a los contratos atípicos, tiene decantado la Sala que ellos “se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual A.S.R. EXP. 2002-00007-01 38 con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales (…). Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse analógicamente las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la absorción según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la combinación, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular -nominado- y las normas mediante las cuales éste está disciplinado por la ley (…)” (Cas. Civ., sentencia del 22 de octubre de 1991, expediente No. 5817).*

**5.2.** Es claro que el contrato de asociación comercial, tuvo siempre vocación de exteriorizarse, de administrarse, con tal designio, cada uno de los contratantes debía realizar los negocios jurídicos dirigidos a transferir los derechos para ejecutar el proyecto inmobiliario, actos que denominaron en su libre autonomía contractual “*contratos de permuta San José Plaza”* (cfr. fl. 43-91 cd. ppal), de ahí que, cada aportante en especie contara con una ganancia o utilidad independiente, representada en oficinas, locales, apartamentos y parqueaderos, resultantes del proyecto inmobiliario construido (cfr. fl. 27 cd. ppal) *“…Quinta. Ganancias. Como contraprestación el comerciante constructor se compromete con los comerciantes aportantes 1 y 2 ha (sic) entregar los siguientes activos dentro del proyecto San José Plaza…”.* De dicha cláusula, se hace evidente y se denota claramente, el tipo de aporte y la participación o distribución de riesgos, necesarios para el surgimiento del acuerdo de asociación, siendo esa entonces, la razón por la cual, los inmuebles fueron a parar a la sociedad activa constructora San José Plaza S.A.S. hoy en liquidación, constituida por los socios firmantes de ese acuerdo asociativo, **quienes al parecer exceptuaron o dejaron por fuera al señor Eladio Antonio Rojas Arcila**, siguiendo lo establecido en la cláusula sexta del contrato *“…como necesidad de* ***materializar y concretar esta negociación*** *y de darle certeza material y jurídica y garantizar el fin establecido en este contrato que es la construcción del 100% del proyecto San José Plaza,* ***los asociados manifiestan su interés de formar una sociedad comercial S.A.S., que se regirá por las siguientes clausulas y que su funcionamiento como tal estará establecido solo como manejo administrativo y ejecutor, para garantizar la ejecución correcta de los dineros productos de las ventas****…” (cfr. fl. 31 cd. ppal).*

Pero resulta que dicha sociedad se constituyó en julio del 2011, mientras que la casi totalidad de las escrituras públicas se hicieron en favor de ella y con posterioridad a la constitución de esa sociedad, esto es, que si bien el señor Eladio Antonio no hizo parte de esa sociedad, habiéndose comprometido a conformarla, no obstante él tuvo que conocer del hecho y por eso es que no le vio dificultad en que la transferencia de los bienes y derechos se hiciera a la naciente sociedad en la modalidad de compraventa, pero como aportes para participar en las ganancias del proyecto constructivo que él mismo supo iba a desarrollar la naciente sociedad, lo que implica que tanto él como los demás aportantes mencionados en el *“otro sí”* quedaron como aportantes ocultos ante terceros, dentro del proceso de construcción y venta del proyecto SAN JOSÉ PLAZA, lo que podría servir para advertir la especie de cuentas en participación de que antes se habló, pero que de ninguna manera sirve para sugerir el éxito de la simulación, sino que, muy por el contrario, afianza la decisión de hallarla frustránea.

**5.3.** Dentro del panorama descrito, dicha sociedad, entonces, no solo fiscalizaría los negocios sociales por medio de su actuación en los respectivos órganos sociales, siempre en defensa de los intereses sociales de los aportantes, sino que, además, asumiría las deudas vigentes de los inmuebles aportados, como hipotecas, impuesto prediales y pagos de derechos hereditarios, según el parágrafo de la cláusula tercera (cfr. fl. 26 cd ppal), todo lo cual se ejecutó de conformidad, cohesionada la constructora por el clausulado del convenio asociativo, según lo cuenta el propio contratante demandante Eladio Antonio Rojas Arcila, quien alcanzó a recibir dinero por aquellos conceptos para saldar los impuestos y gravámenes de varios de los inmuebles aportados. Pero, no solo eso, en cuanto a riesgos, la sociedad resultante del acuerdo asociativo, afrontaría toda la responsabilidad que se pudiera derivar del proyecto, así quedó consignado en el parágrafo cuarto de la cláusula sexta: *“…los comerciantes aportantes 1 y 2 únicamente participarán de la remuneración establecida (…) y, por tanto, en ningún evento asumirán ningún tipo de responsabilidad legal derivada del proyecto SAN JOSÉ PLAZA…” (cfr. fl. 33).*

**5.3.1.** Esta circunstancia, que refiere al desarrollo del objeto social de la sociedad constituida por los contratantes, es confirmada al posar la vista en los folios de matrícula de cada inmueble aportado donde aparece como propietaria de los inmuebles aportados, la sociedad Constructora San José Plaza S.A.S. y en la actuación surtida en la Superintendencia de Sociedades, allí se observan las actas de las asambleas de la aludida sociedad constructora, que contienen además, datos reveladores de algunas situaciones patrimoniales de la citada sociedad, tales como: balances, cuentas, montos del capital, siendo ese el reflejo del ejercicio del objeto social de dicha persona estatutaria, excluyendo de suyo, que la sociedad misma sea un indicio de un fingimiento en la celebración del *“contrato de asociación comercial”*, de cara a la simulación relativa alegada, puesto que no existe un hecho debidamente probado para soportar esa inferencia.

