

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrada Ponente

MARGARITA CABELLO BLANCO

SC11003-2014

Radicación N°. 0526631030012004-00307-01

(Discutido y aprobado en sesión del veinticinco de noviembre de dos mil trece)

Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014).

Se decide el recurso de casación que interpuso LUIS HERNÁN ORTÍZ ATUESTA, frente a la sentencia de 23 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario del recurrente contra CARLOS ANTONIO y OFELIA CORREA VÉLEZ.

ANTECEDENTES

1.- El actor solicitó que se declarara la simulación absoluta del contrato de compraventa de un inmueble situado en el municipio de Itagüí, el cual se encuentra contenido en la Escritura Pública 1308 de 29 de julio de 1999 de la Notaría Quinta de Medellín, con las consecuencias de rigor.

2.- La pretensión se fundamentó en los hechos que en lo pertinente se compendian:

2.1.- El 10 de agosto de 1998, el demandado CARLOS ANTONIO CORREA VÉLEZ, prometió enajenar a JEREMÍAS MONTES GIRALDO, el bien raíz de que se trata, y el 14 de mayo



de 1999, éste cedió al ahora convocante LUIS HERNÁN ORTÍZ ATUESTA, la facultad de contratar.

2.2.- El prometiente vendedor se colocó en imposibilidad jurídica de cumplir, pues transfirió a un tercero, a la codemandada OFELIA CORREA VÉLEZ, a través del negocio jurídico impugnado, el derecho involucrado.

2.3.- En sentencia de 15 de julio de 2003, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, dictada en el proceso ordinario de JEREMÍAS MONTES GIRALDO contra CARLOS ANTONIO CORREA VÉLEZ, declaró el incumplimiento de la promesa de compraventa y condenó a este último a pagar el valor de la cláusula penal, \$10'000.000, y las costas causadas.

2.4.- En la referida actuación, el pretensor MONTES GIRALDO también cedió los derechos litigiosos a LUIS HERNÁN ORTÍZ ATUESTA. Según la providencia citada, el cedente *“sigue fungiendo como demandante”* y el cesionario *“litis consorte”*, dado que el allí emplazado *“no aceptó tener a éste como contraparte”*, aunque las condenas lo fueron en favor de ambos.

2.5.- El *“interés jurídico actual”* del libelista para obtener el *“reintegro patrimonial”* del convocado, es patente, pues persigue *“satisfacer las prestaciones impuestas”* en el fallo de *“resolución contractual”*.

2.6.- La simulación del contrato de compraventa se estructura, porque fue concertado para defraudar los *“intereses”*



del prometiende comprador y del cesionario legal"; los concurrentes son tío y sobrina; el precio estipulado es vil y simbólico; la compradora carecía de capacidad económica; se suscribió poco antes de perfeccionarse la promesa; la posesión del inmueble fue retenida; y el vendedor enajenó parte considerable de su patrimonio a una misma persona.

3.- Los convocados se opusieron a las pretensiones, aduciendo, en lo esencial, falta de legitimación en la causa del demandante para accionar, puesto que además de haber resultado fallida la promesa de compraventa, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, únicamente decretó su resolución y condenó a CARLOS ANTONIO CORREA VÉLEZ, a pagar la cláusula penal, sin que la señora OFELIA CORREA VÉLEZ DE ÁNGEL, tuviera alguna relación contractual con JEREMÍAS MONTES GIRALDO, ni con LUIS HERNÁN ORTIZ ATUESTA.

4.- El Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado, mediante sentencia de 14 de octubre de 2008, negó las pretensiones, al concluir que la *"prueba aportada no fue contundente ni convincente como para lograr desvirtuar la presunción de legalidad"* del contrato de compraventa.

LA SENTENCIA RECURRIDA EN CASACIÓN

1.- El Tribunal, al resolver el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la anterior decisión, consideró que primeramente debía adentrarse a estudiar la legitimación en



causa por activa, como presupuesto para una sentencia favorable, lo cual había sido inadvertido en primera instancia.

2.- Con ese propósito, fundado en la declaración judicial de resolución de la promesa, el *ad-quem* dejó sentado que CARLOS ANTONIO CORREA VÉLEZ se había convertido en deudor de JEREMÍAS MONTES GIRALDO y de LUIS HERNÁN ORTÍZ ATUESTA. Aclaró, sin embargo, que este último, en aquel pleito, tuvo la condición de sucesor procesal y no la de litis consorte necesario, pues si bien el actor le cedió los derechos litigiosos, el demandado no aceptó tenerlo como contraparte.

3.- Luego de identificar que la condición de acreedor la había adquirido el ahora convocante en el 2003, en virtud del fallo que declaró el incumplimiento del prometiente vendedor, y la simulación que pretendía hacía relación a un negocio jurídico celebrado en 1999, el juzgador de segundo grado encontró que aquél carecía de legitimación en la causa para el efecto.

Lo anterior, expresa, en el entendido que la *"prenda general de los acreedores la constituye los bienes presentes y futuros del deudor; es el texto del artículo 2488 del código sustantivo civil colombiano, pero no los pretéritos, por elementales razones de lógica, disciplina inescindiblemente ligada a la creación e interpretación de las normas jurídicas pero, desafortunadamente, desdeñada aún en este milenio"*.

Por esto, agrega, no se puede *"conservar, reconstituir o acrecentar el patrimonio del deudor, con bienes que justamente*



al momento del nacimiento del vínculo obligacional, no hacen parte de su patrimonio. Cómo afirmar que se está realizando un acto en perjuicio de 'un acreedor', que no lo era al momento de la celebración del acto; o que incluso como persona física o moral puede ser desconocido para los contratantes; o peor, sostener que de mala fe, de manera deshonesta, se le quiere vulnerar un derecho que ni ontológica ni jurídicamente existe".

4.- Así las cosas, el Tribunal confirmó, por mayoría, la providencia apelada.

LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO

1.- Denuncia la violación directa de los artículos 1766 y 2488 del Código Civil, por interpretación errónea y por falta de respeto de un precedente judicial.

2.- Sostiene el recurrente que la tesis del sentenciador de grado al exigir la calidad de acreedor, en todo caso antes del contrato simulado, desconoce la jurisprudencia de la Corte, enarbolada alrededor de la primera norma citada como violada, sobre que para el ejercicio de la acción, basta la existencia de un "interés jurídico", concretado en que el demandante, tercero en la relación sustancial, sea titular actual de un derecho, cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible.

Lo anterior, agrega, se presenta en el caso, porque desde cuando adquirió la calidad de cesionario del negocio



preparatorio, el 14 de mayo de 1999, respecto del prometiente comprador, viene ejerciendo su derecho, mientras el negocio atacado es de 29 de julio del mismo año, y la calidad de tercero fue reconocida en la sentencia de resolución de la promesa.

El acto fingido, en consecuencia, añade la censura, le causa un perjuicio, *"habida cuenta que no tiene sobre que (sic.) ejercitar el derecho de crédito obtenido"*.

3.- Por lo mismo, afirma el recurrente, el superior funcional acusado dejó de aplicar el artículo 2488 del Código Civil, que permite reconstruir el patrimonio del deudor, como prenda general de garantía de los acreedores.

4.- Solicita, ante la *"prosperidad del cargo"*, que se *"quiebre la sentencia recurrida"* y se proceda, en sede de instancia, a proferir la de reemplazo.

CONSIDERACIONES

1.- La violación directa de la ley sustancial presupone que el sentenciador apreció en forma correcta la cuestión fáctica y probatoria del proceso, y que, por lo tanto, en ese terreno no incurrió en ninguna equivocación o imprecisión, todo lo cual así debe ser aceptado por la censura. Se trata, entonces, de un problema de subsunción de los hechos debidamente fijados en las hipótesis normativas, en cuanto a su aplicación y alcance.



Como tiene explicado la Corte, por esa vía, el *“único análisis que puede formularse como sustento del cargo ha de limitarse a las normas sustanciales que considere inaplicadas, aplicadas indebidamente o interpretadas en forma equivocada, con absoluta prescindencia de consideraciones que, en tanto discrepantes de la apreciación del juzgador en el campo fáctico, persigan un nuevo examen crítico en este aspecto”*¹.

2.- Con relación a la acción de simulación, cuya naturaleza jurídica es de prevalencia, no ha sido pacífico elucidar quiénes tienen interés para su ejercicio, debido a que un contrato no puede quedar expuesto a que cualquier persona que simplemente conozca de su existencia, pueda, cuando a bien lo tenga, asistirle interés para que refulja la verdad.

La jurisprudencia, sin embargo, tiene decantado el punto, al aceptar que la legitimación para el ejercicio de dicha acción, se encuentra radicada no sólo en cabeza de las partes contratantes, y en sus herederos, según el caso, lo cual es apenas comprensible, sino también en los terceros, pero sólo cuando el negocio fingido les irroga a éstos, al igual que a aquéllos, un perjuicio serio, cierto y actual, porque de aceptarse una total libertad, en lugar de crearse certeza y confianza en el tráfico jurídico, ello generaría caos e inseguridad.

Por esto, la Corporación tiene sentado que la restricción en comentario no cobija a los *“acreedores de quien transfiere el dominio de los bienes que conforman su patrimonio a*

¹ Sentencia de 3 de noviembre de 2011, expediente 00001, reiterando doctrina anterior.



*través de una negociación aparente, en el entendido de que aquellos ostentan interés en la reintegración de dicha universalidad jurídica, que es la 'prenda general' de garantía para el pago de todas sus acreencias, razón por la cual, entre otras facultades, los reviste de legitimidad para solicitar, por vía judicial, que se declare la simulación del contrato así realizado"*².

La pregunta que surge es si el tercero que adquiere un crédito luego del contrato simulado celebrado por el deudor, ostenta legitimación para impugnarlo. Para la Corte, en un comienzo, era indiferente la distinción, puesto que en ningún caso la aceptaba. Sólo a partir del fallo de 30 de agosto de 1924³, la reconoció, siempre y cuando el acreedor que lo hiciera tuviera *"ese carácter cuando nació el acto que se ataca de simulado"*.

Como lo explicitó posteriormente, dando alcance a doctrina sentada en las sentencias de 28 de mayo de 1935 (XLII-25) y de 26 de agosto de 1936 (XLVII-61), entre otras⁴, el ejercicio de la acción de simulación no era irrestricta e ilimitada para cualquier acreedor, sino que se sujetaba, de una parte, a la existencia en cabeza de éste de *"un interés jurídico 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"*.

Y de otra, que ostentara *"ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado"*, pues al *"tenor del artículo*

² Sentencia de 30 de noviembre de 2011, expediente 000229.

³ Sentencia de 30 de agosto de 1924, XXXI-104.

⁴ Sentencia de 10 de agosto de 1943, LVI-38/41.



2488 del Código Civil, los bienes en general del deudor, presentes o futuros, son prenda, o mejor garantía genérica del acreedor. Estos bienes, por lo tanto, garantizan y 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, es claro que no puede existir ni *concilium 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 *concilium* o de ese perjuicio.

“La relación jurídica entre acreedor y deudor debe por lo tanto 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”.

El anterior precedente fue reiterado el 3 de marzo de 1956 (LXXXII-229), inclusive citado recientemente, apoyando la tesis según la cual, en esos términos, los “acreedores están legitimados para iniciar este tipo de acciones cuando su deudor con la apariencia de un acto simulado, altera su patrimonio en desmedro de la garantía general de sus obligaciones”⁵.

En ese orden, surge claro que quien blande el título de acreedor, no cuenta con libertad absoluta para ejercitar la acción de simulación, porque en coherencia con la jurisprudencia, para el

⁵ Sentencia de 14 de octubre de 2010, expediente 00855.



efecto se requiere, además, que esa calidad sea anterior o concomitante al contrato impugnado, pues es apenas natural entender que la prenda general de la garantía del deudor se debe tomar en el estado en que se encuentra.

Desde luego, si 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 raíces o muebles 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 obligarse, es el que al fin de cuentas determina la seguridad del acreedor.

Si bien la Corte, en el último fallo citado, 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 de manera alguna aceptar que el crédito aducido puede ser posterior al acto o contrato acusado de simulado, porque si la prenda general de garantía, en boca del propio legislador, 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.

En otras palabras, el crédito del demandante de la simulación, así no esté documentado o declarado judicialmente, necesariamente debe preceder al acto o contrato simulado,



puesto que se instituye como un requisito para hablar de la garantía. Sin el crédito, de nada sirve la preexistencia, inclusive potencial, de bienes en poder del deudor; por lo mismo, la vida de la prenda general del deudor, se supedita a la existencia de la obligación, al punto que ésta es la que, por lo general, conduce, en detrimento del acreedor, a la simulación.

Si el crédito no ha nacido ni existe al momento del acto fingido, es apenas lógico que no se puede hablar de un perjuicio serio, cierto y actual. El acreedor posterior del negocio simulado, por lo tanto, no puede, escudriñar en el pasado de quien para entonces no era su deudor, de ahí que en protección del principio de seguridad jurídica, la prenda general de garantía, debe recibirla como se encuentra, en el entendido que la conoce y asume sus consecuencias, circunscrita, como ha quedado dicho, a los bienes presentes y futuros. Por esto, como tiene sentado la Corte, *“el soporte legal de la acción [de simulación] se halla en los artículos 2488 y 1766”*⁶, que no exclusivamente en este último.

El soporte esbozado en este proveído en función de la legitimidad que se comenta, es reflejo de la constante y reiterada posición de la Corte alrededor del tema en la última centuria; conceptualización que no, necesariamente, proviene de la fusión de los elementos que estructuran la acción pauliana, la revocatoria o la simulación, pues, sin duda, a esta última no siempre la preceden actos matizados de un evidente propósito dañino o doloso, tampoco son uniformes los motivos que

⁶ Sentencia de 10 de junio de 1992, CCXVI-540, primer semestre.



determinan el proceder de los contratantes alrededor del acto aparente.

A su turno, la exigencia de un crédito preexistente al acto tildado de ficticio, como requisito para validar la acción pertinente (simulación) por parte del acreedor, no es más que la inteligencia encontrada en el artículo 2488 del Código Civil, en cuanto que la garantía con la que se resguarda el derecho que surge de un crédito personal frente al obligado, la constituyen los bienes del deudor '*presentes o futuros*' y, en esa dirección, la potestad de escudriñar el patrimonio de este último por parte de aquel, se reduce, precisamente, a la fortuna actual o que, en el futuro, pueda ingresar a conformar sus haberes. La prerrogativa que engendra la disposición señalada en precedencia, involucra un referente temporal que la propia regla jurídica incorpora y, así, reiterada y constantemente lo ha plasmado la Corte.

3.- Aplicadas las anteriores directrices al caso, pronto se advierte que el Tribunal no incurrió en el error estrictamente jurídico que se le imputa, primero, porque no ha desconocido en el punto ningún precedente de la Corte; y segundo, por cuanto al exigir, para habilitar el estudio de la simulación, la calidad de acreedor del actor, en todo caso anterior al contrato cuestionado, se acompasa con el espíritu de los artículos 1766 y 2488 del Código Civil, justamente los denunciados como violados.

Y en ello el recurrente se muestra de acuerdo, porque sostiene en su acusación la misma tesis planteada por el Tribunal y en los precedentes expuestos en ese proveído, pues reclama



que como acreedor y actual titular de un derecho adquirido mediante cesión de 14 de mayo de 1999, podía reclamar la simulación de un acto celebrado después, el 29 de julio del mismo año. Es decir, acepta que el negocio cuya simulación deprecia es posterior al momento en que se adquiere la calidad de acreedor.

En esa línea, el error del *ad-quem* no pudo ser *juris in judicando*, porque para su estructuración, el recurrente debe aceptar las conclusiones fácticas y probatorias fijadas en la sentencia. En el caso, con independencia del acierto, que conforme a la sentencia de resolución de la promesa de compraventa, el *"ahora demandante es acreedor sólo desde el año de 2003, y pretende que se declare la simulación de un acto celebrado por su deudor el 29 de julio de 1999"*.

Cuando se denuncia la violación de un precepto material, la censura, al decir de la Sala, no debe *"separarse, un ápice siquiera, de la quaestio facti, cual y como fue apreciada por el sentenciador, so pena de resultar inidónea la acusación en caso de que ello ocurra"*⁷, toda vez que, en ese evento, la Corte *"trabaja con los textos legales sustantivos únicamente, y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una u otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos"*⁸.

El problema a elucidar, entonces, es si es correcta la conclusión del Tribunal, según la cual el *"ahora demandante es*

⁷ Sentencia de 10 de octubre de 2006, expediente 26099, reiterando CCXLIII-51.

⁸ Sentencia 040 de 25 de abril de 2000, expediente 5212, reiterando doctrina anterior.



acreedor sólo desde el año de 2003", o si, como lo alega el recurrente, tenía esa calidad desde el 14 de mayo de 1999. La polémica real de fondo, entonces, gira alrededor de determinar el momento a partir del cual el demandante adquirió el título de acreedor, pero como sobre el particular no enarboló ninguna acusación, esto significa que lo así fijado por el *ad-quem* sigue amparado por la presunción de legalidad y acierto, es decir, se mantiene incólume tal postulado.

Esto, desde luego, releva cualquier pesquisa oficiosa de la Corte, dado el carácter estricto y dispositivo del recurso de casación. Y es que ni siquiera es dable interpretar el cargo, porque bajo el supuesto de la comisión de errores de hecho, era indispensable, como requisito de idoneidad formal, no sólo identificar las falencias, sino singularizar los medios probatorios mal apreciados (artículo 374, in fine, del Código de Procedimiento Civil), lo cual no parece cumplido, pues simplemente se evoca, a manera de un alegato de instancia, lo sucedido desde cuando se suscribió la promesa de compraventa.

4.- El cargo, en consecuencia, no se abre paso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 23 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Superior del



Distrito Judicial de Medellín, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por LUIS HERNÁN ORTÍZ ATUESTA contra CARLOS ANTONIO y OFELIA CORREA VÉLEZ.

Las costas corren a cargo del demandante recurrente. En la liquidación respectiva, inclúyase la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000), por concepto de agencias en derecho, teniendo en cuenta que la demanda de casación no fue replicada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase en su oportunidad el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.



MARGARITA CABELLO BLANCO



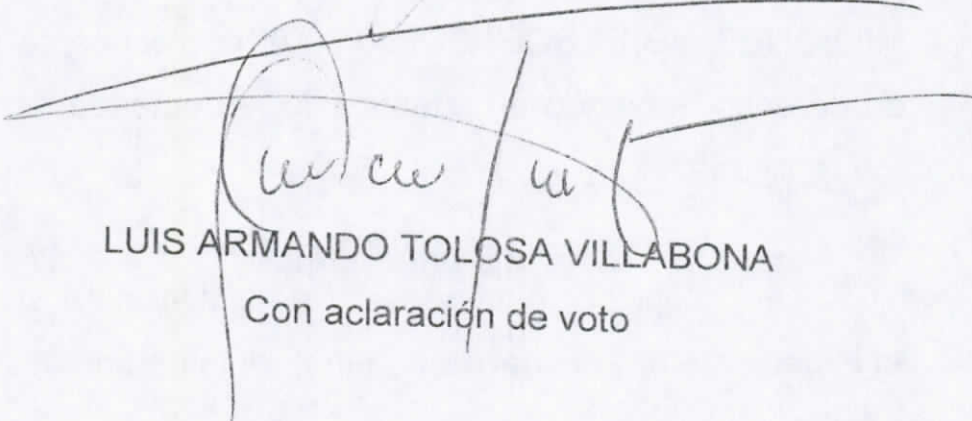
RUTH MARINA DÍAZ RUEDA



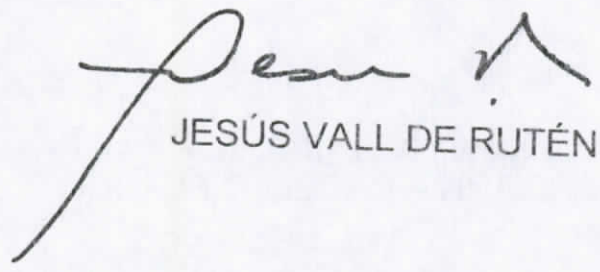
FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Con aclaración de voto



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Con aclaración de voto



JESÚS VALL DE RUTÉN RUÍZ



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 05266-31-03-001-2004-00307-01

Con el acostumbrado respeto por la mayoría de la Sala, enseguida expongo las razones por las cuales aclaro el voto en la presente providencia. Estoy de acuerdo con la parte resolutive por cuanto el cargo no podía prosperar por las evidenciadas falencias técnicas que pone de presente la decisión; empero, disiento de la forma como solucionó el problema jurídico sustancial, tocante con la legitimación de los acreedores posteriores al acto dispositivo que como simulado se demanda. En efecto:

La sentencia se preguntó: “(...) si el tercero que adquiere un crédito luego del contrato simulado celebrado por el deudor, ostenta legitimación para impugnarlo (...)”; empero, al disipar la cuestión, adoptó la tesis negativa.

No hay duda, la legitimación para demandar la simulación por las partes, causahabientes, socios o terceros deviene de la existencia de un interés serio, cierto y actual. Esta premisa es pacífica en la sentencia y en la jurisprudencia de la Sala. No obstante, si ello es así, no hay razón para otorgar al problema jurídico expuesto una respuesta

restrictiva tan categórica como la que dispensa la sentencia para el acreedor que demanda la simulación de un acto con fundamento en un crédito adquirido con posterioridad a la celebración del acto simulado.

La tesis anterior, asentada está, en las providencias del 30 de agosto de 1924, XXXI-104, de 28 de mayo de 1935 (XLII-25), de 26 de agosto de 1936 (XLVII-61), de 10 de agosto de 1943, LVI-38/41, que en principio restringen y limitan el ejercicio de la acción de simulación para la modalidad del acreedor anunciado, en realidad se hallan en un marco teórico jurisprudencial que aún no había decantado la naturaleza jurídica y las diferencias sustanciales de las acciones de simulación y pauliana, porque la una y otra se encaraban indistintamente, ante la carencia de un estatuto jurídico independiente en el Código de Bello¹, para la primera.

No puede olvidarse que la construcción del estatuto doctrinal de la simulación transitó en el ordenamiento colombiano por diversas etapas, hasta tornarse en institución autónoma con una naturaleza definida:

1. Primera fase: Simulación nulidad. Hasta el año 1935 la simulación se concebía en Colombia como una forma de nulidad, porque simplemente correspondía a una causal adicional de invalidez de los actos y negocios jurídicos. El

¹ Es en la sentencia del 27 de julio de 1935, G. J. No. 1.899, de esta Corte, basada en la doctrina francesa, cuando empieza a reconocer viabilidad al artículo 1766, para edificar la acción de simulación, trazando en forma magistral los lineamientos de la nueva doctrina, allí estudia su naturaleza, sus características e importancia.

célebre magistrado, Dr. Tancredo Nannetti, en un fallo del 30 de abril de 1923, expresó que la Corte reconoce: “(...) como causal de nulidad de los contratos la simulación o fingimiento de ellos, aunque no haya disposición que erija la simulación en motivo de nulidad, fundándose en los principios generales del Código Civil, sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez o nulidad cuando faltan todos o algunos de ellos”².

Por causa de esta concepción el problema teórico que enfrenta el fallo de ahora, implícitamente edifica y relaciona impropriamente el *quid* como un asunto del dolo, y directamente como un fraude a los acreedores quienes para legitimarse en la demanda deben contar con un título preexistente al acto impugnado. Nótese, en este nivel, coinciden sin diferencia, tanto el acreedor de la simulación como el de la acción pauliana.

2. Segundo período: Teoría dualista. La simulación como teoría dualista, es concebida desde el derecho francés, formada por dos negocios jurídicos coetáneos: el ostensible y el oculto, cada cual con elementos propios. Las principales providencias de este ciclo van desde 1935 hasta 1968: El 30 de septiembre de 1936 tiene como data la sentencia del magistrado, Antonio Rocha³, abogando por esta conceptualización. Y en la de 24 de octubre de 1936 se expone que la simulación “(...) supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los

² COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 30 de abril de 1923, G.J., T. XXX, p. 14.

³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 30 de sept. De 1936, G. J. T. XLIII, p. 829.

efectos del público, y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación⁴.

3. Tercera etapa: La simulación como unidad o teoría monista desde 1968, hasta la fecha. Rechaza la existencia de dos negocios porque únicamente existe uno, pero el consentimiento está bifurcado en dos manifestaciones de voluntad, una aparente y otra secreta. Es una corriente con fuerte influjo del derecho italiano⁵, que concibe la simulación como un solo acto constituido por dos elementos distintos e independientes, uno de los cuales es secreto, destinado a guardar la realidad del convenio llevado a cabo entre los contratantes; mientras que el otro se extiende externamente para el público y está destinado a producir la ficción o el engaño respecto de terceros. Las partes acuden a un procedimiento anómalo pero tolerado, "(...) creándose así un contraste evidente, no entre dos negocios diversos pero conexos, sino entre dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un solo compuesto negocial, pasos integrantes necesarios de un *iter* dispositivo único aunque complejo"⁶; criterio reiterado luego por la providencia del 30 de agosto de 1968, postulando que: "(...) en la simulación hay entre las partes un acto estructurado en dos declaraciones acordadas por las partes, pero a una de las cuales éstas voluntariamente le restan eficacia en el entendimiento de que, dentro de nuestro ordenamiento

⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 24 de octubre de 1936, G. J., T. XLIV, p. 167.

⁵ Francisco Ferrara, es el más autorizado expositor del pensamiento jurídico italiano sobre la materia, y la define así: "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".

⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 16 de mayo de 1968, Mg. Pon. Dr. Fernando Hinestrosa.

positivo, esa dicotomía, en cuanto ilícita está permitida, y de que, en todo caso, su voluntad real habrá de prevalecer sobre el simple tenor de la declaración aparente”⁷.

Precisamente, la providencia de cuya consideración me separo, anclada en la doctrina de la primera etapa y mezclada con algunos elementos de la segunda, expone:

“El anterior precedente [sentencia 10 de agosto de 1943, LVI-38/41] fue reiterado el 3 de marzo de 1956 (LXXXII-229), inclusive citado recientemente, apoyando la tesis según la cual, en esos términos, los *“acreedores están legitimados para iniciar este tipo de acciones cuando su deudor con la apariencia de un acto simulado, altera su patrimonio en desmedro de la garantía general de sus obligaciones”*⁸.

“En ese orden, surge claro que quien blande el título de acreedor, no cuenta con libertad absoluta para ejercitar la acción de simulación, porque en coherencia con la jurisprudencia, para el efecto se requiere, además, que esa calidad sea anterior o concomitante al contrato impugnado, pues es apenas natural entender que la prenda general de la garantía del deudor se debe tomar en el estado en que se encuentra.

“Desde luego, si 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 raíces o muebles 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 obligarse, es el que al fin de cuentas determina la seguridad del acreedor.

“Si bien la Corte, en el último fallo citado, 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 de manera alguna aceptar que el crédito aducido puede ser posterior al acto o contrato acusado de simulado, porque si la prenda general de garantía, en boca del propio legislador, se integra con los *“bienes...del deudor, sean presentes o*

⁷ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 30 de agosto de 1968, Mg. Pon. Dr. Guillermo Ospina Fernández.

⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 14 de octubre de 2010, expediente 00855.

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.

