

“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.

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 (...)*”¹.

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*”²; 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*”³.

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 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.

¹ Ferrara, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, págs. 53-55.

² *Ob. Cit.*, pág. 56.

³ Planiol y Ripert. *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 6, número 33.

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. (...)”⁴.

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.

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, “(...) [q]uien 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 (...)”⁵.

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 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, recorriendo 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

⁴ CSJ SC. Sentencia del 15 de febrero de 1940, SC, G. J., t. XLIX, pág. 71, Mg. Pon Liborio Escallón.

⁵ CSJ SC. Sentencia del 8 de junio de 1954, SC, G. J., t. LXXVII, págs. 793 (787-805); Mag. Pon. Alfonso Márquez Paéz.

virtualidad creadora o destructora de algún vínculo contractual, en tanto, solo verifica la real manifestación de voluntad.

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 repercute 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*”⁶, 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”*⁷.

Por consiguiente, mientras el objeto de la simulación se dirige a descubrir el contenido de la voluntad realmente concertada para hacer que produzca sus efectos normales, la doctrina⁸ y la jurisprudencia⁹ le confieren a la simulación la característica de “*unidad*”¹⁰.

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*”¹¹.

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*

⁶ Guerrero, Mario. *La simulación en el derecho civil colombiano*, Editorial Máxima, Bogotá, 1957, págs. 221-222.

⁷ CSJ SC. Sentencia del 8 de junio de 1954. SC, G. J., tomo LXXVII, págs. 793, (787-805) MP: Alfonso Márquez Páez.

⁸ Ferrara, Francisco. *La simulación de los negocios jurídicos*, pág. 53 a 55.

⁹ CSJ SC. Sentencia del 27 de julio de 1935, SC, G. J., tomos XLII, págs. 336-337, Mg. Pon. Juan Francisco Mujica, y Sent. del 8 de junio de 1954, LXXVII, págs. 792-795 Mg. Alfonso Márquez Páez.

¹⁰ Ferrara, Francisco. *Ibidem*.

¹¹ CSJ SC. Sentencia del 30 de septiembre de 1936, SC, G. J., tomo XLIII, pág. 830; Mg. Antonio Rocha.

*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. (...)*¹².

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 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’”¹³.

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

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

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 1935¹⁴, 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 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;

¹² CSJ SC. Sentencia del 28 de febrero de 1955, SC, G. J., tomo LXXIX, pág. 526, MP: Manuel Barrera Parra.

¹³ CSJ SC. Sentencia del 8 de junio de 1954, SC, G. J., tomo LXXVII, págs. 793-794, MP: Alfonso Márquez Páez.

¹⁴ CSJ SC sentencia de 28 de mayo de 1935. Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XLII N° 1897, págs. 24-27 MP: Ricardo Hinestrosa Daza

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”¹⁵ -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 solo aparentemente declarada (...)”¹⁶.

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

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)¹⁷, 15 de febrero de 1940 (G. J. XLIX, 1953)¹⁸, 27 de junio de 1941 (G. J. LI, 1973)¹⁹, 17 de septiembre de 1941²⁰, 10 de agosto de 1943 (G.J. LVI)²¹ y 17 de septiembre de 1944, y últimamente, con aclaraciones de voto, en el fallo de 20 de agosto de 2014.

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

¹⁵ CSJ SC. Sentencia del 28 de mayo de 1935, SC, G. J., tomo XLII, pág. 25.

¹⁶ CSJ SC. Sentencia del 25 de junio de 1937, SC, G. J., tomo XLV, pág. 257.

¹⁷ CSJ SC sentencia de 26 de agosto de 1938. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XLVII, págs. 90-91. MP: Hernán Salamanca.

¹⁸ CSJ SC sentencia de 15 de febrero de 1940. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XLIX págs. 94-104 MP: Hernán Salamanca.

¹⁹ CSJ SC sentencia de 27 de junio de 1941. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XI, págs. 600-605 MP: Liborio Escallón.

²⁰ CSJ SC sentencia de 17 de septiembre de 1941. Publicada en Gaceta Judicial Tomo XII págs. 384-390 MP: Jose Miguel Arango.

²¹ CSJ SC sentencia de 10 de agosto de 1943. Publicada en Gaceta Judicial Tomo LVI, págs. 38- 43 MP: Liborio Escallón

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”²².

La Sala, en la doctrina así sentada, finalmente, subordinó la legitimación del acreedor al ejercer la simulación a determinadas condiciones que, aunque diferenciándolas de la pauliana en algunos aspectos, la desvirtuaba y la confundía con esta.

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 ora 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 *ibídem*, 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

²² CSJ SC. Sentencia del 10 de agosto de 1943, SC, G. J., tomo LVI, págs. 40-42, Mg. Pon. Liborio Escallón.

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.

Disto 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»²³.

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 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 solo 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 (...).

²³ Cámara, Héctor. Simulación en los Actos Jurídicos, 2ª edición, Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1958, págs. 364-365.

«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”»²⁴.

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

«(...) 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 solo 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 solo 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”²⁵.

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 aquella no son los mismos reclamados para esta.

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.

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

²⁴ *Ibidem*, págs. 365-366.

²⁵ CSJ SC. Sentencia del 10 de junio de 1948 SC, G. J., tomo LXIV, págs. 441-442, Mg. Pon. Álvaro Leal Morales.

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 (...)”²⁶. Si se exigiese la precedencia del crédito, dicha acción devendría inocua y carente de objeto, confundiendo 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 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”²⁷.

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 (...)”²⁸. 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”²⁹.

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 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”³⁰.

(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia: SC-5191 del 18 de diciembre de 2020, Referencia: Rad. 47001-31-03-005-2008-00001-01).

²⁶ PlanioL, Marcelo y Ripert, Jorge. *tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo séptimo, las obligaciones, segunda parte. Habana: cultural, 1936. pág. 265.

²⁷ Diez Duarte, Raúl. *La simulación de contrato en el código civil chileno*. Teoría jurídica y práctica forense. Santiago: Imprenta chile, 1957. pág. 149.

²⁸ Ferrara, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. pág. 409.

²⁹ Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. t. II. Buenos Aires: Ejea, 1986. pág. 46.

³⁰ 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.