**5.4.** Por consiguiente, siendo verdaderas las intenciones de crear la sociedad constructora para ejecutar el proyecto inmobiliario, es claro que la razón por la cual los inmuebles fueron a parar a las arcas de la sociedad Constructora San José Plaza S.A.S. en liquidación…” (véase el certificado de existencia y representación fl. 22 cd. ppal), fue como una forma de **administrar el patrimonio familiar**, para solventar las deudas, más no como una simulación. Esto se infiere simplemente, al observar que el actor afectó seriamente su patrimonio debido a que, para el año 2010 adeudaba la suma de $1.700.000.000,oo los cuales además estaban garantizados con hipoteca, cobrando fuerza la idea que, el aporte en especie de los inmuebles realizado en virtud del acuerdo de asociación comercial, a la sociedad Constructora San José Plaza S.A.S. en liquidación, no obedeció a un concilio simulatorio fraguado por los socios; más bien, se itera, lo que sale a flote a partir de la inferencia indiciaria, es que su voluntad se vio compelida por un instinto de conservación patrimonial, prevalido de su condición de consanguíneo de los titulares de derechos reales sobre los inmuebles aportados para desarrollar el proyecto inmobiliario, que en su propósito empresarial, lo llevaría a cultivar una fortuna que solucionara sus deudas, descartándose así el deliberado carácter fraudulento y colusivo propio de la simulación alegada por el recurrente.

**5.5.** Según la H. Corte Suprema de Justicia: *“…para que los indicios puedan recibirse como prueba en un caso concreto, también se exige que éstos salgan avante frente a pruebas infirmantes o contraindicios, no sólo porque el hecho conocido puede estar contrarrestado por otros medios, sino porque ese mismo hecho es factible que indique algo probable, pero, a su vez, algo que lo contradiga, y como en este último evento ambas cosas no pueden ser verdades a un mismo tiempo, según el principio de contradicción, el juez, en la tarea de sopesar un indicio, tiene que “…confrontar los dos extremos, de manera tal que de su cotejo pueda deducirse cuál de los dos es el pertinente…”[[5]](#footnote-5)*,en tal virtud, la Sala encuentra a partir del análisis de la prueba referenciada, que, simplemente, no puede concluirse, que el acuerdo de asociación fue simplemente para obtener una contraprestación en metros cuadrados representados en apartamentos, parqueaderos y locales comerciales, resultantes del proyecto, puesto que no existe un hecho debidamente probado para sustentar tal deducción, como bien lo entendió el señor juez de primera instancia.

**5.6.** Ahora, lo único que resta por agregar a la sentencia de primera instancia, es que, para que la figura jurídica de la simulación, en cualquiera de sus vertientes, se abra paso, se requiere inexorablemente el denominado *concilium simulandis*, es decir, **el acuerdo simulatorio de todos los que hayan sido parte del contrato**, el cual se echa de menos en el caso que congrega la atención de la Sala, sin que tampoco, por el hecho de que los aportes que hicieron en especie los demandantes hayan figurado como compraventas que realmente no lo fueron, pero que por eso no son actos punibles, sino una manera muy común de hacer ese tipo de aportes a una asociación como la que aquí se hizo, de todas maneras esa no sería una simulación punible y tampoco sirve de prueba para demostrar la pretendida permuta que aquí quieren demostrar los demandantes, quienes en la angustia de ver que el negocio de construcción al cual entraron para obtener ganancias, lo que presentó de entrada fue pérdidas, entonces, quieren tratar de recuperar lo perdido a través de la fallida acción de simulación.

Antaño, ha quedado establecido que el *concilio simulatorio*, lo precede un **acuerdo bilateral** entre los contratantes, lo que lo distingue de la simple reserva mental, estado que, si bien involucra la voluntad dirigida a defraudar, **es fraguada por una sola de las partes**, caso en el cual, no se le restaría eficacia al contrato, pues, según la H. Corte Suprema de Justicia:

*La simulación en un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él se conciertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención que puede consistir, en descartar inter partes todo efecto negocial (simulación absoluta), o en que se produzcan otros efectos distintos, en todo o en parte, de los que surgen de la declaración aparente (simulación relativa).* ***Cuando uno sólo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental  (propósito in mente retento) no convierte en irreal el contrato celebrado en forma tal que este pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atenido a la declaración que se le ha hecho; carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención interna de su autor, y esa buena fe merece protección****'*.  *(Cas. Civ. 29 de abril de 1971, Tomo CXXXVIII, pág. 314).*

"*La jurisprudencia de la Corte se ha fundado en la doctrina foránea, pues en ésta se ha sostenido que necesariamente la simulación requiere del acuerdo de las partes, porque en su defecto sólo habría una mera reserva mental, que nada afectaría la fuerza vinculante del contrato, como lo exponen Héctor Cámara y Francisco Ferrara, pues el primero sostiene al abordar el tema que  'como primera condición es primordial para la simulación la conformidad de todas la partes contratantes; no basta que alguna manifieste la declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento, sino que es imprescindible que el otro contratante formule la suya y en inteligencia con el primero. La ficción supone una relación bilateral entre los que efectúan el negocio, quienes cooperan juntos en la creación del acto aparente, en la producción de la falsa imagen constitutiva del acto simulado'.  (Simulación en los actos jurídicos, pág. 29). Criterio semejante expone el segundo de los citados, como quiera que en el punto afirma: 'La simulación supone un concierto, una inteligencia entre las partes; estas cooperan juntas en la creación del acto aparente, en la producción del fantasma jurídico que constituye el acto simulado, sin el concurso de todos, la simulación no es posible; no basta con el propósito de uno sólo, pues con ello se tendría una reserva mental y no una simulación'. (La simulación de los negocios jurídicos, pág. 44) (Subrayas no textuales).*

"... *No ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la participación conjunta de los contratantes y que, sí así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental, que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones.*

*"Poco interesa que la simulación sea absoluta o relativa, pues en una y otra se requiere del mencionado acuerdo,* ***como quiera que la creación de una situación jurídica aparente, distinta de la real, supone necesariamente un concurso de voluntades para el logro de tal fin. De suerte que si no hay acuerdo para simular, no hay simulación****, El deseo de una de la partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno diferente de la simulación" (G.J. CLXVI, pág. 98 y siguiente).[[6]](#footnote-6)*

**5.7.** Debe observarse entonces, que ni siquiera en la demanda se afirmó la existencia de un acuerdo tal entre todas las personas involucradas, para lo cual, basta con advertir que no se demandó a todos los titulares de la relación contractual, otra cosa es que, por labor del Juzgado de primera instancia, a efectos de evitar nulidades, se haya ordenado la citación y vinculación de todas las personas que debían integrar la parte pasiva, esto es, que se vinculó a todos los intervinientes en el acuerdo de asociación comercial que se tilda de simulado.

**5.8.** Ni siquiera el actor, Eladio Antonio Rojas Arcila, único que rindió interrogatorio de parte, afirma la existencia de ese acuerdo o concilio conforme al cual, sabían y entendían todos los que celebraron el contrato, que, aparentemente, los inmuebles se entregaban únicamente a título de permuta, para recibir como contraprestación unos inmuebles resultantes del proyecto **y no como aporte en especie para la necesaria ejecución del proyecto mismo**.

De manera contraria a lo que alegan los demandantes y en forma elemental y fácil, se observa que los contratantes unieron sus fuerzas en una actividad empresarial movida por un esfuerzo común, para lograr la comercialización, publicidad y venta de los apartamentos y locales del proyecto urbanístico San José Plaza, exteriorizando su intención de hacer realidad el proyecto, el cual fracasó, pero, en absoluto, se infiere si quiera tangencialmente, un concierto simulatorio de todas las personas que celebraron el contrato de asociación comercial a que se ha hecho referencia, corolario de lo cual, la pretensión formulada también por este flanco, estaba llamada al fracaso.

**6.** No saliendo avante las súplicas del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se le impondrán las costas de rigor.

De esta manera, sin necesidad de más consideraciones, la ***SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN***, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**III. FALLA:**

**PRIMERO: SE CONFIRMA** el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Envigado, el día 27 de noviembre de 2020, dentro de la presente acción simulatoria, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

**SEGUNDO.** Se condenaen costas de segunda instancia a la parte demandante, en favor de la parte demandada, tras la resolución desfavorable de su recurso. para el efecto, en su momento procesal, se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

**TERCERO:** Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE**

**JULIAN VALENCIA CASTAÑO**

**MAGISTRADO**



**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**

**Magistrada**

****

**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**

**Magistrado**

1. Supersociedades. Oficio 220-016784 del 08 de marzo de 2019 [↑](#footnote-ref-1)
2. C.S.J. Sala Civil. Sentencia del 11 de junio de 1991. M.P. Rafael Romero Sierra [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: doctor Edgardo Villamil Portilla. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, SC veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011).- Ref.: 05001-3103-016-2002-00007-01 [↑](#footnote-ref-4)
5. **CSJ.** Sentencia delcatorce (14) de agosto de dos mil seis (2006). **Referencia: Expediente C-1300131030051997-2721-01. M. P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR** [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ. Sentencia del dos (2) de febrero de dos mil seis (2006). **Ref**:  Expediente No. 16971. M. P. **Pedro Octavio Munar Cadena.** [↑](#footnote-ref-6)