"En otras palabras, el crédito del demandante de la simulación, así no esté documentado o declarado judicialmente, necesariamente debe preceder al acto o contrato simulado, puesto que se instituye como un requisito para hablar de la garantía. Sin el crédito, de nada sirve la preexistencia, inclusive potencial, de bienes en poder del deudor; por lo mismo, la vida de la prenda general del deudor, se supedita a la existencia de la obligación, al punto que ésta es la que, por lo general, conduce, en detrimento del acreedor, a la simulación.

"Si el crédito no ha nacido ni existe al momento del acto fingido, es apenas lógico que no se puede hablar de un perjuicio serio, cierto y actual. El acreedor posterior del negocio simulado, por lo tanto, no puede, escudriñar en el pasado de quien para entonces no era su deudor, de ahí que en protección del principio de seguridad jurídica, la prenda general de garantía, debe recibirla como se encuentra, en el entendido que la conoce y asume sus consecuencias, circunscrita, como ha quedado dicho, a los bienes presentes y futuros. Por esto, como tiene sentado la Corte, *"el soporte legal de la acción [de simulación] se halla en los artículos 2488 y 1766"*⁹, que no exclusivamente en este último".

El interés jurídico, según su etimología, proviene de *interesse*, es decir, importar, estar entre; tener tendencia o afinidad hacia, el provecho, la utilidad, ventajas¹⁰; por tanto, es una categoría dinámica, no estática, que desde el punto de vista jurídico es el objetivo específico, económico o no, perseguido por el titular de una relación jurídica, tendiente a; y que se materializa en el beneficio que le pueda deparar una sentencia.

La acción de simulación simplemente demanda la existencia de un interés jurídico actual, vigente al momento de

⁹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 10 de junio de 1992, CCXVI-540, primer semestre.

¹⁰ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 edición. Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 835.

promocionarla¹¹, interés que en verdad es de carácter económico derivado de la afección que genere, irroque o pueda causar un contrato o acto simulado. Este interés, debe verse o determinarse en relación con el beneficio, el provecho o la utilidad que le puede acarrear o propiciar la sentencia favorable a las pretensiones del actor, de tal forma que si el mismo existe al momento de promover el juicio, sea que los créditos hayan sido anteriores, coetáneos o posteriores al acto tachado de simulado, pero vigentes y existentes al momento de presentar el libelo respectivo, independientemente de la época de su gestación, sin reticencias, el acreedor, legitimado está para enarbolar la acción de prevalencia.

En estas condiciones, negar al acreedor su derecho a demandar la simulación, cuando ostenta un crédito de ese talante, constituye un yerro jurídico evidente, consistente en confundir las reglas 2491 y 1766 del C.C., la primera orientada a proteger el crédito mediante la acción pauliana; y la segunda, a preservar la seriedad de los negocios con la de prevalencia; es asimilar entonces, en forma indiferenciada las dos figuras, las cuales itérase, son por entero diferentes y constituidas por presupuestos, asimismo, distintos.

¹¹ La tesis de la legitimación del acreedor derivada exclusivamente de la vigencia del crédito para cuando se promociona la demanda de simulación por parte del acreedor fue plasmada también en el fallo del 2 de agosto de 2013, en el expediente 2003-00168-01, cuando expresó: "(...) en cuanto a la "legitimación del acreedor" para demandar la simulación frente a determinado acto o contrato, deriva de la existencia o vigencia del crédito para cuando se promueva la acción y el interés jurídico se lo otorga el perjuicio cierto y actual irrogado por el "acuerdo simulado", ya sea porque le imposibilite u obstaculice la satisfacción total o parcial de la obligación, o por la disminución o el desmejoramiento de los activos patrimoniales del deudor". Este precedente debió ser encarado críticamente desde la postura mayoritaria para repeler su eficacia en el caso concreto.

Si la regla 2488 del C.C.C es resorte axiológico de la acción de simulación tratándose de acreedores en procura de proteger el crédito y el patrimonio del deudor, ninguna razón tiene autorizarla en forma autónoma para los terceros, en *pro* del mismo objetivo de la pauliana, por sustracción de materia. Claro, si esencialmente para demandar la simulación de un acto, al acreedor se le exige ostentar un crédito anterior o simultáneo al acto que se demanda como simulado, de la misma forma que, cuando se acude a la acción revocatoria.

Ciertamente, de conformidad con el art. 2488 del Código Civil, los bienes del deudor, presentes o futuros, son prenda, o mejor garantía genérica del acreedor, y su calidad jurídica debe existir en el momento cuando el deudor ejecuta un acto fraudulento o doloso para inferir la existencia de *concilium fraudis* y del *eventus damni*, pero como requisitos para la acción pauliana, más no para el caso de la simulación.

Ostentar título que preceda al negocio jurídico enjuiciado o *concomitante al contrato impugnado* no es requisito de la acción de simulación, por cuanto según la doctrina vigente, en el actor surge interés cuando actualmente sea *titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y ese acto le cause un perjuicio*, sin importar que sea posterior al acto o contrato acusado de simulado.

El vocablo simulación deriva de la palabra latina “*simulare*”, que dice fingir o hacer real lo que en verdad 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 una discrepancia intencional entre la declaración de voluntad externa y la interna, dirigida a producir un aparente convenio. A través de ella se disfraza una relación de derecho totalmente inexistente o se muestra una con matices diferentes, a la par que se oculta la realidad jurídica; en fin, supone la realización de 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* (...)”¹².

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*”¹³; 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*”¹⁴.

¹² FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, páginas 53-55.

¹³ Ob. cit., página 56.

¹⁴ PLANIOL Y RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 6, número 33.

Como en su momento lo expresó la Sala, la simulación "(...) 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. (...)”¹⁵.

Requiere para su configuración, de un acuerdo entre los contratantes, de una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con el querer interno de ellos y con la finalidad de engañar a terceras personas, mostrando un convenio falso en tanto realmente no tuvo suceso o fue verificado en forma distinta de como aparece ostensible. De tal forma que el fraude no es requisito esencial de la *simulatio*, sino los móviles con los que se ejecute o la finalidad que se persiga, lo que moralmente la califica.

A este respecto la Corte ha recalcado que “[...] quien la promueve –dice Ferrara–, no necesita demostrar que la simulación fue fraudulenta, ya que la acción sería admisible aunque aquélla 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

¹⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil, G. J., t. XLIX, página 71.

*que ni ha sufrido por ellos perjuicio alguno ni debe sufrirlo (...)*¹⁶.

El propósito de la acción de simulación es principalmente resolver ese estado de anomalía jurídica y descubrir el contenido real de la relación contaminada por la apariencia. Si se trata de la absoluta, para que se devede la ficción y se descubra que apenas es una pura irrealdad, y, si de la relativa, para que se reconozca lo verdaderamente convenido; con otras palabras, su finalidad es desenterrar el auténtico sentido de la voluntad de las partes, no el reconocimiento de la ineficacia de una cualquiera relación. Por tanto, **el objeto** de este instrumento jurídico es, puntualmente, poner luz en el terreno oscurecido por la apariencia en orden a rescatar el real alcance de la voluntad; se trata, ante todo, de una acción de constatación en cuanto se propone simplemente revelar o escrutar la legítima realidad de las cosas, y no, ni más faltaba, destruir, modificar o alterar una situación jurídica.

Es patente entonces, el objeto de esta herramienta jurídica no es otro que hacer prevalecer los efectos de un contrato oculto sobre los del ostensible, y tal característica de prevalencia es lo que en puridad la distingue. Se propone constatar la veracidad de la declaración de voluntad frente a un acto aparente, no querido por las partes, y esa labor de confirmación no tiene ni siquiera virtualidad creadora o destructora de algún vínculo contractual; simplemente verifica lo realmente

¹⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil, G. J., t. LXXVII, página 793.

sucedido, razón por la cual es una acción declarativa, para hacer que produzca sus efectos normales. Por esta razón la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia¹⁸ confieren a la simulación la característica de “*unidad*”¹⁹.

4. Es incontrovertible que, atendida la naturaleza jurídica de la acción de simulación, el *consilium fraudis*, el *eventus damni*, la anterioridad del crédito y la previa excusión o descarte patrimonial del deudor no son indispensables para promoverla. Pese a ello, y dejando de lado los fundamentos deducidos de la naturaleza de la acción, para la Sala son 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 que guían el reconocimiento de la acción a favor de los acreedores. En la cuestión, en verdad extravió el norte actual, claramente admitido, no solo por la propia Corporación en épocas recientes, sino por la doctrina general.

El interés jurídico del acreedor se halla representado en la necesidad de defender la prenda común que puede ser menoscabada por conductas del deudor en connivencia con terceros, sea mediante actos reales o ficticios, pudiendo ejercitar, respecto de los primeros, la acción pauliana y, con relación a los últimos, la de simulación, puesto que la celebración de actos ficticios crea

¹⁷ FERRARA, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, página 53 a 55.

¹⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil, G. J., ts. XLII, páginas 336-337, y LXXVII, páginas 792-795.

¹⁹ FERRARA, Francisco. *Ibidem*.

una situación de verdadero peligro capaz de comprometer el derecho del *accipiens* en forma irreparable.

El interés envuelto en verdad no se relaciona con el mejoramiento de la prenda común, con su aumento ni con la cuantía del perjuicio sufrido por el acreedor, como la Sala lo quiere entender, puesto que el de las partes y el de los terceros, **atendido el objeto y conocida la esencia y naturaleza de la acción en rigor**, emerge de la necesidad en que se encuentra el tercero de verificar la situación real, que se dilucide el estado de indefinición ocasionado por el acto ficticio, para dejar en claro que el respectivo y aparente negocio no se realizó y que, por ende, los bienes afectos a él no salieron del patrimonio del deudor, motivo por el cual ostentan, contratantes y terceros, plena legitimación para ejercer respecto del acto vinculado el instrumento judicial simulatorio. Al despejarse el nubarrón causado por el acto aparente, el acreedor podrá conocer, a ciencia cierta, la verdadera dimensión del patrimonio de su deudor, el cual, como lo expresa el artículo 2488 del Código Civil constituye la prenda que le posibilitará la solución de su crédito.

Como el objeto de la acción de simulación no es destruir un acto seriamente concluido, cual ocurre en la pauliana, sino constatar la inexistencia de uno jamás celebrado, carece de toda razón exigir la demostración del *concilium fraudis*, del *eventus damni*, de la anterioridad del crédito, pues la presencia o ausencia del fraude carece de toda influencia de cara a un negocio jurídico no celebrado realmente. La anterioridad o posterioridad del crédito

ningún papel desempeña en el ejercicio de la acción, de donde, entre unos y otros de los acreedores, no cabe hacer distinción en cuanto a los bienes del deudor, todos los cuales en conjunto, según la norma citada, “(...) *presentes o futuros (...)*”, constituyen para ellos la prenda común al momento de accionar.

De admitirse la tesis propuesta por la mayoría, habría que afirmar que el patrimonio del deudor se divide atendiendo a la calenda de los créditos, de tal manera que a partir de una determinada fecha responderían unos bienes y otros no; ello llevaría a sostener que el principio general inmerso en aquel precepto no sería lo que él expresa, lo cual es a todas luces ilógico, amén de que lo contraría. Con la acción la prenda general simplemente se actualiza y nada más.

Dista mucho de la realidad pregonar que un acreedor posterior al negocio simulado carece de acción para demandar la simulación de un acto anterior, ya que con ella, a diferencia de lo que ocurre con la revocatoria, no se busca destruir un contrato verdadero, aunque fraudulento, celebrado por el deudor, sino constatar que el aparentado no existió jamás y, consiguientemente, que los bienes involucrados siempre fueron del patrimonio del deudor, razón por la cual pueden responder por la satisfacción del crédito, puesto que en términos de aquella normativa “(...) *todos los bienes del deudor raíces o muebles, presentes o futuros(...)*” constituyen la prenda común de los acreedores.

En este sentido la doctrina enfatiza cómo:

"[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"²⁰.

El autor citado, Héctor Cámara, criticando la ambivalencia de la posición asumida por la jurisprudencia argentina, no sin antes señalar que el fundamento era, por un lado, el artículo 1047 del Código Civil, en cuanto exigía para alegar la nulidad de un acto jurídico un interés existente *"(...) en el momento de la celebración del acto simulado"* y, por el 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 (...):

"[a]mbos 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 persona toma a su deudor con su patrimonio y responsabilidad actual, es que tiene siempre el derecho de hacer constatar su verdadera existencia, y por consiguiente, de

²⁰ CÁMARA, Héctor. *Simulación en los Actos Jurídicos*, 2ª edición. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, pp. 364-365.

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'"²¹.

5. La jurisprudencia de esta Sala ha venido diferenciando las dos acciones:

"(...) se observa que 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,

²¹ *Ibidem*, páginas 365-366.

según que el acto sea oneroso o gratuito (artículo 249 del C. C., numerales 1° y 2°), 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, y 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”²².

Ahora, si el acto demandado en simulación no existe, exigir que el crédito sea anterior o concomitante al mismo, carece de fundamento, porque ese es requisito esencial de las acciones revocatorias en contra de negocios jurídicos reales, pero no entre la que simplemente se propone levantar el velo con el cual se ha cubierto la realidad.

El interés que a los acreedores se les reconoce en la simulación lo es por derecho propio, y el hecho de que ellos tengan a la mano otros instrumentos, como la acción pauliana, no es razón suficiente para desconocerles la facultad que tienen para promover la de prevalencia y obtener un pronunciamiento material, por cuanto los presupuestos que contempla aquélla no son los mismos reclamados para ésta, pues mientras en el ejercicio de la primera es necesario que se establezca un estado de cesión

²² COLOMBIA, CSJ. Civil, G. J., t. LXIV, páginas 441-442.

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

6. La doctrina no ha sido ajena al problema planteado. Francisco Ferrara, como ya se expresó, legitima a los acreedores anteriores y posteriores al acto impugnado para demandar la simulación:

*"Cuando se impugna la acción de simulación, si el acto es fingido y, por tanto, continua siendo el deudor dueño de los bienes enajenados, todos los acreedores, anteriores y posteriores, tienen interés en aclarar la verdadera situación patrimonial del deudor. Mientras en la acción pauliana la impugnación compete solo a los acreedores, en la simulación la impugnación compete a todo tercero que tenga interés en hacer desaparecer la ficción, bien sea un adquirente, un arrendatario, un cesionario, etc., y también a los mismos simulantes, en tanto resultaría ridículo en un deudor el intento de hacer revocar el acto fraudulento."*²³

DIEZ DUARTE, al estudiar en el derecho chileno la simulación del contrato, sostiene:

"Mientras la acción pauliana no puede ser ejercitada sino por los acreedores anteriores del acto fraudulento, que son lo que ese acto perjudica, la acción de simulación pertenece a todos los acreedores sin distinción, pues desde que el acto de transferencia es simulado y el bien que ha sido objeto de este acto dependía del patrimonio del deudor

²³ FERRARA, francisco. *Simulación de los negocios jurídicos*. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1960. Vol. I. P 440. 462

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.”²⁴

MOSSET ITURRASPE, en su obra, *Contratos simulados y fraudulentos*, reivindica que es indiferente la situación temporal de los acreedores para blandir la acción, sean anteriores o posteriores:

“Es corriente la afirmación en el sentido que, a diferencia de lo que acontece con la acción revocatoria -que en principio solo puede ser ejercida por los 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 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”²⁵.

En el derecho chileno, el gran tratadista Luis Claro Solar, expresa:

²⁴ DIEZ DUARTE, Raúl. *La simulación de contrato en el código civil chileno*. Teoría jurídica y práctica forense. Santiago: Imprenta Chile, 1957. P 149. 175

²⁵ MOSSET ITURRASPE. Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni editores, 2001. Tomo I. P 261-262. 374.

“En la acción pauliana el acto atacado existe realmente; mientras que el acto contra el cual se dirige la acción de simulación no existe más que en apariencia. De esta diferencia resulta que la acción pauliana tiene por fin reintegrar en la prenda general de los acreedores lo que de ella había salido por el efecto del acto fraudulento; y la acción de simulación tiene por objeto demostrar que en razón del carácter puramente ficticio de cierto acto, un bien que parece haber salido de esta prenda común, no ha dejado de formar parte de ella.

“Por lo mismo, mientras la acción pauliana no puede ser ejercitada sino por los acreedores anteriores al acto fraudulento, que son los que ese acto perjudica, la acción de simulación pertenece a todos, los acreedores sin distinción, pues desde que el acto de transferencia es simulado y el bien que ha sido objeto de este acto dependía del patrimonio del deudor en el momento de nacer su crédito y forma, por lo mismo, como los otros bienes del deudor, la prenda o garantía de los acreedores, pueden los nuevos acreedores hacer valer sobre ese bien los derechos que la ley les reconoce a todos los bienes del deudor; y tienen interés en que se declare que no ha salido del patrimonio por ese acto inexistente o simulado.

“En segundo lugar, en la acción pauliana los acreedores demandantes deben probar que el acto atacado ha determinado o aumentado la insolvencia del deudor, y sin esta prueba no podrían obtener que el acto fraudulento fuera revocado; mientras que los acreedores que intentan la acción de simulación no tienen que rendir tal prueba, puesto que lo único que piden es que se precise la verdadera consistencia de la prenda común de los acreedores”²⁶.

Posteriormente, acudiendo al derecho francés, razona el mismo doctrinante:

²⁶CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1979. Tomo décimo. P. 648-649. 811

“Según otra teoría, acogida también en fallos judiciales, la acción de simulación sería solamente una variedad de acción pauliana. Demolombe dice que: “de la disposición de la ley que da derecho a los acreedores para pedir la revocación de los actos fraudulentos de su deudor, nacen dos acciones: la acción pauliana propiamente dicha y la acción para la declaración de simulación. Según Demolombe, “los acreedores que quieran hacer declarar simulado un acto o contrato del deudor pueden obrar, con arreglo al art. 1166 entablando la acción del deudor o con arreglo al art. 1167. En este segundo caso, se trataría, por lo tanto, de una acción pauliana anómala en la cual no habría que atenerse a las reglas generales en lo que concierne a la prueba de la insolvencia y del fraude.

“Pero, como observan Baudry- Lacantinérie y Barde, la acción de declaración de simulación tiene un fundamento propio: ella se desprende claramente de las disposiciones legales, según las cuales todos los bienes de una persona, muebles o inmuebles, presentes o futuros, salvo los no embargables, pueden ser perseguidos por los acreedores para pagarse de sus créditos; y al hablar de todos los bienes, se comprenden naturalmente los que han sido objeto de actos simulados, desde que no han dejado de pertenecer al deudor. Este derecho es un derecho personal, propio de los acreedores que pueden hacer valer como tal a su propio nombre”²⁷.

Marcel Planiol y Ripert, sin reticencias de ninguna clase, autorizan a los acreedores posteriores a la enajenación para ejercer la acción de simulación:

“Todos los acreedores aun cuando sean posteriores a la enajenación simulada, tienen el derecho de ofrecer la prueba de su carácter ficticio. Esta es la consecuencia de la misma idea: el acreedor, simplemente afirma que su deudor es propietario del bien por él señalado; es indiferente, por consiguiente, que la enajenación ficticia sea anterior a

²⁷ *Ibidem*, páginas 651-811.

su crédito" (3), porque el bien "en realidad no ha sido enajenado y que pertenece todavía a su deudor" (2)²⁸.

José Puig Brutau, en su obra, *Fundamentos de derecho civil*, aludiendo a la cuestión expone:

"El fundamento de la acción de simulación, dice LUNA, repercute sobre la amplitud de la legitimación activa para su ejercicio, en el sentido de que han de poder ejercitarla todos los que tengan interés en hacer desaparecer la apariencia creada con la simulación. Están legitimados activamente, los mismos contratantes que la han causado y sus herederos, pero además, todos los afectados por ella; es decir, los que sufren un perjuicio o dejan de tener un beneficio conforme a un derecho ya adquirido. La simulación no ha de servir para burlar los derechos de legitimarios y acreedores, titulares de derechos de retracto, etc., y por ello han de estar activamente legitimados para el ejercicio de esta acción. Los mismos contratantes que han creado la apariencia pueden destruirla, sin que pueda oponerse que van contra sus propios actos porque solo pretenden que prevalezca lo que quisieron en realidad como declaro la sentencia de 31 de mayo 1963"²⁹.

7. La providencia, entonces, debió legitimar la acción del acreedor cuyo crédito nace con posterioridad al acto dispositivo simulado, para luego sí plantearse como problema real a cuál grupo de acreedores posteriores al acto simulado debe protegerse, si a los del simulador enajenante o a los del simulador adquirente cuando los intereses de estos entran en conflicto. En casos, de este talante, es indiscutido, debe protegerse a los acreedores de buena fe del adquirente cuando contratan en atención a la novel

²⁸ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo séptimo, las obligaciones, segunda parte. Habana: cultural, 1936. P 265.

²⁹ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil*. Segunda edición, Barcelona: Bosch, casa editorial, 1978. Tomo II, Vol. I. P.495-496. 567.

situación patrimonial del adquirente, quienes por tanto, estarán interesados en sostener la inoponibilidad del acto simulador:

“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 a ellos es equitativo no distinguir entre los acreedores del adquirente, interesados en la no oponibilidad del negocio simulado. Pero la solución debe ser diferente cuando contempla a los acreedores del adquirente, interesados en la no oponibilidad del negocio simulado, en mantener la adquisición aparente que aumenta la responsabilidad de su deudor. La protección debe dispensarse a los terceros acreedores de buena fe que confiaron en el acto aparente, vale decir a los acreedores posteriores al negocio simulado, que contrataron en atención a la situación patrimonial que se desprendía del mismo; pero no media interés en alegar la inoponibilidad de la simulación respecto de los acreedores de fecha anterior al negocio simulado, que no pudieron tener en cuenta una apariencia posterior al origen del crédito, que no pueden alegar perjuicio alguno en apoyo de sus pretensiones y, por tanto, carecen de un interés legítimo para accionar.”³⁰

8. En síntesis, no hay duda, la acción pauliana o las acciones revocatorias, únicamente pueden ser intentadas por los acreedores de fecha anterior al acto; mientras que la acción de simulación puede ser empuñada por los anteriores, concomitantes o posteriores al negocio jurídico demandado, porque no se trata de reconstruir el patrimonio ni de impugnar actos reales, sino de comprobar el carácter ficticio, velado, apócrifo o irreal de los mismos.

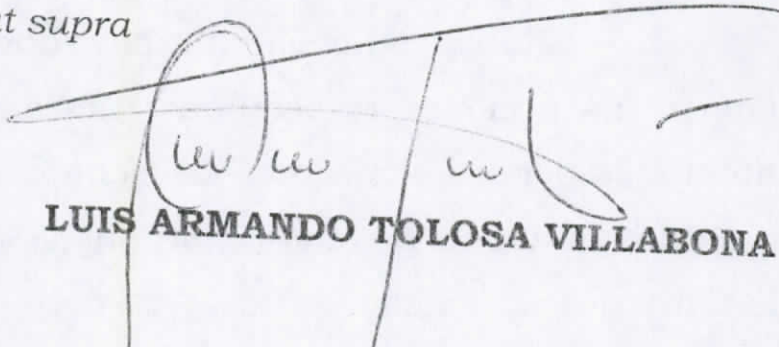
9. Por tanto, la posición de la que me separo, cuando reclama como presupuesto para legitimar a un acreedor en la acción de prevalencia “(...) que ostent[e]

³⁰ MOSSET ITURRASPE. Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni editores, 2001. Tomo I. P 261-262. 374.

'ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado(...)'", por cuanto "(...) si no existe un acreedor, en el momento en que el deudor ejecuta un acto fraudulento, doloso o simulado, es claro que no puede existir (...) ni perjuicio", y que del mismo modo exige la preexistencia del tercero "(...) que pudiera ser víctima de ese concilium o de ese perjuicio", ignora la esencia, el objeto y la naturaleza de la simulación, y la confunde con la acción revocatoria, identificando equívocamente algunos de sus presupuestos indistintamente. Connoté, con apoyo en la jurisprudencia y en la doctrina más autorizada, que aunque pudieran confundirse sus elementos, lo cierto es que son diversos, y mucho más en presencia del interés para legitimar en la causa a un acreedor.

Dejo así aclarado mi voto.

Fecha ut supra



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

1. Aunque comparto la decisión que adoptó la Sala, toda vez que los reproches que se hicieron a la sentencia proferida por el Tribunal no fueron suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que la cobija, me permito disentir de un punto en concreto que -en mi criterio- debió tener un tratamiento distinto, concerniente a la legitimación del actor para deducir la acción de simulación.

En la resolución del único cargo que planteó el censor, se afirmó que el acreedor *"no cuenta con libertad absoluta para ejercitar la acción de simulación, porque en coherencia con la jurisprudencia, para el efecto se requiere, además, que esa calidad sea anterior o concomitante al contrato impugnado, pues es apenas natural entender que la prenda general de la garantía del deudor se debe tomar en el estado que se encuentra"*.
[Folio 10]

2. La anterior argumentación, sin embargo, no es del todo exacta en el contexto jurídico actual, 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.

Es cierto que en algunas sentencias que se trajeron como citas jurisprudenciales se afirmó que *"el acreedor que ejercita la acción de simulación debe tener ese carácter cuando nació el acto que se ataca de simulado"* (CSJ SC de 10 de agosto de 1943, reiterada en SC 018 de 3 de marzo de 1956). Mas tal concepción sólo pudo tener acogida en un momento histórico en que la jurisprudencia nacional no había elaborado con precisión los contornos 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." (SC 28 de febrero de 1979)

En el estado actual de la jurisprudencia, no cabe duda 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, serio y actual 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 esa forma de la acción revocatoria–, sino la 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. (Ver CSJ SC, Sentencia de 16 de mayo de 1968, reiterada en SC de 30 de agosto de 1968 y posteriores)

FRANCESCO FERRARA, quien es de una de las autoridades más insignes y respetadas en este tema, impulsor de la teoría monista de la simulación, lo expresó con total claridad, en los siguientes términos:

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 para interponer una demanda en juicio es indispensable que exista un interés... (La simulación de los negocios jurídicos. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. P. 409)

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... (Contratos Simulados y Fraudulentos. t. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2001. P. 261)

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. 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**. (Doctrina general del contrato. t. II. Buenos Aires: Ejea, 1986. P. 46)*

3. Es cierto que el contrato 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 tiene 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...»* (SC de 5 de septiembre de 2001. Exp. 5868)

Ostentan la calidad de terceros y, como tales, extraños pero interesados en los efectos de la simulación: el subadquirente o causahabiente de uno de los que participaron en el contrato simulado, es decir quien adquiere un derecho (por lo general, real) de uno de los participantes en la simulación; el acreedor de uno de los participantes en el contrato simulado; y todos los otros terceros que por el contrato simulado resulten perjudicados en su derecho (legitimarios, coherederos, cónyuges, etc.).

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, en cuyo caso 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.». (Doctrina general del contrato. t. II. p. 45)

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 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.

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. En consecuencia, las sentencias citadas por la Sala como referencias jurisprudenciales, no alcanzan a tener el valor de precedente obligatorio frente al caso que se analiza, porque el

contexto hermenéutico del instituto de la simulación actualmente es muy distinto al que imperaba en el momento en que aquellas providencias fueron proferidas.

Es más, el fragmento que se citó como *reciente reiteración de doctrina* solo afirma que «los acreedores están legitimados para iniciar este tipo de acciones cuando su deudor con la apariencia de un acto simulado, altera su patrimonio en desmedro de la garantía general de sus obligaciones». [Folio 38] Pero esta referencia no afirma nada respecto de la preexistencia del crédito como requisito para la legitimación de la acción de simulación.

De los Señores Magistrados, con todo respeto,



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado