



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC5191-2020

Radicación n° 47001-31-03-005-2008-00001-01

(Aprobado en Sala de doce de febrero de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Se decide el recurso de casación que interpuso Inversiones Cruz Rivera S. en C., respecto de la sentencia de 16 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Civil-Familia, dentro del proceso ordinario promovido por la recurrente contra Transportes Carolina Limitada en Liquidación y Transportes Ambrosio Plata Navas S. en C.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** La accionante pidió declarar absolutamente simulado el contrato a través del cual, el 24 de junio de 2003, Transportes Carolina Limitada en Liquidación, aparentó venderle a Transportes Ambrosio

Plata Navas S. en C. los vehículos de placas XLE-889, XLE-890, XLE-891, XLE-892, XLE-893, XLE-894, XLE-895, XLE-896, XLE-897, XLE-898, XLE-901, XLE-902, XLE-903, XLE-904, XLE-905, XLE-906, XLE-907, XLE-909 y XLE-908.

1.2. **La causa *petendi*.** Ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, Inversiones Cruz Rivera S. en C. demandó a Transportes Carolina Limitada para que se le condenara a pagar los perjuicios causados el 7 de enero de 1998, donde el automotor de placa XLE-098 colisionó el de su propiedad, TBO-090, juicio que, el 4 de julio de 2003, terminó con sentencia a su favor.

La entonces accionada, previendo una decisión adversa, ocho días antes, el 24 de junio, aparentó vender los rodantes identificados, en la suma de \$1'500.000.000, a la ahora codemandada, quien, a la sazón, era su representante y socia, «(...) *para evadir la obligación derivada del proceso que se iba a fallar*». Ambrosio Plata Navas, por su parte, es socio gestor y vocero de Transportes Ambrosio Plata Navas S. en C.

Enajenados todos sus activos, Transportes Carolina Limitada entró en liquidación argumentando pérdida de capital por debajo del 50%.

1.3. **El escrito de réplica.** Las convocadas se opusieron a las pretensiones, aduciendo, luego de aceptar la existencia del proceso que culminó con sentencia

estimatoria y negar los hechos de la simulación, ausencia de legitimación en la causa por activa, en el entendido, acorde con el artículo 2488 del Código Civil, que solo los acreedores defraudados tienen derecho a demandar.

1.4. **La sentencia de primera instancia.** El Juzgado Quinto Civil del Circuito Adjunto de Santa Marta, el 30 de septiembre de 2011, negó las pretensiones, al echar de menos la prueba de los indicios de la simulación.

1.5. **El recurso de apelación.** La actora recaba en la existencia de plena prueba y no indiciaria de la venta de todos los activos de una de las demandadas a favor de la otra. Además, por cuanto no se demostró contablemente que la vendedora tenía suficiente liquidez para realizar la negociación, máxime cuando fue renuente a aportar la información pertinente; y porque al ser contingente el resultado del proceso de responsabilidad civil, no era razón suficiente para desestimar la simulación.

2. LA SENTENCIA IMPUGNADA

2.1. Para el *ad quem*, la reclamante carecía de legitimación, pues no existía «(...) un elemento de convicción que demostr[ara] el interés que le asist[ía] (...)». Lo único era una copia de la sentencia dictada por Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, el 4 de julio de 2003, la cual, por ser simple, «(...) carec[ía] de mérito probatorio (...)», en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Aunque se podía ordenar traer copia auténtica de esa decisión, el juzgador se abstuvo de hacerlo, según los hechos segundo y tercero del libelo y lo admitió la convocada, al no considerarla «útil», pues la compraventa se celebró el 4 de julio de 2003, esto es, ocho días antes de pronunciarse la condena, razón por la cual el interés del demandante solo surgió luego de esa fecha.

2.2. En ese orden, en sentir del *ad-quem*, «como el derecho de la gestora (...) se consolidó con posterioridad a la ejecución del acto que endilga simulado (...), confirmaba la providencia objeto de reproche».

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

3.1. Acusa la sentencia de violar directamente los artículos 1766 y 2488 del Código Civil; 4° de la Ley 153 de 1887; y 228, 229 y 230 de la Constitución Política.

3.2. En su desarrollo, la parte recurrente critica el aspecto temporal predominante en la jurisprudencia sobre la legitimación para promover la simulación y su relevancia, todo, con el fin de abogar por la rectificación de esa doctrina, contenida en el fallo de la Corte del 20 de agosto de 2014, apoyo del Juzgador.

Siguiendo las aclaraciones de voto, busca extender la legitimación a los casos en los cuales el crédito se

configura con posterioridad al acto simulado, en concreto, cuando su fuente es una sentencia condenatoria.

Simplemente, para salvaguardar los derechos de terceros y la buena fe pública, deben exigirse dos requisitos: la existencia de un derecho cuyo ejercicio esté perturbado por el acto ostensible y de un perjuicio cierto y actual. Por esto, la legitimación debe extenderse a los juicios donde las alteraciones del patrimonio se hacen en desmedro de la garantía de las obligaciones.

La acción prevista en los artículos 1766 y 2488 *ibidem* debe proceder en todos los casos en los cuales el actor exhiba un interés jurídico serio, actual o posterior, a partir de la titularidad de un derecho cierto, cuyo ejercicio se halle perturbado por el acto ostensible o llegue a serlo cuando tal derecho se consolide por decisión judicial.

El Tribunal, en cambio, se contentó con un cotejo temporal para concluir en la inaplicación del derecho que regula la protección invocada por la llamante.

Tener por legitimado a cualquiera que tenga un interés jurídico, así sea posterior al acto, es ampliar el panorama de protección legal que ha conquistado nuevos ámbitos de la realidad social, a partir de enfoques desarrollados por la jurisprudencia, como se ve en sentencia de 27 de agosto de 2002, con arreglo a la cual podrá demandar la simulación quien tenga un interés jurídico.

«(...) La falta de aplicación del derecho sustancial deviene de un criterio fijo (...) sin análisis de las circunstancias y modalidades que pide el mismo pensamiento de la Corte en cada caso, que no permite (...) una acción más incluyente y equitativa en las relaciones (...) y en los eventos de daño judicial declarado»¹.

Aduce que se niega la protección judicial a los acreedores, no obstante, la jurisprudencia indica que el perjuicio puede ser futuro y que el interés debe deducirse en cada caso, mirando la relación procesal. Si se exige preexistencia del crédito, debe ampliarse y permitir el examen de fondo para establecer las relaciones jurídicas que pueden quedar bien anuladas, ora frustrados, ya en desmedro, con su existencia.

Constituye falta de aplicación de la ley sustancial, por tanto, sostener que la demandante carece de un daño cierto y actual, cuando una semana antes de la sentencia que declaró la responsabilidad patrimonial, los defraudadores alteraron la composición de su patrimonio.

Hay interés jurídico suficiente si concurren pruebas que adviertan en cada caso, el daño actual o inminente, presente o futuro, del acto simulado respecto del crédito que alega la accionante, si aparecen demostrados los elementos que le sean esenciales en cada situación. Deben leerse los preceptos acordes con la Carta Política, en lo relativo al acceso a la justicia y al debido proceso, dándole oportunidad a la actora de demandar una decisión de fondo sobre la simulación.

¹ Folio 21 de este cuaderno del expediente.

La sentencia acusada se apoya en los artículos 2488 y 1766 del Código Civil, pero los viola, al negar al acreedor la protección judicial contra los actos de las accionadas que buscaron defraudarla con los negocios jurídicos impugnados, mediante el enfoque restringido reprochado, de ahí que debe ser rectificado.

Infringió el derrotero contemplado el artículo 4° de la Ley 153 de 1887, según el cual, la doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes, y el contenido de los cánones 228, 229 y 230 de la Carta, donde se propugna, como criterios auxiliares de la actividad judicial, la prevalencia del derecho sustancial, el libre acceso a la administración de justicia y la equidad.

Los jueces de instancia no respetaron la promoción de un orden social justo y la tutela judicial efectiva, al sostener que la actora no podía demandar el acto jurídico que la lesionaba, por no ser su crédito anterior, pese a probarse que las convocadas actuaron para defraudarla.

«(...) [L]a acusación resulta atípica: más que censurar errores en la aplicación de la ley (...), busca mostrar que su vigencia restringida en el (...) caso comporta una violación de valores legales y constitucionales, que (...) [la Corte] debe subsanar, renovando o innovando los criterios (...), aplicados por el Tribunal al desestimar el interés (...) [de la] actora y negarle la posibilidad de tramitar un procesal judicial respecto de una simulación (...).»

3.3. Solicita la impugnante, en consecuencia, casar la sentencia del Tribunal, revocar la del juzgado y acceder a la declaratoria de simulación.

4. EL ESCRITO DE RÉPLICA

Las demandadas en el litigio, se oponen a la prosperidad del recurso de casación, arguyendo que como los derechos se adquieren cuando nacen y no cuando se presumen, la tesis por la cual se propugna fomenta el caos y la inseguridad jurídica, al punto de abrir el espacio para exigir el pago de obligaciones que ni siquiera se han vencido.

Es inadmisibles la petición de ampliar el ámbito de una responsabilidad judicialmente declarada a una fecha anterior, vale decir, a una obligación no nacida, menos cuando no existe la simulación endilgada, pues ninguna norma prohíbe a la enajenante demandada entregar o vender bienes para pagar sus deudas.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Como el recurso fue interpuesto en vigencia del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el numeral quinto (5º) del artículo 625 del Código General del Proceso, su definición se hará con fundamento en las normas procesales del primero de los estatutos citados.

5.2. Si bien el fallador concluyó en la ausencia de legitimación de la actora, por no demostrar el interés que le asistía, en tanto, la única prueba era una copia de la sentencia de 4 de julio de 2003 del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, la cual, por ser simple,

carecía de mérito probatorio, en el caso, no era menester denunciar la comisión de yerros probatorios, al advertir que pudiendo superar de oficio la ineficacia, allegando una copia autenticada, no lo hacía por su inutilidad, pues si el contrato se celebró ocho días antes de esa decisión, el interés surgió solo en esa fecha.

Lo prioritario, entonces, es definir la trascendencia que pudiera tener el factor temporal de la acreencia para determinar la legitimación del acreedor demandante en una acción de simulación, tema que la recurrente en esta ocasión pone en el escenario de la casación, y a cuya definición, se apresta la Corte en las líneas siguientes.

Para los juzgadores de instancia la parte actora debió haberse constituido en acreedora del extremo pasivo antes de la compraventa. En el punto, la cuestión medular, alude a la legitimación en la causa y al interés para obrar en casos como el presente.

5.3. La legitimación en la causa, aspecto relevante aquí, es asunto del derecho material ligado directamente con los extremos en litigio para la formulación y prosperidad de la acción por quien demanda o soportarla o repelerla en el fondo en el ejercicio del derecho de contradicción.

De ese modo, la carencia de legitimación repercutirá en el despacho desfavorable del derecho debatido. En el punto, en doctrina probable ha dicho esta Corte: *"(...) es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en*

cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo" (CSJ SC de 14 de marzo de 2002; se subraya).

El criterio anterior se ha reiterado y entendido, siguiendo a Chiovenda, como "(...) *la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (...)*". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1, 185)" (G.J. CCXXXVII, v1, n.º 2476, pág. 486. En igual sentido, G.J. LXXXI, n.º 2157-2158, pág. 48, entre otras).

El interés para obrar y ejercer la tutela judicial efectiva, adviértase, complementariamente, está dado por el perjuicio cierto, legítimo, concreto y actual que ostenta determinada parte o interviniente procesal para obtener sentencia de fondo cuando han sido lesionados sus derechos o éstos se encuentren en peligro.

La doctrina de esta Sala, por tal razón, predica que el interés debe ser cierto, serio, actual y concreto, de modo que faculte formular la pretensión o excepción en cada caso específico. El interés jurídico, serio y actual,

tiene sentado, «(...) no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, que por ser fingido su declaración de simulación se reclama (G.J. CXCVI, 2° semestre, pág. 23)».

El interés para obrar, de consiguiente, es el motivo sustancial de carácter particular, subjetivo (no general), legítimo (autorizado por ley), directo (para su propio provecho o del representado), real y concreto (que no sea abstracto) que mueve a una parte seriamente a presentar una pretensión o excepción al Estado para obtener una sentencia de mérito o de fondo a su favor, asimilable propiamente con el interés en la pretensión o la excepción. Es el beneficio que le pueda reportar el desenlace de la controversia, por cuanto constituye esencia de la pretensión más no de la acción o de la contradicción. En el caso del demandado, hace relación al móvil para contrarrestar las pretensiones y en los terceros por aquello que en concreto motiva su intervención; o como expone la doctrina académica: « (...) la utilidad o el perjuicio jurídico, moral o económico que para el demandante y el demandado puedan representar las peticiones incoadas en la demanda y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte en la sentencia»².

En 1999 esta Corte, a propósito de un debate casacional simulatorio, aun cuando reiteró que el interés debía existir al intentar la acción, también dijo:

² DEVIS ECHANDÍA Hernando. Tratado de derecho procesal civil. Tomo I. Generalidades. Bogotá: Editorial Temis, 1961, p. 446.

“(...) ‘en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés’; es más, con ese perjuicio ‘(...) es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad’. (Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016)”³.

Ese criterio, también lo expresó esta Corporación, como adelante se trasunta, en decisión de 14 de octubre del 2010, en el expediente 00855; y luego, en la sentencia SC16279-2016 de 11 de noviembre de 2016, parafraseando la del 17 de noviembre de 1998, así como las tesis del profesor Devis Echandía.

5.4. En el caso objeto de juzgamiento, con estribo en la sentencia N° 11003 de 20 de agosto de 2014, Radicación #05266-31-03-001-2004-00307-01⁴, el Juez de segundo grado aseguró que **el interés** de la convocante surgió apenas el 4 de julio de 2003, cuando, con el fallo proferido en esa fecha en el aludido proceso por responsabilidad civil se constituyó acreedora; y como el pacto objeto de las pretensiones se celebró ocho días antes de tal decisión, la actora carecía de legitimación; de modo que con venero en esa tesis negó las súplicas.

5.5. La providencia en la cual el juzgador edificó sus tesis, establece las condiciones para que el acreedor se legitime en la acción de simulación; y, en ese camino

³ CSJ. Civil: Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016, reiterado en exp.13001-3103-005-2003-00168-01 de la Sala de Casación Civil.

⁴ CSJ SC sentencia de 20 de agosto de 2014. SC11003-2014 MP: Margarita Cabello Blanco

puntualiza que una de tales exigencias consistía en que ostente un título que preceda al negocio jurídico enjuiciado o que aspire a demandar mediante acción de simulación.

Observando las sentencias de esta Corte de 28 de mayo de 1935 (XLII, 25)⁵ y 26 de agosto de 1936 (XLVII, 61))⁶, se afirma:

*«(...) el ejercicio de la (...) simulación (...) [por el] acreedor (...) se sujetaba, de una parte, a la existencia en (...) éste de “un interés jurídico actual, (...) protegido por la ley, (...) burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero”. Y de otra, que ostentara “ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado”, pues al “tenor del artículo 2488 del Código Civil, los bienes en general del deudor, presentes o futuros, son prenda (...) del acreedor (...) respaldan los créditos del deudor, de modo que si no existe ningún crédito, no puede existir la garantía genérica. Si no existe un acreedor, en el momento en que el deudor ejecute un acto fraudulento, doloso o simulado, (...) no puede existir ni **conclitum fraudis** ni eventos damni, para los casos de la acción pauliana, ni perjuicio, para los casos de simulación, por lo mismo que falta el factor, que sería el acreedor, que pudiera ser víctima de ese **conclitum** o de ese perjuicio. “La relación jurídica entre acreedor y deudor debe (...) existir cuando tiene nacimiento el acto doloso, o simulado y, la acción del acreedor puede retrotraerse, sólo respecto de los **actos dolosos** o simulados, pero no de la relación jurídica o sea de la mera existencia del crédito” (...).*

«(...) en coherencia con la jurisprudencia, para el efecto se requiere, además, que esa calidad sea anterior o concomitante al contrato impugnado, pues (...) la prenda general de la garantía del deudor se debe tomar en el estado en que se encuentra. (...) [S]i el artículo 2488 del Código Civil, prescribe que “[t]oda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes (...) del deudor, sean presentes o futuros”, esto supone una obligación preexistente al negocio jurídico que se controvierte, por cuanto el patrimonio de una persona, al momento de

⁵ CSJ SC sentencia de 28 de mayo de 1935. Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XLII, pág. 24 - 27 MP: Ricardo Hinestrosa Daza

⁶ CSJ SC Sentencia de 26 de agosto de 1936. Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XLVII, pág. 61 MP: Liborio Escallón.

obligarse, es el que al fin de cuentas determina la seguridad del acreedor. Si bien la Corte (...) reiteró que para que "en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio", esto no significa (...) aceptar que el crédito aducido puede ser posterior al acto (...) acusado de simulado, porque si la prenda general de garantía (...) se integra con los "bienes...del deudor, sean presentes o futuros", esa actualidad o futuridad, por sí, comporta su correlativo, como es una anterioridad, referida ésta obviamente a la relación jurídica de donde dimana el interés.

La Corte, retomando añejas posiciones suyas, en dicho precedente juzga, en últimas, que el acreedor con título posterior a la fecha en que haya sido celebrado el contrato calificado de simulado, carece de legitimación para demandar, en calidad de tercero, la correlativa declaración, todo porque aquel precepto estatuye como prenda general en su garantía solo los bienes presentes o futuros, no los que el implicado tuvo. En otras palabras, los créditos posteriores al acto reprochado, ningún interés generan.

5.6. Pero esas razones, con las cuales en los aludidos precedentes la Sala viene exigiendo la preexistencia de un crédito a favor del accionante afectado, para legitimarlo, en su condición de acreedor, en la promoción de la acción de prevalencia y para desconocerle legitimación cuando se amparan en acreencia posterior al contrato comprometido, no se le ha dado el alcance preciso.

La imprecisión la originaba el hecho de no haberse indagado sobre la verdadera esencia, el objeto y la

naturaleza jurídica de la acción de simulación; y de haberla estudiado en conjunto con la pauliana, confundiéndolas y entremezclándolas, pese a ser del todo diferentes y constituidas por presupuestos propios.

Frente a lo anterior, se torna imperioso fijar los reales elementos de la acción de simulación, para no confundirlos con los de la pauliana, como suele ocurrir.

Si en la acción de prevalencia la legitimación del acreedor la Corte lo resuelve al amparo del artículo 2488, citado, y si la égida al respecto tomada en cuenta es el hecho de ofrecer la disposición como garantía a los acreedores los bienes "*presentes y futuros*" del deudor, no los que en el pasado haya tenido, bajo ese panorama era y es insoslayable preguntarse por su esencia, objeto y naturaleza, y confirmar, incluso a la luz de la misma jurisprudencia, si los requisitos de uno y otro instrumento son iguales, puntualizando la forma como en realidad opera la legitimación en cada una. Solo después de tener precisión en torno de tales aspectos podrá concluirse si un tercero con acreencia posterior al acto enjuiciado tiene o no derecho para impugnarlo.

5.6.1. El vocablo simulación deriva de la palabra latina "*simulare*", referida a fingir o hacer real lo que no lo es. Comprende **al tiempo** dos acepciones: Por un lado, la de hacer figurar una cosa distinta a como lo es en realidad y, por el otro, la de ocultar esa verdad; incorpora el entendido de una discrepancia intencional entre la

declaración de voluntad externa y la voluntad interna, dirigidas a producir un convenio aparente.

Con la figura se finge totalmente la existencia de una relación de derecho (simulación absoluta) o se muestra una con matices diferentes (simulación relativa), a la par que se oculta la realidad jurídica; en fin, supone realizado un pacto que no existe y produce una ilusión para obtener, por su conducto, los objetivos perseguidos. Como lo señala la doctrina italiana, el contrato simulado **desde el principio** es aparente, un acto no serio, *"(...) y la convención secreta está destinada a constatar históricamente esta ficción (...)"*⁷.

En suma, la simulación *"(...) es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo"*⁸; la hay, por tanto, *"(...) cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente, cuyos efectos son modificados, suprimidos o descartados por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta"*⁹.

5.6.2. La **caracteriza** el deliberado concierto de los convencionistas de no modificar sus relaciones jurídicas, cuando menos en la forma hecha pública, pues así haya

⁷ FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, páginas 53-55.

⁸ Ob. cit., página 56.

⁹ PLANIOL Y RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 6, número 33.

una manifestación de voluntad, íntimamente no quieren sus efectos, en tanto, persiguen hacer aparecer como realidad lo inexistente o diferente lo exteriorizado, dado que su propósito es no modificar la situación preexistente u ocultar la verdadera figura jurídica alcanzada, encubriéndola con otra.

Lo hacen para engañar a terceros, fingiendo o cuando menos, alterando la formación, modificación o destrucción de una relación de derecho. De este modo, el acuerdo ostensible es un mero disfraz, exhibido con la única finalidad de distraer al público. Una vez descubierta su verdadera naturaleza, queda reconocida como lo que es: un acto ficticio, una simple pantomima.

Como lo ha dicho la Corporación, la simulación la "(...) caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer; supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible; el segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del público (...). La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura de convenio. (...)"¹⁰.

Para su configuración, por tanto, requiere de una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con el querer interno de los contratantes y la finalidad de engañar a terceros, mostrándoles un convenio fingido, en tanto no tuvo suceso o lo fue en forma distinta a lo exteriorizado o bajo un móvil diferente al revelado.

¹⁰ CSJ SC. Sentencia del 15 de febrero de 1940, SC, G. J., t. XLIX, página 71, Mg. Pon Liborio Escallón.

Y aun cuando, según lo recién expuesto, uno de sus elementos es el querer engañar a otros fingiendo la formación, modificación o destrucción de un pacto, si tal maniobra se materializa, **no significará** que la finalidad sea siempre la de dañar, porque ocasiones hay, en que los pactantes mienten serlo solo para mantener en secreto y aislar sus determinaciones de la curiosidad.

Ergo, el fraude **no es** requisito esencial de la *simulatio*, así aparezca en forma subyacente, pues lo sustancial son los móviles dirigidos a ejecutar la finalidad que se persiga.

A este respecto la Corte ha recalcado, "(...) [quien la promueve -dice Ferrara-, no necesita demostrar que la simulación fue fraudulenta, ya que la acción sería admisible aunque aquella hubiera sido lícita. Aunque el fraude interviene con frecuencia en los actos simulados, ello es indiferente desde el punto de vista jurídico porque el acreedor no pretende fundarse en esa responsabilidad del obligado para rescindir los actos perjudiciales, sino probar solamente la inexistencia de los actos realizados, y sentar que ni ha sufrido por ellos perjuicio alguno ni debe sufrirlo (...)”¹¹.

4.6.3. Caracterizada así la simulación, debe seguirse que bajo el manto de la simple apariencia se esconden situaciones indecisas, riesgosas y llenas de peligro para quienes las han fraguado como para terceros, por cuanto sus legítimas expectativas pueden verse defraudadas. Ese estado de indefinición riñe con la claridad que debe guiar, en un escenario de normalidad, las relaciones jurídicas, y torna infructuoso el respaldo que el legislador, a partir del

¹¹ CSJ SC. Sentencia del 8 de junio de 1954, SC, G. J., t. LXXVII, página 793 (787 - 805); Mag. Pon. Alfonso Márquez Paéz.

artículo 1602 del Código Civil, pretende darle a los actos provenientes de la autonomía de la voluntad privada.

Por ello, el propósito de la acción de simulación, principalmente, es resolver el estado de anomalía jurídica y descubrir el contenido real de la relación, oscurecido por la apariencia, descorriendo el velo de lo fingido.

Si se trata de la absoluta, para develar la ficción y descubrir la pura irrealidad. Si de la relativa, para reconocer y exponer lo verdaderamente convenido. En otras palabras, **su finalidad es** encontrar el verdadero alcance de la voluntad de las partes, no el reconocimiento de su ineficacia.

En suma, **el objeto** o la teleología de este instrumento jurídico es, puntualmente, poner luz en el terreno oscurecido por la apariencia en orden a rescatar lo realmente querido.

Ante todo, es una acción de constatación en cuanto se ciñe apenas a revelar la auténtica realidad de las cosas, porque no tiene ni busca destruir, modificar o alterar ninguna situación jurídica. La institución, simplemente, tiende a hacer prevalecer los efectos del contrato oculto sobre el ostensible, y tal característica de prevalencia la distingue de otras materias jurídicas.

Por lo mismo, el objetivo del instrumento judicial no es afianzar la posición de quienes adquirieron del

supuesto comprador. Su designio se circunscribe y limita a constatar la veracidad de una específica declaración de voluntad, y esa labor de confirmación no tiene virtualidad creadora o destructora de algún vínculo contractual, en tanto, solo verifica la real manifestación de voluntad.

5.6.4. Sentado el objeto jurídico, la **naturaleza jurídica** de la institución responde a una acción declarativa de certeza, en cuanto se circunscribe a constatar lo existente, esto es, a investigar el sentido de la voluntad real. No se refiere, propiamente, a los bienes, sino a un específico vínculo, por su estirpe de acción personal y no real, así repercuta en el patrimonio, en forma directa o indirecta.

El hecho de dirigirse, con exclusividad, a confirmar lo veraz de una determinada relación, sin pretender destruir o menoscabar una situación existente ni crear una modificatoria patrimonial, al instrumento en cuestión le surgen nuevos caracteres que coadyuvan a su plena identificación, como ser transmisible, indivisible y, muy especialmente, **impersonal y previa**.

Impersonal, de un lado, al reconocer legitimación a quien tenga interés en hacer prevalecer la verdadera voluntad sobre la declarada, aspecto a raíz del cual un contratante podrá accionar contra un tercero y viceversa, en los casos en que la necesidad de protección a sus intereses así se lo indique; y de otro, porque no opera frente a un sujeto determinado, sino contra quien ponga

en peligro una prerrogativa a raíz del acto ficticio o de la relación con los efectos que el mismo genera.

Previa, por cuanto, en sí, no tiene objeto "compulsatorio"¹², como ocurre con la acción de condena, dado que, se reitera, su marco de acción se reduce a reconocer una específica situación, la cual puede propiciar, pero como mera consecuencia y no como súplica principal, la adopción de otras determinaciones.

La **naturaleza** meramente declarativa de esta acción ha sido reconocida por la jurisprudencia. Siguiendo la doctrina italiana, en su momento la Sala acotó:

*"[l]as acciones para demandar la nulidad y la simulación tienen naturaleza y contenido distinto. La de nulidad es constitutiva y de condena: lo primero, porque destruye una situación jurídica creada; lo último, porque según la ley, lleva a reivindicar la cosa, aún contra terceros de buena fe. En cambio, la acción de simulación es **declarativa**, porque con ella tan solo se busca descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponde sobre el fingido. Pero esto no es óbice para que a la acción de simulación se le considere como principal y puedan acumularse otras, encaminadas a amparar derechos que tengan nexos con la situación jurídica encubierta"*¹³.

Por consiguiente, mientras el objeto de la simulación se dirige a descubrir el contenido de la voluntad realmente concertada para hacer que produzca sus

¹² GUERRERO, Mario. La simulación en el derecho civil colombiano, Editorial Máxima, Bogotá, 1957, páginas 221-222.

¹³ CSJ SC. Sentencia del 8 de junio de 1954. SC, G. J., tomo LXXVII, página 793, (787 - 805) MP: Alfonso Márquez Páez.

efectos normales, la doctrina¹⁴ y la jurisprudencia¹⁵ le confieren a la simulación la característica de "unidad"¹⁶.

5.6.5. Como consecuencia de dicha naturaleza, en algunas épocas la Corporación ha reconocido legitimación en la causa a todo el que tenga interés jurídico. Así, inicialmente hizo ver cómo, al lado de las partes y de los herederos, "[t]ambién pueden ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible"¹⁷.

Como se enfatizó luego, la "acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. (...)"¹⁸.

En consecuencia, reconocida la acción a todo el que tenga interés en que prevalezca la verdadera voluntad sobre la apenas declarada, la jurisprudencia ha admitido implícitamente el carácter impersonal de dicha acción. De esa manera, la consideración de que no todo derecho corresponde o debe corresponder a cierta prestación, ha de entenderse en el sentido del interés jurídico que

¹⁴ FERRARA, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos, página 53 a 55.

¹⁵ CSJ SC. Sentencia del 27 de julio de 1935, SC, G. J., tomos XLII, páginas 336-337, Mg. Pon. Juan Francisco Mujica, y Sent. del 8 de junio de 1954, LXXVII, páginas 792-795Mg. Alfonso Márquez Páez.

¹⁶ FERRARA, Francisco. *Ibidem*.

¹⁷ CSJ SC. Sentencia del 30 de septiembre de 1936, SC, G. J., tomo XLIII, página 830; Mg. Antonio Rocha.

¹⁸ CSJ SC. Sentencia del 28 de febrero de 1955, SC, G. J., tomo LXXIX, página 526, MP: Manuel Barrera Parra.

merezca la protección de los poderes públicos, por responder al ejercicio lícito de una actividad social.

El real interés de esa estirpe se desvela de parte de quien pretenda obtener la tutela jurídica para que sus derechos se desembaracen de todo obstáculo opuesto a su desarrollo y normal ejercicio, los cuales, en tratándose del acto aparente, pueden resultar afectados por la forma usada, que oculta su verdadero contenido. Lo cotidiano es que el ejercicio de las prerrogativas se muestren de manera diamantina, reconociendo su extensión, naturaleza y límites, indagando cómo llegaría a perjudicar otros derechos o situaciones jurídicas, nada de lo cual es posible alcanzarlo a partir de uno aparente.

Para la Corte, siguiendo a Francisco Ferrara, la “(...) acción se dirige a establecer la verdad, a poner en claro lo dudoso o equívoco, a destruir la apariencia, y no tiene porqué apoyarse en la culpabilidad delictuosa del deudor. **El único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de interés, determinado a veces por el elemento del daño y cuya naturaleza y extensión son diversas. Porque si en la pauliana el perjuicio consiste en la insolvencia del deudor, en la de simulación resulta el perjuicio de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y, por consiguiente, de la amenaza de su posible violación. Además, el elemento del daño en la acción de simulación tiene un aspecto más amplio y multiforme, ya que no consiste solamente, en una disminución de la garantía de los acreedores, sino en cierto peligro de perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal**”¹⁹.

Se observa así cómo en materia de simulación la doctrina y la jurisprudencia reconocen que su ejercicio corresponde a quien tuviere un interés jurídico tutelable

¹⁹ CSJ SC. Sentencia del 8 de junio de 1954, SC, G. J., tomo LXXVII, páginas 793-794, MP: Alfonso Márquez Páez.

frente al desconocimiento o violación de un derecho suyo, en forma consumada o **potencial**.

5.6.6. Debe entonces determinarse en cuales sujetos de derecho ha de admitirse ese reconocimiento.

5.6.6.1. Como se anticipó, además de las partes y sus herederos, la prerrogativa se extiende en favor de los **terceros**. Lo son quienes no tomaron parte en el negocio, al no concurrir directamente o por representación, cuyos derechos también están llamados a ser protegidos por el poder público.

Dentro de ellos, particular mención merecen los **acreedores**, pues no sería equitativo que su derecho de crédito se viera sometido a soportar una condición desfavorable por las maquinaciones de los simuladores, interés jurídico admitido por derecho propio en virtud de la prenda general que la ley les confiere sobre los bienes de sus deudores, y por cuanto la legitimación para intentarla no es ni puede ser obstáculo para el ejercicio de otros instrumentos jurídicos, como la acción pauliana.

La Corte, en sentencia de 28 de mayo de 1935²⁰, tras destacar la diferencia entre la acción revocatoria y la simulatoria, con base en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890: (i) reconoció su accesibilidad a todo el que tenga interés en obtener su declaración; (ii) asentó ese interés

²⁰ CSJ SC sentencia de 28 de mayo de 1935. Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XLII n°. 1897, pág. 24 - 27 MP: Ricardo Hinestrosa Daza

jurídico en el acreedor del deudor que sustrajo simuladamente los bienes de su persecución; (iii) descartó la posición de negar la acción bajo la errónea creencia de asistirles la pauliana; y (iv) resaltó cómo **no convenía** “(...) *pasar por alto el interés de orden social que hay en que la verdad brille y las ficciones y simulaciones no prosperen [y que n]o es dado al juzgador restringir en su interpretación las palabras o preceptos legales en forma que de ello se derive el éxito de aquello (...) que la ley abomina y que marca con el calificativo de nulo, de absolutamente nulo*”²¹ –*hoy simulado*–.

Este pensamiento dos años después es reafirmado, al determinar que los terceros tenían acción de simulación sobre la base de la naturaleza jurídica de la misma, pues “(...) *[Tienen acción l]as partes contratantes, sus causahabientes a título universal o herederos y en general toda persona que tenga interés protegido por la ley en que prime el acto secreto sobre el público, como (...) los acreedores de los contratantes, todos ellos tienen la acción de simulación: que se reconozca y declare que el bien no ha sido realmente enajenado, y que por tanto permanece aún en el patrimonio del contratante deudor, que prime la verdad real sobre la expresión sólo aparentemente declarada (...)*”²².

Comprendió la Corte que el interés no es idéntico al exigido en la acción pauliana, sino uno de naturaleza más

²¹ CSJ SC. Sentencia del 28 de mayo de 1935, SC, G. J., tomo XLII, página 25.

²² CSJ SC. Sentencia del 25 de junio de 1937, SC, G. J., tomo XLV, página 257.

amplia y multiforme, basado en la consideración de que no se trata de echar a tierra un contrato verdadero, cual acontece con la primera, sino de hacer manifiesta su inexistencia o su apariencia.

La simulación no pretende resarcir los daños ya ocasionados, sino prevenirlos, despejando la incertidumbre, la cual, si bien no implica necesariamente un daño cuantitativo, sí determina el generado por la situación de obstrucción en que se encuentra el acreedor al no poder proceder por causa del ocultamiento, cuestión que, *per se*, entraña suficiente perjuicio que hiere sus intereses.

5.6.6.2. Como se observa, la Sala procuró reconocer el derecho para ejercitar la acción sin condiciones, siguiendo los principios irradiados por la doctrina, en contra de lo asentado en sentencias de 26 de agosto de 1938 (G. J. 1904)²³, 15 de febrero de 1940 (G. J. XLIX, 1953)²⁴, 27 de junio de 1941 (G. J. LI, 1973)²⁵, 17 de septiembre de 1941²⁶, 10 de agosto de 1943 (G.J. LVI)²⁷ y 17 de septiembre de 1944, y últimamente, con aclaraciones de voto, en el fallo de 20 de agosto de 2014.

²³ CSJ SC sentencia de 26 de agosto de 1938. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XLVII, pág. 90 - 91. MP: Hernán Salamanca.

²⁴ CSJ SC sentencia de 15 de febrero de 1940. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XLIX pág. 94 - 104 MP: Hernán Salamanca.

²⁵ CSJ SC sentencia de 27 de junio de 1941. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XI, pág. 600 - 605 MP: Liborio Escallón.

²⁶ CSJ SC sentencia de 17 de septiembre de 1941. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XII pág. 384 - 390 MP: Jose Miguel Arango.

²⁷ CSJ SC sentencia de 10 de agosto de 1943. Publicada en Gaceta Judicial Tomo LVI, pág. 38 - 43 MP: Liborio Escallón

Siguiendo esa otra tesis, un acreedor posterior al acto simulado, carecía de derecho para accionar, pues se reservaba para el anterior. Este último, tampoco la tendría en el evento de tener el obligado bienes suficientes para cubrir la deuda, en cuyo caso el acto simulado no lo perjudicaría, en tanto, para que lo fuera, debía demostrar la colusión entre el comprador y el vendedor, pues el principio general que informa los contratos es el de respetar la buena fe de los pactantes.

Lo dicho, como se indicó, "(...) no quiere decir que un acreedor la pueda ejercer de un modo irrestricto e ilimitado, puesto que también está circunscrita a ciertas circunstancias que se cifran en el perjuicio a los acreedores, consistente en disminuir o suprimir bienes del patrimonio de un deudor.... Es claro que no habiendo perjuicio, no cabe la acción y que el perjuicio a que se alude ha de ser la imposibilidad para el acreedor de hacer efectivos sus derechos. (...) [P]ara que prospere, el interés jurídico debe ser actual, o sea que se debe tratar de un interés protegido por la ley, que es burlado o desconocido por la colusión entre el deudor y el tercero. (...) el acreedor que ejercita la acción de simulación, debe tener ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado; pero no le basta eso (...) sino que es necesario que demuestre que por ese acto simulado, el patrimonio de su deudor se menoscabó o disminuyó de tal modo (...) que su interés protegido por la ley (...) ha sido desconocido por ese acto simulado, y que (...) la garantía consagrada por el artículo 2488, ha desaparecido. Así (...), si un deudor ejecuta un acto simulado, pero se demuestra que no obstante esa simulación, dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar las deudas, el acreedor no podría entablar la acción de simulación, por lo mismo que el acto simulado, en el caso puesto por ejemplo, no menoscaba su interés protegido por la ley. En resumen: un acreedor posterior al acto tachado de simulado y ejecutado por su deudor, carece de personería para entablar la acción de simulación"²⁸.

La Sala, en la doctrina así sentada, finalmente, subordinó la legitimación del acreedor al ejercer la

²⁸ CSJ SC. Sentencia del 10 de agosto de 1943, SC, G. J., tomo LVI, páginas 40-42, Mg. Pon. Liborio Escallón.

simulación a determinadas condiciones que, aunque diferenciándolas de la pauliana en algunos aspectos, la desvirtuaba y la confundía con ésta.

5.6.6.3. Surge así incontrovertible, atendida la naturaleza jurídica de la *actio simulationis*, el *consilium fraudis*, el *eventus damni* concreto y cierto, la anterioridad del crédito y la previa excusión del deudor **no** son indispensables para promoverla.

Pese a ello, y dejando de lado los fundamentos deducidos de la aludida naturaleza, para la Corte hasta ahora eran la insolvencia del deudor, la anterioridad del crédito con relación al acto simulado, el *consilium fraudis*, el *eventus damni* concreto y cierto, el principio resarcitorio de perjuicios sufridos y el amparo de la buena fe de los terceros, los presupuestos que guiaban el reconocimiento de tal instrumento judicial, tratándose de acreedores.

No obstante, hoy en el Estado Constitucional, en pos de proteger la buena fe y el interés jurídico del acreedor, se impone la necesidad de defender la prenda común, que puede ser menoscabada por actos del deudor en connivencia con terceros, mediante negocios ya reales o ficticios, pudiendo ejercitar, respecto de los primeros, la acción pauliana y, con relación a los últimos, la simulatoria. Los actos aparentemente celebrados, desde luego, crean un verdadero peligro capaz de comprometer el derecho del acreedor en forma irreparable.

El interés involucrado nada tiene que ver con el mejoramiento de la prenda general, con su aumento ni con la cuantía del perjuicio del acreedor, como la Sala hasta ahora lo ha entendido, puesto que el de las partes y el de los terceros, **atendido el objeto y conocida la esencia y la naturaleza de la acción en rigor**, brota de la necesidad del acreedor de esclarecer el estado de indefinición ocasionado por el acto ficticio.

Con la finalidad de clarificar que el correspondiente acuerdo no es real y, por ende, que los bienes afectados nunca salieron del patrimonio del deudor, los acreedores, indiscutiblemente, ostentan legitimación para promover la acción judicial y despejar el nubarrón causado por el pacto aparente. A partir de ahí, el titular del crédito insoluto podrá conocer, a ciencia cierta, la verdadera dimensión del patrimonio del obligado, el cual, como lo expresa el artículo 2488 *ibidem*, constituye la prenda que le posibilitará la solución del crédito.

Si el objeto de la simulación no es destruir un acto verdadero, propio de la acción pauliana, sino constatar que un específico contrato en realidad no se celebró, carece de razón exigir la demostración del *consilium fraudis*, del *eventus damni*, de la anterioridad del crédito, pues la presencia o la ausencia del fraude ninguna influencia decisiva repercute en un acuerdo no alcanzado.

La anterioridad o posterioridad del crédito, respecto del pacto simulado, no desempeña ningún papel en el

ejercicio de la acción, pues con relación a los bienes del deudor carece de significación la distinción entre acreedores anteriores y acreedores posteriores, dado que todo el acervo, en su conjunto, según la norma citada, "*(...) presentes o futuros (...)*", constituye, para los unos y para los otros, la prenda común al momento de accionar.

Al prohiar la tesis vigente, como se hace también en el escrito de réplica, tendría que afirmarse que el activo del deudor está dividido, según la calenda de los créditos, de tal manera que a partir de una determinada fecha responderían unos bienes y otros no; de consiguiente, el principio general de la prenda patrimonial integral inmerso en el precepto citado sería a todas luces ilógico, irracional y contrario al Estado Constitucional.

Dista mucho de la realidad pregonar que una persona que adquirió la calidad de acreedora después de su deudor aparentar desprenderse de determinado activo suyo, carece de interés para demandar la simulación del acto anterior, ya que al deprecar su declaración, a diferencia de la acción revocatoria, no busca destruir una convención verdadera, aunque fraudulenta, celebrada por el deudor, sino constatar que la involucrada, por aparente, no existió jamás **y**, consecuentemente, **que los bienes involucrados siempre fueron y permanecieron en el patrimonio del deudor**, razón por la cual están llamados a responder por el crédito, puesto que, en términos de la citada normativa, "*(...) todos los bienes del*

deudor raíces o muebles, presentes o futuros(...)"
constituyen la prenda común de los acreedores.

Como lo enfatiza la doctrina, *«(n)o es necesario para el ejercicio de la acción por los terceros (...) la anterioridad del crédito (...); su razón es muy simple. Los acreedores posteriores al acto ficticio pueden promoverla, ya que no tratan de rescindir negocios realizados efectivamente por el deudor, sino simplemente declarar que ciertos bienes no han salido del patrimonio; su finalidad es comprobar que el bien aparentemente transferido no dejó de pertenecer al deudor, tratándose de reconstruir la prenda colectiva de los acreedores, resultando innecesario distinguir entre acreedores anteriores o posteriores al contrato irreal»*²⁹.

El autor, criticando la ambivalencia de la posición asumida por la jurisprudencia argentina que adopta como fundamento, por un lado, el artículo 1047 del Código Civil, al exigir para alegar la nulidad de un pacto un interés existente *«(...) en el momento de la celebración del acto simulado (...)*»; y por otro, *«(...) que el acreedor toma (...) al deudor en el estado de su responsabilidad actual, no en su responsabilidad precedente; lo toma con su solvencia y patrimonio en el momento de la constitución del acto, no con su solvencia anterior (...)*», sostiene:

«Ambos argumentos son improcedentes, no resistiendo a la crítica. Como dice Salvat, "en cuanto al primero, es inexacto que el interés para pedir la nulidad del acto simulado, deba existir en el momento de celebrarse el acto: el interés debe existir en el momento de deducirse la acción; la simulación (...) causa un perjuicio constantemente renovado puesto que les impide proceder a la venta que, a pesar de todas las apariencias, continúan en el patrimonio de su deudor y son las prendas de sus créditos; sin ella, los acreedores podrían vender esos bienes para cobrarse con su importe. En cuanto al segundo, precisamente por lo mismo que el acreedor de una

²⁹ CÁMARA, Héctor. Simulación en los Actos Jurídicos, 2ª edición, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1958, páginas 364-365.

persona toma al deudor con su patrimonio y responsabilidad actual, es que tiene siempre el derecho de hacer constatar su verdadera existencia, y por consiguiente, de hacer declarar la simulación, que sustrae de su patrimonio sólo aparentemente, bienes que en realidad forman parte de él”.

«El problema en nuestro código es sencillísimo, resultando inexplicable aquella jurisprudencia errónea, pues ya sea como dice Massé y Vergé comentando a Zachariae, que en este caso no cabe aplicar el requisito de la anterioridad del crédito, como en la acción pauliana, porque no se ataca un acto celebrado con fraude sino un acto no celebrado, o como alguien dice, que el derecho de impugnarlo nace de la facultad conferida en principio al acreedor para ejercer los derechos de su deudor, en nuestro ordenamiento jurídico no puede haber dificultad, leyendo la nota al art. 962 en que Vélez Sarsfield da su pensamiento, que si no es ley sirve para interpretarlo.

«El codificador en la nota mencionada, criticando una sentencia defendida por Mimerel, donde se sostenía que los acreedores a los cuales perjudicase la conservación de un acto del deudor, tenían derecho a hacerlo revocar cualquiera fuese la fecha de su título si fuere fraudulento (...), manifiesta que las dificultades que se exponen, nacen de confundir la acción pauliana con la acción de simulación, y que una enajenación simulada puede ser siempre demandada como que los bienes no han salido del patrimonio del deudor (...).

«Por otra parte, las fuentes del codificador son expresas, pudiendo citar a Aubry y Rau: “es necesario no confundir con la acción pauliana, la demanda que tuviera por objeto hacer declarar ficticios y falta de seriedad en su conjunto o en parte, los actos jurídicos cuya ejecución sea de tal naturaleza que perjudique el derecho de los acreedores. Semejante demanda, a diferencia de la acción pauliana propiamente dicha, puede ser ejercida aun por los acreedores posteriores a los que pretender atacar, y sin que tengan que probar que esos actos han producido o agravado la insolvencia del deudor”³⁰.

5.6.6.4. En coherencia con lo expuesto, y a tono con la jurisprudencia de la Sala:

³⁰ *Ibidem*, páginas 365-366.

«(...) la diferencia (...) entre la acción de simulación y la pauliana cuando un acreedor se acoge a la primera, y que a pesar de la semejanza de sus respectivas estructuras, y de la identidad de finalidades que pueden presentar ambas acciones, discrepan entre sí esencialmente porque:

“a) La acción pauliana requiere la concurrencia del eventus damni y del fraude, sea en relación con causante y causahabiente, sea sólo respecto del primero, según que el acto sea oneroso o gratuito (artículo 249 del C. C., numerales 1º y 2º), al paso que la acción de simulación presupone sólo el perjuicio del acreedor, suficiente para dotarlo del interés jurídico necesario para legitimar su causa (artículo 1766 del C. C.). b) La acción pauliana, por ser revocatoria, se ejerce en orden a abolir por entero los efectos del acto fraudulento y dañoso, al paso que la de simulación puede proponerse para descubrir el acto oculto, y acogerse a él, según se deduce del artículo 1766 citado.

«El tratamiento probatorio de las dos acciones es diferente, en consecuencia, el acreedor no puede aspirar a que ejercidas por él indistintamente, una interpretación judicial de su demanda conduzca al resultado final apetecido porque, como es obvio, el planteamiento de la acción y sus probanzas son variables según el linaje de la que en realidad y seguramente se promueva”³¹.

En definitiva, el interés de los acreedores para la acción de prevalencia surge por derecho propio. El hecho de tener a disposición otras vías judiciales, como la pauliana, no es razón para desconocerles su facultad para promoverla y obtener pronunciamiento material, por cuanto los presupuestos que contempla aquélla no son los mismos reclamados para ésta.

En el ejercicio de la acción pauliana es necesario que se establezca un estado de cesión de bienes, de deterioro

³¹ CSJ SC. Sentencia del 10 de junio de 1948 SC, G. J., tomo LXIV, páginas 441-442, Mg. Pon. Álvaro Leal Morales.

o de quiebra en el deudor, mientras en la simulación los acreedores actúan con el propósito de conservar el patrimonio que representa su prenda común, apenas buscan prevenir los perjuicios que les pudieran causar los actos fingidos, propiciando que brille la claridad acerca del verdadero estado patrimonial del simulante.

5.6.7. La sentencia ahora recurrida, en consecuencia, al confundir las acciones pauliana y simulatoria, habrá de casarse inexorablemente.

En concreto, cuando reclama la preexistencia de un crédito para legitimar a un acreedor en el momento en que *«(...) se verific[a] el acto que tacha de simulado(...).»*; cuando asegura que si no hay *«(...) un acto fraudulento, doloso o simulado, (...) no puede existir (...) perjuicio (...) [para el demandante en simulación] (...) pudiera ser víctima de ese concilium o de ese perjuicio (...).»*, ignora la esencia, el objeto y la naturaleza de la *actio simulatio*, y la confunde con la revocatoria. Pasa por alto, que sus presupuestos son diferentes, según lo mostrado con apoyo en la jurisprudencia y en la doctrina, y mucho más en presencia del interés a tomarse en cuenta para legitimar en la causa a un acreedor.

Aunque el fallo de 20 de agosto de 2014, citado, admite que *«(...) la prenda general de la garantía del deudor se debe tomar en el estado en que se encuentra (...).»*, pues ese es el dictado del artículo 2488,

en estrictez, pasa de largo sobre el objeto y la naturaleza de la acción de simulación.

En el caso, para auscultar la legitimación y el interés para obrar, debe precisarse, la Corte no se halla frente a la judicialización de una acción pauliana que circunscribe la precedencia de una acreencia en cabeza del actor, dentro del marco espacio temporal de la legitimación en la causa y del interés para obrar a los acreedores afectados (2488-2491 del C.C.), por pérdida o mengua de la garantía. Simplemente enfrenta una acción muy distinta, eminentemente declarativa, con mayor extensión y con definitiva diferencia conceptual con la pauliana. La acción de simulación no se relaciona con el mejoramiento o el aumento de dicha garantía común, sino que la reconstruye, rescata o actualiza; o en otras hipótesis, vuelve el patrimonio al verdadero cauce.

Tratándose de la legitimación de los acreedores, la acción formulada no admite distingos temporales de ninguna índole, en coherencia con doctrina reconocida en la materia, "*(...) tienen el derecho de ofrecer la prueba de su carácter ficticio (...)*"³². Si se exigiese la precedencia del crédito, dicha acción devendría inocua y carente de objeto, confundiéndose con la acción pauliana.

Al decir de otro autor, "*(...) desde que el acto de transferencia es simulado y el bien que ha sido objeto de*

³² PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo séptimo, las obligaciones, segunda parte. Habana: cultural, 1936. p 265.

*este acto dependía del patrimonio del deudor en el momento de nacer su crédito y formar por lo mismo, como los otros bienes del deudor, la prenda común o garantía general de los acreedores, los nuevos acreedores pueden hacer valer sobre ese bien los derechos que la ley les reconoce en todos los bienes del deudor y tienen un interés en que se declare que no ha salido del patrimonio por esta convención simulada*³³.

En fin, acorde con la doctrina, para el "ejercicio de la acción de simulación no es necesario: (...) La prueba de la anterioridad del derecho del impugnante a la creación del negocio fingido o disfrazado (...)"³⁴. En palabras de otro autor, "(...) tampoco es necesaria la anterioridad del crédito con respecto al acto impugnado, o la preordenación del acto al fin de perjudicar el crédito futuro"³⁵.

Así las cosas, con relación a la época del negocio jurídico simulado, ningún papel juega la anterioridad, concomitancia o posterioridad del derecho del actor. A los terceros acreedores, simplemente, amén de la prueba de la simulación, les basta demostrar que el acto jurídico fingido les irrogó un perjuicio serio, cierto y actual.

La distinción temporal dicha, se reitera, solo tiene cabida en la acción pauliana, en cuyo caso, al tener en la

³³ DIEZ DUARTE, Raúl. *La simulación de contrato en el código civil chileno*. Teoría jurídica y práctica forense. Santiago: Imprenta Chile, 1957. p 149.

³⁴ Ferrara, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. p. 409.

³⁵ Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. t. II. Buenos Aires: Ejea, 1986. p. 46.

mira un negocio jurídico realmente celebrado, requiere, como regla de principio, la preexistencia del derecho cierto e indiscutido en el demandante. La excepción se contrae al contrato pensado y ejecutado, según la Corte, “(...) en atención al crédito futuro, por lo común de origen legal, y con el fin doloso de privar por adelantado al acreedor de las garantías con que hubiera podido contar”³⁶.

5.6.8. Para ir cerrando el análisis, de lo razonado fulge sin reticencia que el *ad quem*, en la providencia objeto de este recurso de casación, infringió, recta vía, los artículos 1766 y 2488 del Código Civil.

En particular, al estimar que la gestora no tenía legitimación para pedir la declaración de simulación del contrato a través del cual el 24 de junio de 2003, la demandada, Transportes Carolina Limitada en Liquidación, aparentó vender a la codemandada Transportes Ambrosio Plata Navas S. en C. los vehículos involucrados en las súplicas, simplemente porque la providencia donde se consolidó y materializó su crédito, se profirió después del indicado convenio. La posterioridad de la acreencia, según lo visto, no es motivo, ni siquiera mínimo, para desconocer a los acreedores esa legitimación, pues dentro del ámbito de la acción de simulación no está la posibilidad de romper lazo

³⁶ CSJ. Civil. Sentencia de 28 de junio de 1991, CCVIII-549, primer semestre, reiterada en fallo 4468 de 9 de abril de 2014, expediente 00069.

negocial alguno, por cuanto su objeto solo busca constar el estado real de las cosas.

Con todo, al margen de la controversia, el hecho dañoso como fuente obligacional para la parte demandante, en tanto, una vez afectada por el comportamiento o conducta antijurídica, se edificó como origen del derecho, ciertamente, venero de un crédito, contra la dañadora. En efecto, los hechos acaecidos el 7 de enero de 1998, con ocasión de la colisión vehicular, lo cual dio lugar al proceso declarativo, con sentencia estimatoria de la responsabilidad contra la simulante, engendraron una obligación a favor de la parte actora, acreedora que, al no encontrar cómo satisfacer el crédito, legitimó y edificó patente interés jurídico para demandar la simulación conforme a los hechos narrados en el libelo incoativo.

5.6.9. En consecuencia, al prosperar el cargo propuesto, la Corte debe proceder a dictar el fallo de reemplazo, sin lugar a condenar en costas en sede de casación ante el éxito del recurso.

6. SENTENCIA SUSTITUTIVA

6.1. Constatada la validez del proceso, se precisa que pese a encontrarse fundado el error *iuris in iudicando* el estudio no se realizará en el marco estrictamente jurídico, como correspondería, salvo en lo relacionado con la legitimación en causa y el interés jurídico de la

sociedad demandante para solicitar la declaración de simulación, todo lo cual se deja sentado a partir de las mismas consideraciones esbozadas al resolverse el recurso de casación, cuyo contenido, por economía, se tiene reproducido en esta oportunidad.

Lo dicho, por cuanto para el juzgado de primer grado a la demandante sí le asistía el derecho; «*se legitima*», son sus palabras, para demandar la simulación, lo cual, por sí, explica la decisión de declarar infundada la excepción de «*ausencia absoluta de interés para accionar*», todo, visto el crédito a favor de dicha parte, derivado de una sentencia condenatoria contra una de las convocadas.

6.1.1. El *a-quo*, empero, negó las pretensiones por razones distintas. A no dudarlo, según se constata, ante la ausencia de prueba indicativa de que la compraventa de los automotores fue concertada entre los contratantes para distraer los bienes del vendedor y hacer nugatorias las obligaciones en su contra.

En su sentir, «*si bien está probada*» la relación entre las sociedades vendedora y compradora, al igual que, respecto de Ambrosio Plata Navas, en la primera, la de socio gestor, y en la segunda, su representante, la negociación no se podía tener por realizada para sucumbir ante el proceso de responsabilidad civil, ciertamente, un hecho futuro, como es una posible sentencia condenatoria, pues la compraventa aparece materializada ocho días antes de concretarse dicho fallo.

El indicio de ausencia de *«necesidad de transferir»*, dijo, tampoco existía. Por el contrario, conforme a las *«pruebas recaudadas»*, la empresa enajenante, en estado de liquidación, *«tenía obligaciones pendientes que cumplir»*, algunas cobradas en procesos judiciales, acudiendo para el efecto a la *«venta de sus activos»*.

Así mismo, porque el dictamen pericial nada aportaba, pues *«mientras no hubiese una medida de embargo o gravamen sobre los bienes»*, las personas jurídicas involucradas en el contrato cuestionado *«tenían plena libertad para realizar los negocios jurídicos»*.

6.1.2. Lo expuesto explica las razones por las cuales, la Corte, en sede de instancia, debe circunscribir su actividad a examinar, probatoriamente, si la decisión apelada es o no acertada, al margen de que el yerro en que incurrió el *ad-quem*, con carácter totalizador para quebrar su sentencia, haya sido estrictamente jurídico.

En concreto, a establecer, como se alega en la apelación, si ante las pruebas recaudas en el proceso de responsabilidad civil, amén de los respectivos pasos procesales allí surtidos, cuyo conocimiento no podía ser ignorado por la entonces demandada, ahora convocada como vendedora, era fácil prever un fallo condenatorio.

Del mismo modo, si la enajenación de todos los activos y en bloque, y la ausencia de los soportes contables de la existencia de obligaciones a cargo de la

sociedad en liquidación o de la solvencia económica o liquidez de la empresa adquirente de los automotores, son hechos constitutivos de indicios de simulación.

Igualmente, conforme a lo indicado por el perito, si hay lugar a apreciar contra las demandadas la renuencia a aportar la información contable, aduciendo, sin prueba, *«una presunta desaparición de la contabilidad»*.

En definitiva, si existe *«mucho acervo probatorio»* demostrativo de que las *«demandadas realizaron negocios aparentes»*, dirigidos a *«insolventar»* a una de ellas.

6.3. La simulación contractual ha sido desarrollada en la jurisprudencia de esta Corporación, fundada en lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil, y se le clasifica como relativa o absoluta, cuyos contornos quedaron esbozados al resolverse el cargo en casación.

Debido al acuerdo oculto propio de ese fenómeno, por lo general, a falta de prueba directa, el indicio se erige en el elemento de juicio que permite poner de relieve la verdadera intención de los contratantes. Así, partiendo de un hecho conocido o indicador, debidamente probado, y apoyado en las reglas de la experiencia, de la lógica y de la ciencia, el juez deduce o infiere la existencia de un supuesto fáctico desconocido o hecho indicado.

El laborio, en pos de descubrir el acuerdo simulatorio, solo puede llevarse a cabo mediante el

análisis de una pluralidad de indicios concordantes que en conjunto apunten en el mismo sentido, pero que si se sopesan y enjuician por separado pueden llevar a diversas conclusiones, eventualmente discordantes.

De ahí, el método inductivo que auxilia a este medio probatorio, indirecto y complejo, resulta elemento central y trascendente de las investigaciones y valoraciones judiciales, ante la carencia de pruebas directas y el sigilo de quienes actúan movidos con el propósito de fingir y aparentar las manifestaciones de voluntad concretizadas en el negocio jurídico exteriorizado.

En palabras de la Corte, «(...) como las circunstancias que rodean esas negociaciones, generalmente no son conocidas, sino que se mantienen ocultas en el ámbito privado de los contratantes, es de esperarse que no se hayan dejado mayores vestigios de su existencia; de ahí la dificultad de demostrarlas 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 (...).

«(...) En ese orden, es la prueba indiciaria, sin lugar a dudas, uno de los medios más valiosos para descubrir la irrealidad del acto simulado y la verdadera intención de los negociantes, del cual el artículo 248 de la normatividad adjetiva estatuye que 'para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso' y por su parte el 250 de la misma obra señala que su apreciación debe hacerse en conjunto, teniendo en consideración su 'gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso'.

«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 deductivo. 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»³⁷.

Por esto, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una lista de hechos indicadores que comunmente llevan a demostrar la simulación, como el parentesco, la amistad íntima de los contratantes, la falta de capacidad económica de los compradores, la ausencia de necesidad de enajenar o gravar, la documentación sospechosa, la ignorancia del cómplice, la carencia de contradocumento, el ocultamiento del negocio, el no pago del precio o su solución en dinero en efecto, la ausencia de movimientos bancarios, la no entrega de la cosa, la continuidad en la posesión y explotación por el vendedor, entre muchos otros.

6.4. Pues bien, con el fin de establecer si en el caso los indicios de la simulación se encuentran estructurados, en la averiguación, ante todo, corresponde identificar o fijar los hechos indicadores.

6.4.1. La compraventa debe tenerse por realizada el 24 de junio de 2003, pues las interpeladas, en la réplica de la demanda, aceptaron el hecho que la indica, cuando sostienen que *la «venta de los vehículos relacionados se hizo en estricto apego a la ley y con el producto de esa transacción se cancelaron créditos que tienen prelación».*

6.4.2. El contrato así establecido, por tanto, se entiende celebrado *ad-portas* de la sentencia de 4 de julio

³⁷ CSJ. Civil. Sentencia SC-7274 de 10 de junio de 2015, expediente 24325.

de 2003, adversa a una de las demandadas, en cuanto de ahí emana el crédito de la sociedad actora. El hecho, desde luego, resulta pacífico en el proceso, no solo porque en la respuesta al libelo se aceptó como «cierto», sino porque para calificar de «torpe e irracional esgrimir un fallo futuro», esto supone la existencia de lo acaecido alrededor.

Si bien la decisión aparece en copia simple y por eso no se tuvo como prueba en auto de 5 de octubre de 2009, se observa, en todo caso, la ausencia de autenticación, así la exigiera el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, no le restaba eficacia jurídica, porque ello solo debía cumplirse, al decir de la Corte, «cuando no exista certeza sobre la procedencia o el contenido del documento de que se trate, pero no cuando la conducta procesal de los sujetos en contienda, tratándose de copias informales de documentos públicos, cejan la incertidumbre»³⁸.

Con mayor razón, cuando desde la vigencia del artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, mediante el cual se modificó el inciso 4º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, se presumen «auténticos» ciertos documentos provenientes de las partes, entendiendo como tales originales o copias, toda vez que esa misma normatividad no hizo ninguna distinción al respecto.

Desde luego, la misma presunción se encuentra prevista en el artículo 244, inciso 2º del Código General del Proceso, esta vez, expresamente, extendida a todos los

³⁸ Csj. Civil. Sentencia de 24 de mayo de 2018, expediente 00404.

«documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros», tanto «originales» como «copias».

6.4.3. Conforme a los certificados de existencia y representación de las sociedades demandadas, el señor Ambrosio Plata Navas, funge como «socio» de Transportes Carolina Limitada, en Liquidación; y a su vez, «socio gestor» de Transportes Ambrosio Plata Navas S. en C.

6.4.4. La réplica del libelo genitor igualmente refiere la disolución y liquidación de Transportes Carolina Limitada, al decirse que la negociación *«no evitó la liquidación»*, pues los *«pasivos eran mayores»*, de ahí, daba lo mismo que la compraventa se realizara *«antes o durante la liquidación del ente vendedor»*.

El rechazo de la copia simple de la escritura 2991 de 16 de diciembre de 2003, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, contentiva de la declaración de disolución y liquidación de la sociedad Transportes Carolina Limitada, adoptada en la junta de socios de 13 de diciembre del mismo año, por falta de autenticación, según el mismo auto de 5 de octubre de 2009, tampoco incidía en la fijación del hecho, a propósito de lo dicho respecto de la sentencia de condena.

6.4.5. En la contestación de la demanda se justifica la venta de los rodantes (19 en total y en bloque, clase tracto-camión), para el pago de pasivos de la enajenante.

El representante de la compradora, Ambrosio Plata Navas, sostuvo en el interrogatorio que los vehículos estaban pignorados a Megabanco, inclusive embargados, y «*verbalmente*» acordaron todos, para saldar la deuda, entregar un predio en lugar de los carros, recibiendo de Transportes Carolina Limitada «*nada más las mulas*», «*eso fue carísimo*».

Fredy Alberto Gutiérrez Ángel, gerente liquidador de la sociedad vendedora, en general, refiere en el interrogatorio los mismos hechos, no por estar «*presente*» cuando sucedieron, pues su nombramiento fue el 13 de diciembre de 2003, sino por estar «*documentado en el archivo*», en particular, lo acaecido con el lote, en tanto, el «*contrato entre los socios y Ambrosio Plata es (...) verbal*».

6.4.6. La documentación adosada en la inspección judicial pone de presente que el inmueble en cuestión, efectivamente, fue transferido al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Activos Megabanco, el 28 de febrero de 2003, en dación en pago de la «*obligación a cargo de la sociedad Transportes Carolina Ltda.*»; y de acuerdo con la promesa de compraventa de 24 de febrero de 2002, reconocida el mismo día ante notario, quien prometió adquirir el bien fue «*Transportes Carolina Limitada*», representada para entonces por «*Ambrosio Plata Navas*».

6.4.7. En los certificados de tradición de los automotores (folios 21-40 y 154-179), no aparece

historiada ninguna prenda a favor de Megabanco, como tampoco embargo alguno instado por esa misma entidad.

6.5. Frente a ese panorama, si las obligaciones a cargo de Transportes Carolina Limitada, la enajenante de los automotores, fueron solucionadas imputando como dación en pago un inmueble, surge claro que el precio de los automotores, aparentemente pagado por la compradora, la sociedad Transportes Plata Navas S. en C., no pudo ser destinado a esa misma finalidad.

Por supuesto, no hay lugar siquiera a sostener que los tracto camiones ingresaron al patrimonio de la adquirente como contraprestación por desprenderse del referido inmueble³⁹, puesto que, precisamente, según fue demostrado, quien lo había prometido adquirir fue la supuesta vendedora de los rodantes, Transportes Carolina Limitada, y no Transportes Plata Navas S. en C.

No se pierda de vista, si las deudas de la enajenante para con el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Activos Megabanco, fueron solucionadas en la forma dicha, el 28 de febrero de 2003, contrastado el hecho con la fecha de la afirmada compraventa, el 24 de junio de 2003, teóricamente para pagar pasivos, ello pone en evidencia y en entredicho la causa de la negociación, con mayor razón, cuando mucho después, hasta el 13 de diciembre

³⁹ En el interrogatorio del representante de la Transportes Plata Navas S. en C. enfáticamente, a la pregunta «con qué patrimonio (...) canceló a la sociedad Transportes Carolina Ltda. el valor de las diecinueve (19) tractomulas», contestó: «con el lote que se le dio a Megabanco».

de 2013, se hizo la declaración de disolución y liquidación de Transportes Carolina Limitada.

En adición, aceptando en gracia de discusión que los vehículos se encontraban pignorados a Megabanco o al Patrimonio Autónomo Fideicomiso Activos Megabanco, inclusive cautelados judicialmente, como se sostuvo en uno de los interrogatorios, si se carecía de liquidez para rescatar los bienes gravados, en línea de principio, lo sensato habría sido materializar la prenda y no involucrar, para el mismo efecto, un activo importante, esto es, un inmueble, menos, transferir los automotores inmediatamente fueron desembargados.

Ahora, concertado el contrato de compraventa entre sociedades afines y cercanas, pues ambas tienen en común la explotación del transporte y las une el mismo protagonista, el señor Ambrosio Plata Navas, como «socio» de una de ellas y «socio gestor» de la otra, debe seguirse que la confianza permitió o facilitó fingir lo estipulado.

Desde luego, frente a la proximidad de la compraventa y el título ejecutivo de la demandante, esto es, la sentencia condenatoria, algo así como ocho días; originada, en todo caso, en un proceso entablado con mucha anterioridad al contrato de compraventa, aunado a la enajenación en bloque de diecinueve automotores, también es razonable concluir, al no existir ninguna otra explicación posible al respecto, que el contrato se

exteriorizó con el fin de precaver los efectos de un posible fallo adverso, y de suceder, evadir sus resultados.

6.6. Los hechos indirectos señalados valorados en conjunto, esto es, la irrealidad o mentira del pago de deudas con el producto de la venta de los automotores, la confianza entre las sociedades contratantes, la ausencia de contraprestación, la proximidad de la negociación con una eventual sentencia de condena y su enajenación en bloque luego de desembargados, son suficientes, inclusive al margen de lo acaecido alrededor del dictamen pericial, para concluir que el contrato es ficticio y no real.

Sin embargo, bajo el entendido que con la negociación impugnada los vehículos no salieron del patrimonio de la vendedora y aunado al hecho de que la pretensión de simulación es netamente declarativa, no habrá lugar a ordenar restitución alguna.

6.7. En consecuencia, se confirmará la decisión de declarar *«infundada la excepción de mérito denominada 'ausencia absoluta de interés para accionar'»*, y se revocará en lo demás, imponiendo el pago de las costas de ambas instancias a la parte demandada.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la Ley, casa la sentencia de 16 de octubre de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, dentro del proceso ordinario de simulación promovido por Inversiones Cruz Rivera S. en C. contra Transportes Carolina Limitada en Liquidación y Transportes Ambrosio Plata Navas S. en C., sin lugar a imponer costas ante el éxito del recurso extraordinario, y en sede de instancia:

6. RESUELVE:

6.1. Confirmar el numeral primero de la sentencia de 30 de septiembre de 2011, en cuanto declaró *«infundada la excepción de mérito denominada 'ausencia absoluta de interés para accionar'»*.

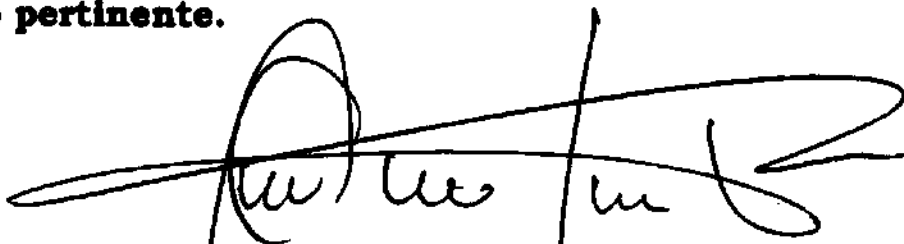
6.2. Declarar la simulación absoluta del contrato de compraventa de 24 de junio de 2003, celebrado entre Transportes Carolina Limitada, en calidad de vendedora, y Transportes Ambrosio Plata Navas S. en C., como compradora, respecto de los automotores de placas XLE-889, XLE-890, XLE-891, XLE-892, XLE-893, XLE-894, XLE-895, XLE-896, XLE-897, XLE-898, XLE-901, XLE-902, XLE-903, XLE-904, XLE-905, XLE-906, XLE-907, XLE-909 y XLE-908.

6.3. Inscribir la decisión en el folio de matrícula correspondiente a cada uno de dichos automotores. Librense los oficios correspondientes.

6.3. Negar la pretensión de restituciones mutuas.

6.4. Condenar a las demandadas a pagar las costas de ambas instancias. En la liquidación de las correspondientes a la alzada, inclúyase como agencias en derecho, la suma de \$3'000.000 de pesos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase en su oportunidad el expediente a la oficina de origen para lo pertinente.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

(Presidente de la Sala)



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

Aclaración de voto

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Con aclaración de voto)

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Aclaro voto.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Aclaro voto.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 47001-31-03-005-2008-00001-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión que adoptó la Sala, en tanto el tribunal resolvió el conflicto fincándose en premisas jurídicas erróneas, respetuosamente considero que la teorización que se acogió en esta providencia impacta, de forma inoportuna e inconveniente, la totalidad de las relaciones jurídicas entre particulares.

1. Primer motivo de aclaración.

Tanto en el fallo recurrido, como en la sentencia objeto de estas líneas, se admitió, sin mayores reparos, que la obligación a cargo de Transportes Carolina Ltda. surgió con el proferimiento de la sentencia de 4 de julio de 2003, dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Santa Marta, en el juicio de responsabilidad civil extracontractual que promovió Inversiones Cruz Rivera S. en C. en contra de aquella persona jurídica de derecho privado.

Sin embargo, en mi respetuosa opinión la prestación a cargo de la primera de las referidas sociedades surgió como secuela natural del deber de reparar el daño causado en

desarrollo de una actividad peligrosa. La decisión judicial antes citada simplemente declaró la existencia de una obligación previa –y la cuantificó, por supuesto–, pues con antelación a ese acto procesal, y más exactamente desde que tuvo lugar el accidente de tránsito que dio origen al juicio pretérito (7 de enero de 1998), concurría una innegable carga patrimonial en cabeza de la propietaria del vehículo de placas XLE-098, como causante de dicho suceso infortunado.

Recuérdese que, a voces del artículo 1494 del Código Civil, «[l]as obligaciones *nacen* (...) a consecuencia **de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona**», pauta que armoniza con el canon 2341 *ejusdem*, a cuyo tenor «*el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*». Y siendo ello así, como en verdad lo es, el crédito en cabeza de la hoy demandante habría germinado en la calenda en la que acaeció la colisión vehicular, esto es, con mucha antelación a las ventas simuladas, lo que tornaría innecesaria la variación jurisprudencial por la que se decantó la Sala mayoritaria.

2. Segundo motivo de aclaración.

Pese a ser prolijamente fundamentada, la alteración del precedente obvió un puntal del debate de absoluta trascendencia: la prescripción de la acción de prevalencia en cabeza del acreedor de uno de los partícipes en el concierto simulatorio (específicamente, de quien dispuso, de manera mendaz, de todo o parte de su patrimonio). En efecto, admitiendo la tesis planteada en el proveído objeto de estas

líneas, cualquier acreedor podría demandar la simulación de los actos dispositivos de su deudor, aun cuando estos fueran anteriores al surgimiento del vínculo obligatorio que los ata.

Sin embargo, como la legitimación de ese acreedor surge, precisamente, con el nacimiento del crédito, tendría a partir de ese momento el plazo de prescripción de las acciones ordinarias (10 años) para buscar la declaratoria judicial de simulación de la totalidad de los actos dispositivos que hubiera ejecutado su deudor a lo largo de su vida.

Dicho de otro modo, cada vez que una persona contrajese una deuda, estaría potencialmente expuesta a demandas de recomposición patrimonial sobre todas y cada una de las ventas, donaciones, permutas, etc., de las que haya sido parte, lo cual redundaría en una continua –y poco deseable– situación de incertidumbre. Y si bien puede afirmarse que ello genera efectos aleccionadores, al desestimular las negociaciones ficticias, lo cierto es que mantener en la absoluta indefinición la suerte de todos los contratos es abiertamente incompatible con la seguridad jurídica, que a su vez es condición *sine qua non* para el orden y desarrollo económico de una sociedad.

Por ende, estimo que debió mantenerse la postura histórica de la Corte, o cuando menos, debieron formularse *subreglas* jurisprudenciales claras, que limitaran el ejercicio de la acción de prevalencia a un lapso razonable. En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales

aclaro mi voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión que adoptó la Sala, toda vez que implica un cambio jurisprudencial sobre un tema respecto del cual tuve la oportunidad de pronunciarme en el salvamento de voto que expresé frente a la Sentencia proferida por esta Corte el 20 de agosto de 2014.¹ A continuación me permito reiterar los argumentos que en aquella ocasión no tuvieron el respaldo mayoritario, pero que ahora se acogen como postura oficial.

1. En aquel momento, el fundamento fáctico del fallo de casación fue similar a la controversia que ahora se resuelve: el demandante adquirió la calidad de acreedor con posterioridad a la celebración del contrato cuya declaración de simulación solicitó en su demanda, por lo que se negaron sus pretensiones por “falta de legitimación” para promover la simulación.

Tanto el Magistrado Ponente de la presente sentencia como yo, expresamos en aquel entonces nuestro desacuerdo porque se confundieron los requisitos esenciales de la acción de simulación con los de la pauliana, bajo el pretexto irreflexivo de que la jurisprudencia siempre había exigido una acreencia anterior o concomitante como presupuesto legitimador.

Ese razonamiento no es admisible, toda vez que el ejercicio de la acción de simulación persigue la prevalencia de la realidad sobre la apariencia mediante el develamiento de la verdadera y única voluntad de los contratantes, pero no la nulidad del contrato a través de la demostración del *consilium fraudis* y del *eventus damni*, elementos propios de la acción revocatoria que sí presupone la calidad de acreedor anterior al acto defraudatorio de sus intereses.

¹ SC11003-2014. Radicación N°. 0526631030012004-00307-01.

Es cierto que en algunas sentencias antiguas de la Corte se afirmó que *"el acreedor que ejercita la acción de simulación debe tener ese carácter cuando nació el acto que se ataca de simulado"*.² Mas tal concepción sólo pudo tener acogida en un momento histórico en que la jurisprudencia nacional no había elaborado con precisión los contornos diferenciadores entre la acción de simulación y la pauliana.

"...en un principio la simulación se asimiló a la nulidad, respetando eso sí la posición de terceros de buena fe; luego se desdobló en dos actos, el aparente y el prevalente; y por último, opinión que para esta Sala es la más valedera y apropiada, se ha considerado que se trata de un acto único y verdadero, que por razones de distinta índole se quiere mantener oculto enfrente de quienes no han sido partes en él, a cuyo efecto por lo general se procura su disfraz mediante la preconstitución de pruebas de otro acto diferente que en realidad no existe".³

En el estado actual de la jurisprudencia, no cabe duda de que independientemente de la finalidad subjetiva y concreta que se hayan propuesto los contratantes para celebrar el acto simulado, su voluntad objetiva consiste en ocultar o disfrazar una situación jurídica existente o el contenido y alcance efectivo de un contrato determinado, para hacer creer a terceros la apariencia de un convenio cuya realidad jamás han concertado.

Por ello, el objetivo que se propone quien demanda la simulación consiste en dejar al descubierto la verdad oculta que subyace al negocio simulado, por lo que la legitimación por activa en esta clase de acción está dada por el interés jurídico, actual o inminente del actor en que se descubra tal realidad. De ahí que la sentencia en el proceso de simulación es una *sentencia de declaración de certeza*.

Desde el momento en que la jurisprudencia de esta Corte aclaró que la acción de simulación no persigue la declaración de nulidad del contrato simulado (diferenciándola de la acción revocatoria) sino la

² CSJ SC de 10 de agosto de 1943, reiterada en SC 018 de 3 de marzo de 1956.

³ SC 28 de febrero de 1979.

desocultación de la realidad subyacente, desapareció toda justificación para exigir la prueba de la anterioridad del derecho del demandante a la conformación del negocio enmascarado.⁴

Al respecto, FRANCESCO FERRARA, impulsor de la teoría monista de la simulación, expresó:

Restos de confusiones no desaparecidas del todo e indebidas influencias de otras instituciones han sido causa de que para la admisibilidad de la acción de simulación se exigiesen, por algunos, ciertas condiciones que venían a restringir arbitrariamente su empleo. Conviene, por tanto, desechar desde luego esos elementos heterogéneos introducidos por error. Para el ejercicio de la acción de simulación no es necesario:

1. *La prueba del consilium fraudis o del eventos damni nacido del contrato simulado, porque también puede haber interés en obtener el reconocimiento de una simulación no fraudulenta; e igualmente es susceptible de ser descubierta, a fin de lograr algún beneficio, una simulación que al realizarse no perjudicaba al impugnante.*

2. La prueba de la anterioridad del derecho del impugnante a la creación del negocio fingido o disfrazado, porque también un acreedor posterior y los terceros que adquieren por virtud del contrato simulado pueden tener interés en demostrar la ficción o la diferente naturaleza del mismo para deducir consecuencias jurídicas de este restablecimiento de la verdad.

3. *La previa excusión del deudor autor del engaño, ya que la impugnación por simulación no tiene por objeto resarcir el perjuicio sufrido, del que habría que determinar por anticipado la subsistencia y la entidad, sino hacer constar el verdadero estado del patrimonio de los simulantes, o la verdadera índole de los negocios realizados, para ejercitar después sobre esa base los derechos que normalmente competen al impugnante.*

Todos estos requisitos son importación ilegítima de la acción revocatoria, esencialmente diferente por su concepto, finalidad y eficacia, de la impugnación por simulación; y debieran apartarse de ella.

El único requisito necesario para ejercitar la acción de simulación es la existencia de un interés jurídico en el actor. No se trata, pues, de una excepción sino de aplicar el principio normal de que

⁴ CSJ SC, Sentencia de 16 de mayo de 1968, reiterada en SC de 30 de agosto de 1968 y posteriores.

para interponer una demanda en juicio es indispensable que exista un interés...⁵

De igual modo, MOSSET ITURRASPE sostiene:

Es corriente la afirmación en el sentido que, a diferencia de lo que acontece con la acción revocatoria –que en principio sólo puede ser ejercida por acreedores de fecha anterior al negocio que se impugna–, en la de simulación es indiferente que el crédito invocado por el acto para justificar su interés sea anterior o posterior al acto impugnado.

Fundamentando esta diferencia se sostiene, con razón, que la simulación causa a los acreedores un perjuicio constantemente renovado, puesto que les impide proceder a la venta de bienes que a pesar de todas las apariencias continúan en el patrimonio de su deudor...; que el acreedor de una persona toma a su deudor con su patrimonio y su responsabilidad actual... De ahí que sea suficiente la existencia del interés al momento de deducir la acción por simulación.

Para que la solución no sea disvaliosa es preciso distinguir entre los acreedores del enajenante simulado y los acreedores del adquirente simulado. Los primeros están interesados realmente en hacer declarar la simulación para comprobar el verdadero estado patrimonial de su deudor. Y respecto de ellos es equitativo no distinguir entre acreedores anteriores y posteriores al negocio simulado...⁶

En idéntico sentido, con relación a las distintas acciones que puede ejercitar el acreedor del enajenante simulado, MESSINEO explica:

*... las dos acciones deben ser ejercitadas de una manera alternativa (o recíprocamente subordinada), afirmando que la enajenación **es simulada** (y de esto se pide la declaración de certeza, con la consecuencia de que debe declararse que el bien no ha salido nunca del patrimonio del simulante); o **bien es efectiva**, pero realizada en fraude del acreedor (con la consecuencia de que se declare la inoponibilidad del contrato de disposición al acreedor que ejercita la revocatoria); pero en este segundo caso el acreedor deberá suministrar además de la prueba de la **enajenación**, la prueba del **daño** que le deriva y la prueba del **conocimiento** que menciona el art. 2901 [del C.C.*

⁵ La simulación de los negocios jurídicos. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. p. 409.

⁶ Contratos Simulados y Fraudulentos. t. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2001. p. 261.

italiano); mientras que los elementos de prueba relativos a la acción de simulación conciernen a diversos elementos, por cuanto no se requiere el extremo del daño de quien acciona por simulación, ni se distingue entre actos a título oneroso o gratuito ni tampoco es necesaria la anterioridad del crédito con respecto al acto impugnado, o la preordenación del acto al fin de perjudicar el crédito futuro.⁷

3. Es cierto que en virtud del postulado de la relatividad de los contratos, el negocio jurídico no puede quedar expuesto a que cualquier persona que tenga conocimiento del acto pueda solicitar que prevalezca la verdad que se oculta tras ese instrumento, por lo que adquiere especial relevancia la identificación de las personas que tienen interés para el ejercicio de tal acción.

Por ello, la jurisprudencia de esta Corporación *«ha exigido para ese efecto que el demandante exhiba un interés jurídico serio y actual, que no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible que por ser fingido su declaración de simulación se reclama. De manera que en términos generales, el interés se pregona de las propias partes; de los terceros que por fungir de acreedores de los contratantes eventualmente se ven lesionados; y del cónyuge, respecto de los actos jurídicos celebrados por el otro, bajo las pautas, desde luego, del régimen económico del matrimonio, previstas por la Ley 28 de 1932...»*⁸

La falta de interés jurídico se predica –como lo ha reiterado nuestra jurisprudencia– de los terceros absolutos, mas no de los relativos.⁹

«Los penitus extranei son los terceros verdaderos o absolutos, y para ellos está hecha la regla de la relatividad de los contratos, en la medida que ni los ha unido ni los unirá ninguna relación obligatoria con las partes contratantes. El convenio en el que no han participado, y en el que no han estado representados ni los beneficia ni los perjudica.

(...)

⁷ Doctrina general del contrato. t. II. Buenos Aires: Ejea, 1986. p. 46.

⁸ SC de 5 de septiembre de 2001. Exp. 5868.

⁹ SC9184 del 28 de junio de 2017. Radicación n° 11001-31-03-021-2009-00244-01.

Los acreedores quirografarios, por su parte, no pueden ser considerados como terceros frente al acto o negocio que su deudor realiza de mala fe para lesionar sus intereses, porque aunque no hayan participado en ese convenio, están legitimados para invocar judicialmente su revocación con el fin de cubrir los créditos a su favor, toda vez que el patrimonio de su deudor es prenda general de la ejecución de su acreencia, ya se trate de bienes presentes o futuros. De igual modo el acreedor está facultado, en la medida y razón de su crédito, para ejercitar los derechos que el deudor se abstiene de hacer valer. El derecho de prenda consagrado en el artículo 2488 concede al acreedor acción sustancial para asumir la posición contractual del deudor en el acto o negocio que éste celebra para defraudar sus intereses, o para ejercitar los derechos a los que el deudor renuncia; por lo que el acreedor tendrá acción pauliana, oblicua o de simulación, según el caso».¹⁰

El tercero acreedor del enajenante simulado puede, entonces, hacer valer la simulación que perjudica su derecho de crédito, o sea impugnar por simulación el acto de enajenación con el que su deudor ha fingido la disminución de su patrimonio, cuando en realidad no ha enajenado nada y los bienes objeto de ese contrato siguen siendo prenda de la acreencia.

La impugnabilidad de ese acto de enajenación depende del principio general por cuya virtud el tercero puede invocar la simulación ajena cuando tal declaración le beneficie, caso en el cual su interés se concreta en hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia.

«El efecto de la sentencia en el proceso de simulación –refiere MESSINEO– es la declaración de certeza de que el bien enajenado aparentemente forma siempre parte del patrimonio del enajenante simulado y, por consiguiente, el acreedor de éste puede perseguirlo mediante la acción ejecutiva».¹¹

La legitimación del acreedor del enajenante simulado está preordenada a la posibilidad de proceder ejecutivamente sobre los bienes de este último; de suerte que con la declaración de simulación se logre considerar

¹⁰ SC3201 del 9 de agosto de 2018. Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01.

¹¹ Doctrina general del contrato. t. II. p. 45.

que el bien que fue enajenado de manera aparente pertenece al patrimonio del deudor y, por tanto, puede ser objeto de ejecución forzosa por dicho acreedor. El fin de este último es, en suma, la reconstrucción del patrimonio de su deudor, y en ello consiste su legitimación y su interés.

Tal como lo dispone el artículo 2488 del Código Civil, *“toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.”* (Se resalta)

Luego, si el acreedor está legalmente facultado para perseguir todos los bienes que conforman el patrimonio de su deudor, sean presentes o futuros, entonces nada obsta para que pueda invocar la acción de simulación tendiente a rehacer ese patrimonio que constituye la prenda general de su crédito, sin que tenga ninguna incidencia la fecha de realización del acuerdo simulado.

4. Los argumentos que justificaban el cambio de jurisprudencia son claros y contundentes, por lo que la Corte estaba en mora de hacer las respectivas distinciones de conformidad con la realidad evolutiva del derecho, el cual no podía quedarse estancado por el mero apego irreflexivo a unas sentencias descontextualizadas que -se reitera- aún no habían hecho la distinción entre la simulación, la acción pauliana y la nulidad de los negocios jurídicos; con lo que el acreedor burlado quedaba en la más completa orfandad jurídica y los precedente pétreos se prestaban para convalidar esa situación de evidente injusticia.

De los Señores Magistrados,

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACION DE VOTO

Radicación n° 47001-31-03-005-2008-00001-01

Aunque estoy de acuerdo con la decisión tomada en el sentido de que la naturaleza de la "acción de prevalencia" no concuerda con la pauliana y que, por ello, no es admisible exigir al acreedor que su crédito sea anterior al negocio completamente ficticio, considero necesario hacer claridad sobre algunos aspectos no abordados en la providencia, concernientes con la simulación relativa, como pasa a explicarse.

1.- La Sala en su pronunciamiento desarrolló la esencia, objeto y naturaleza de la declaración de simulación para concluir que

(...) el consilium fraudis, el eventus damni concreto y cierto, la anterioridad del crédito y la previa excusión del deudor no son indispensables para promoverla.

En razón a que

*[e]l interés involucrado nada tiene que ver con el mejoramiento de la prenda general, con su aumento ni con la cuantía del perjuicio del acreedor, como la Sala hasta ahora lo ha entendido, puesto que el de las partes y el de los terceros, **atendido el objeto y conocida la esencia y la naturaleza de la acción en rigor**, brota de la necesidad del acreedor de esclarecer el estado de indefinición ocasionado por el acto ficticio.*

Con la finalidad de clarificar que el correspondiente acuerdo no es real y, por ende, que los bienes afectados nunca salieron del patrimonio del deudor, los acreedores, indiscutiblemente, ostentan legitimación para promover la acción judicial y despejar el nubarrón causado por el pacto aparente. A partir de ahí, el titular del crédito insoluto podrá conocer, a ciencia cierta, la verdadera dimensión del patrimonio del obligado, el cual, como lo expresa el artículo 2488 ibidem, constituye la prenda que le posibilitará la solución del crédito.

Si el objeto de la simulación no es destruir un acto verdadero, propio de la acción pauliana, sino constatar que un específico contrato en realidad no se celebró, carece de razón exigir la demostración del consilium fraudis, del eventus damni, de la anterioridad del crédito, pues la presencia o la ausencia del fraude ninguna influencia decisiva repercute en un acuerdo no alcanzado.

(...)

*Dista mucho de la realidad pregonar que una persona que adquirió la calidad de acreedora después de su deudor aparentar desprenderse de determinado activo suyo, carece de interés para demandar la simulación del acto anterior, ya que al deprecar su declaración, a diferencia de la acción revocatoria, no busca destruir una convención verdadera, aunque fraudulenta, celebrada por el deudor, sino constatar que la involucrada, por aparente, no existió jamás y, consecuentemente, **que los bienes involucrados siempre fueron y permanecieron en el patrimonio del deudor**, razón por la cual están llamados a responder por el crédito, puesto que, en términos de la citada normativa, "(...) todos los bienes del deudor raíces o muebles, presentes o futuros (...)" constituyen la prenda común de los acreedores.*

En definitiva, para la Corte,

(...) el interés de los acreedores para la acción de prevalencia surge por derecho propio. El hecho de tener a disposición otras vías judiciales, como la pauliana, no es razón para desconocerles su facultad para promoverla y obtener pronunciamiento material, por cuanto los presupuestos que contempla aquélla no son los mismos reclamados para ésta.

En el ejercicio de la acción pauliana es necesario que se establezca un estado de cesión de bienes, de deterioro o de quiebra en el deudor, mientras en la simulación los acreedores actúan con el propósito de conservar el patrimonio que representa su prenda común, apenas buscan prevenir los perjuicios que les pudieran causar los actos fingidos, propiciando que brille la

claridad acerca del verdadero estado patrimonial del simulante.

Nótese que la argumentación del veredicto estuvo dirigida en todo momento a sostener que en la simulación «los bienes involucrados siempre fueron y permanecieron en el patrimonio del deudor», de donde el interés del acreedor consistía en «constatar que un específico contrato en realidad no se celebró». De modo que el razonamiento que llevó a la conclusión conocida no contempló la otra forma en que puede ser simulado un negocio (relativa) y ello merece algunas precisiones en procura de cumplir con la labor que incumbe a la Corte de unificar la jurisprudencia nacional.

Insisto, el fallo no contempla el impacto de la nueva doctrina de la Corte frente a la simulación relativa. Y si bien puede pensarse que en esta oportunidad no era necesario hacerlo, como quiera que el caso que provocó el cambio jurisprudencial estaba relacionado con un fingimiento absoluto, de todos modos tras haberse abolido la tesitura anterior (CSJ SC 20 ago. 2014), la cual, además, era aplicable a las dos modalidades aludidas, surge como indispensable efectuar algunos comentarios al respecto.

2.- Es conocido por todos que el acreedor cuenta con mecanismos que le permiten la *conservación* del patrimonio de su deudor. Dentro de ellos encontramos las denominadas “acciones” oblicua, pauliana o de declaración de simulación. La primera autoriza a aquél emprender las prerrogativas de este a fin de evitar que con su negligencia la prenda general del crédito se desmejore. La siguiente

avala la revocatoria de un negocio realmente celebrado por el deudor en fraude del acreedor. Y la última responde a la necesidad de este de resolver la incertidumbre que genera una negociación aparente a fin de atenerse a lo efectivamente pactado.

No obstante, la simulación puede ocurrir de dos maneras: en una de ellas, los contratantes dicen realizar una enajenación que en definitiva no celebran, por lo que el artificio es total o absoluto. Lo que en la práctica significa que el bien no sale del patrimonio del tradente. En la otra, exteriorizan un consentimiento diferente del que realmente ocurre y allí el fingimiento es parcial o relativo, pues produce una verdadera mutación de la titularidad del dominio, solo que lo provoca mediante una causa distinta a la conocida por la comunidad.

En otras palabras, la simulación, absoluta o relativa, produce efectos distintos en el patrimonio del deudor. La primera no lo altera, la otra sí. De allí que comparta que en la modalidad de fingimiento total, el acreedor no deba acreditar ninguno de los presupuestos de viabilidad de la acción pauliana, puesto que se está ejerciendo una pretensión dirigida a dar claridad a la situación actual del patrimonio del deudor y, por lo tanto, no busca la revocación del contrato impugnado.

Empero, la otra forma de ficción negocial no permite llegar a la misma conclusión, puesto que si la legitimación del acreedor en la simulación absoluta surge *por derecho*

propio y ello obedece, se itera, al indiscutible interés que tiene por revelar el *statu quo* de los bienes de su obligado, no ocurre lo mismo cuando el deudor se ha desprendido del bien perseguido, así sea mediante un contrato oculto, en la medida en que ya no pertenece al haber de aquél. Y, en ese evento, por lo menos, debe observarse un perjuicio para el acreedor con el convenio, ya que al reclamar un bien efectivamente transferido conviene ser demostrado que ese pacto fue realizado en perjuicio de la prenda general y que provoca un agravio al crédito insoluto.

Esta perspectiva no es novedosa, puesto que los profesores Ambrosio Colin y Henri Capitant ya la contemplaron, cuando al respecto señalaron:

El acreedor que ejercita la acción de declaración de la simulación no tiene que presentar ninguna de las pruebas exigidas al demandante en la acción Pauliana.

(...) No tiene que probar el perjuicio, por lo tanto no tiene que ocuparse de los otros bienes del deudor. Se le objetará en vano que son suficientes para pagarle. El acreedor tiene siempre el derecho de elegir, entre los bienes de su deudor, el que le place embargar para hacerse pago.

Sin embargo,

[cuando el acto simulado oculta un acto real, por ejemplo, cuando las partes han convenido una donación disfrazada de venta, no basta que los acreedores, para poder embargar la cosa enajenada, demuestre la simulación de la venta; es necesario también que prueben el carácter fraudulento de la donación. Pero entonces caen bajo el imperio del art. 1.167¹. Por esta razón, una sentencia de la Corte de Casación [francesa] (Civ., 7 de febrero de 1872. D.P. 73. I. So, S. 72.1.73) declara que los acreedores del

¹ Se refiere a la disposición que, en Francia, es fundamento de la acción pauliana.

marido posteriores al contrato de matrimonio no pueden impugnar la donación disfrazada hecha en el contrato por el marido a la mujer. (Colin y Capitant. Curso elemental de derecho civil. Tomo Tercero. Madrid, 1924. págs. 101-103).

Adviértase, entonces, que en la simulación relativa las cosas cambian. El acreedor no solo buscará la declaración de certeza del verdadero negocio, pues le es infructífero, sino que, a su vez, propenderá por su revocatoria. Panorama en el que su interés es completamente diferente al de la declaración de simulación absoluta y, por tanto, en ese concreto evento, estará compelido a demostrar que el contrato le irrogó un daño, que su deudor provocó la negociación en fraude de su crédito, así como que la obligación a favor del interesado es anterior a la enajenación.

En suma, la búsqueda por el acreedor de certeza frente a un contrato completamente fingido da por sentada su legitimación. Pero ello no ocurre cuando se propugna por el descubrimiento de un artificio parcial o relativo, como se vio.

3.- Dejo en estos términos expuestas las razones de mi acompañamiento a la ~~decisión tomada~~.

Fecha ut supra.



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado