

HACIA UNA PROTECCIÓN MEREcida: LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN Y LA TUTELA A LA BUENA FE DEL ACREEDOR CONDICIONAL

SEBASTIÁN ESCOBAR TORRES *

JUAN DIEGO MOJICA RESTREPO**

“Plus valere quod agiturquam quod simulate concipitur”¹.

RESUMEN

La presente labor investigativa tiene como propósito fundamental efectuar una revisión crítica a una de las instituciones más controversiales dentro de la órbita del estudio y la práctica del derecho privado, a saber, la simulación de los negocios jurídicos. De esta forma se estudiarán sus generalidades y con ello se ahondará en el aspecto adjetivo referente a la legitimación en la causa para impugnar los actos que adolecen de esta particular cualidad, revisando qué sujetos se encuentran facultados para ejercer la acción de simulación.

Con esta revisión se identificará que el acreedor condicional no cuenta con medio alguno de defensa judicial frente a los actos simulados que su eventual deudor efectúe en detrimento suyo y de su inminente vínculo jurídico y por ello, se propondrá en las

Fecha de recepción: 5 septiembre de 2013
Fecha de aceptación: 10 de noviembre de 2013

* Estudiante de VI semestre de derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: sescobar@vsmlegal.com

** Estudiante de IX semestre de derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: judimore87@hotmail.com

1 “In contracts, the truth of the facts should be considered more potent than the writing itself.”

siguientes líneas una defensa jurídica con miras a abrir el debate sobre la posible inclusión de este sujeto dentro del grupo de agentes legitimados para incoar la acción de simulación, protegiendo su buena fe y la legítima expectativa que tiene de consolidar un derecho de crédito, que bien puede ser menoscabado si no se le otorga tal amparo.

Palabras clave: contrato, simulación, buena fe, legitimación en la causa.

TOWARDS A DESERVED PROTECTION: THE LEGITIMATIO AD PROCESUM IN SIMULATION ACTION AND THE SAFEGUARDING OF THE CONDITIONAL CREDITOR'S GOOD FAITH

ABSTRACT

This investigation's main purpose is making a critic review of the simulation of legal transactions as one of the most controversial institutions under study and practice of private law. In this way, its generalities will be studied and some procedure issues as legitimatio ad processum will be deepened, identifying which agents are entitled to contest transactions that suffer from this particular property, using simulation action.

With this review, it will be noted that conditional creditor has no legal means of defence in order to protect its upcoming legal link. For that reason we will propose its possible inclusion inside the entitled group who can exercise simulation action, protecting its good faith and its legitimate expectation of consolidating a true legal link that could be damaged without that protection.

Key words: contract, simulation, good faith, legal capacity to sue (*locus standi*).

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende efectuar un acercamiento a la institución de la simulación de los negocios jurídicos como una de las figuras que más debate suscita en la dogmática y en la práctica del derecho privado. Este análisis buscará, basado en el estudio de doctrina y jurisprudencia nacional, profundizar en sus efectos y, en concreto, indagar lo tocante acerca de la acción

de simulación, que resulta ser la prerrogativa concreta que tienen los interesados en un determinado negocio jurídico cuya legitimidad y transparencia se puede encontrar en discusión, para así impugnar su rectitud y probar que el mismo es absoluta o relativamente disímil a lo expresado por las partes en su pública declaración.

Como para toda acción, es natural que el derecho adjetivo otorgue a ciertos sujetos la posibilidad de impugnar actuaciones o negocios cuya legitimidad puede estar en duda. En la simulación entonces se ha concluido por un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia nacional que una serie de sujetos están facultados por el ordenamiento para intervenir en la órbita de un negocio simulado, pues tales declaraciones fraudulentas de voluntad usualmente son fraguadas para conseguir propósitos reprochables jurídicamente.

Procederemos entonces a indagar en la cuestión suscitada acerca de quienes tienen el interés y la facultad jurídica para incoar la acción de simulación y estudiar así el caso del *acreedor condicional*, cuyo derecho de crédito se encuentra diferido al momento de la celebración del negocio simulado por la pendencia de la condición suspensiva y cuyo interés y legitimación hasta hoy día no ha sido reconocido, dejando desamparado su inminente interés y rechazando abiertamente su intervención, abriendo este escenario para debatir la viabilidad actual de tal postulado. Lo cierto es que la expectativa con la que cuenta el acreedor condicional se encuentra tutelada en diversos escenarios que aquí serán esbozados y que bien podrían servir como puerta para la ampliación del espectro de la acción de simulación hacia sujetos como el acreedor condicional, quien cuenta con las características ideales para ser protegido por el derecho ante actos fictos.

Procederemos entonces a examinar esta teoría sostenida por tan amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia y nos permitiremos proponer posibilidades de ampliación de cobertura de la acción de simulación a situaciones especiales donde medie el acreedor condicional, quien cuenta no solo con una expectativa legítima de la existencia de un derecho, sino, en muchos casos, con una conducta marcada por la buena fe, propendiendo por un derecho de acción más incluyente y equitativo en las relaciones contractuales privadas.

1. APROXIMACIÓN A LA SIMULACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

El escenario ideal en la celebración y ejecución de las prestaciones de un negocio jurídico es que los efectos deseados por las partes se lleven a cabo de acuerdo

a lo manifestado por ellos y acorde a sus declaraciones públicas de voluntad. Es decir, que lo pactado por las partes tenga plena observancia y concuerde de forma íntegra con lo que en la práctica es ejecutado por las mismas, generando las consecuencias jurídicas buscadas por los contratantes al celebrar tal negocio.

A modo de ejemplo, cuando dos personas celebran un contrato de compraventa, una parte quiere de suyo adquirir la propiedad de una cosa, mientras que la otra desea transferirla a cambio de un precio. Es así como una declaración de voluntad concurre con la intención real de las partes, quienes según su propósito encuentran el negocio apropiado para materializar su interés, siempre que las obligaciones recíprocas sean cumplidas a plenitud. Contrario a este planteamiento se desvela la figura de la simulación de los negocios jurídicos, fenómeno cuyo concepto dista de ser unívoco y que es tratado con suprema cautela por la doctrina y la jurisprudencia. Estudiaremos su noción entonces.

La simulación de los negocios jurídicos es definida por el doctrinante italiano Emilio Betti como *“la discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida en concreto que configura una verdadera incompatibilidad.”*²

En el mismo sentido, Ferrara señala que el negocio simulado “es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto”.³

Desde una perspectiva nacional, Ospina Fernández y Ospina Acosta señalan que la simulación es *“una figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), que consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados”*.⁴

Aunque el escenario más fecundo del estudio de esta figura es la doctrina, su desarrollo ha sido asumido a plenitud por la jurisprudencia nacional, que, basada

2 BETTI, EMILIO (2000). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed., Comares, pág. 342.

3 FERRARA, FRANCESCO (1960). La simulación de los negocios jurídicos. Ed. *Revista de Derecho Privado*, pág. 43.

4 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO (2009). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Ed. Temis, pág. 112.

en el art. 1766 del Código Civil⁵ –y efectuando una interpretación extensiva del mismo– ha configurado una noción de simulación, hoy reconocida y aceptada en el derecho colombiano.

Entonces la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que en materia de simulación, las partes contratantes, o quien emite una declaración y aquel que la recibe, imbuidas en un mismo propósito, acuden a un procedimiento, anómalo pero tolerado por el derecho, mediante el cual su dicho público se enerva con su dicho privado, 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 íter dispositivo único aunque complejo⁶.

Entonces, es claro que el negocio simulado comporta un engaño, una declaración de voluntad bifurcada que de forma oculta deshace lo que ostensiblemente es querido. Por tanto, retomando el ejemplo de la compraventa, en donde una parte se obliga a transferir el dominio de una cosa a cambio de un precio, pero en donde de forma encubierta el vendedor no quiere transferir la propiedad ni el comprador está interesado en adquirir, por el contrario, el móvil del negocio es defraudar a los acreedores del simulado vendedor, es entonces este un negocio simulado, pues lo realmente querido por las partes no es la finalidad perseguida con instrumento negocial, sino que es la fase oculta de la declaración la realmente deseada, que “produce efectos” entre las partes y aniquila la manifestación pública.

La noción de simulación –aun cuando no es este el escenario típico del estudio pormenorizado de esta figura– trae de suyo una bifurcación cuya explicación es fundamental. En primera medida, se clasifica en simulación absoluta y simulación relativa. La *simulación absoluta* es la forma más simple de la simulación y supone haberse creado la apariencia de un negocio y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan solo a su apariencia engañosa. Se oculta la carencia de causalidad del negocio, por carencia o falsedad de la causa; aunque para ello habrá que desvirtuar la presunción legal de su existencia⁷. La *simulación relativa* por su parte es el escenario donde media un negocio oculto,

5 Código Civil Colombiano. Art. 1766: “Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *Sentencia del 16 de mayo de 1998*.

7 DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1985). *El negocio jurídico*. Ed. Civitas, pág. 348.

que en rigor puede ser tanto un negocio distinto al simulado como un negocio de la misma naturaleza cuya característica esencial es que tiene un contenido diferente en sus sujetos, objeto, causa, cosa, precio o modalidades⁸.

Ya comprendida la institución de la simulación, nos aproximaremos al mecanismo de reclamación judicial propio de esta figura.

1.1 La acción de simulación

No estaría pues completo un sistema jurídico que reconociera la institución de la simulación si no configurara consigo mecanismos jurisdiccionales para impugnar los efectos nocivos que a ciertos sujetos –los cuales serán estudiados a profundidad en el punto II de este análisis– generan los negocios simulados absoluta o relativamente. A este llamado ha respondido el ordenamiento jurídico colombiano, el cual cuenta con la llamada acción de simulación, que tiene como objetivo el amparo a terceros con derechos patrimoniales sobre los activos de una persona que celebre actos ficticios, reduciendo en muchos casos la prenda general de los acreedores y afectando a terceros.

Esta acción es el mecanismo jurisdiccional que busca la consecución de una providencia judicial que en su parte resolutive declare la situación real del negocio y abra la puerta al tratamiento jurídico que le corresponde, que reiteramos, supone el ejercicio del derecho de acción ante el juez por quien esté interesado en obtener tal declaración, ya que la autoridad judicial no puede pronunciarse de oficio al respecto, pues el reconocimiento de la simulación de tales actos se produce cuando el juez refrende que los mismos no tuvieron ni tendrán efectos en la vida jurídica.

Ello quiere decir que hoy día el ordenamiento jurídico colombiano permite acudir ante la jurisdicción civil nacional y a través de un proceso ordinario regido por el libro III título XXI del Código de Procedimiento Civil⁹ e instar a que el funcionario competente declare que existió un negocio simulado absoluta o relativamente, y por ende, de acuerdo con diversas teorías, reafirme la inexistencia, nulidad o prevalencia del negocio simulado¹⁰, a la par que se

8 MOSSET ITURRASPE, JORGE (2007). *Contratos simulados y fraudulentos*. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 198.

9 Lo anterior encuentra fundamento en el carácter residual que tiene el proceso declarativo, esto de acuerdo con el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil que señala: “Se ventilará y decidirá en proceso verbal todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.”

10 Señala OSPINA FERNÁNDEZ que no importa que el actor impetere una declaración de nulidad, o de inexistencia, o de prevalencia, o escuetamente de simulación, o si expresa si esta es absoluta o

retrotraigan los efectos, de llegar a haberlos, pues es imposible, claro está, que produzca consecuencias en el mundo jurídico una voluntad que nunca existió¹¹. Entonces, la acción de simulación va dirigida a que se ponga al descubierto mediante sentencia lo que se oculta bajo la falsa apariencia de un negocio. Por esta razón, ha podido caracterizarse como acción declarativa. En el caso de simulación absoluta, su eficacia es solo negativa, declarar que el negocio aparente no existe, por falsedad de su causa. En el caso de simulación relativa, tendrá un doble efecto: primero, declarar la falsedad de la apariencia, y segundo, declarar la existencia del negocio disimulado¹².

En este orden de ideas, una vez ya esbozada la naturaleza de la simulación y la acción que consagra el ordenamiento para este caso, es preciso centrarse en el tema de investigación e indagar sobre la legitimación en la causa por activa. Cabe volver a señalar que en este punto la discusión es amplia y las posiciones son variadas, como quedó demostrado.

1.2 Diferencia con la acción pauliana

El análisis de la figura de la simulación lleva consigo a analizar puntos similares de otras figuras jurídicas cuyos propósitos son similares y cuya naturaleza tiene puntos en común con la que aquí estudiamos. Sin embargo, pretendemos delimitar la acción simulatoria y la acción pauliana, denotando sus diferencias más relevantes al ser figuras que tienden a presentar un parecido tal que muchas veces suscita confusiones.

En primera medida, puede definirse la acción pauliana, en palabras de Planiol y Ripert, como *“la acción que corresponde al acreedor a fin de obtener la revocación de los actos celebrados por su deudor en su perjuicio y en fraude de terceros”*¹³. Sin aclarar el panorama completamente por estos respetados doctrinantes franceses, apuntalamos a la definición de Luis de Gásperi, quien

relativa, o equivocándose a este respecto, siempre y cuando que del contexto del *petitum* y de la *causa petendi* se pueda inferir claramente que la demanda se encamina a la declaración del acto ficticio o al establecimiento de la realidad del acto disimulado. Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Ed., Temis. (2009), pág. 133.

- 11 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Pág. 133. Ed. Temis. (2009). Seguimos el planteamiento del autor precitado en la medida que compartimos que el acto simulado es inexistente y por ende no produce efecto alguno, mas sin embargo, esta inexistencia debe ser ratificada –no declarada– por el juez.
- 12 DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1985). *El negocio jurídico*. Ed. Civitas, pág. 356.
- 13 PLANIOL & RIPERT (1939). *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II. Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pág. 454.

destaca que “*la acción pauliana tiende a dejar sin efecto los actos cumplidos fuera de toda simulación por su deudor, respecto de sus derechos*”.¹⁴

Así como la acción de simulación protege a terceros de situaciones fraudulentas y ficticias que propenden por debilitar el patrimonio de una persona, la acción pauliana tiene como objetivo proteger el patrimonio de un deudor –el que es su prenda– y solicitar que ciertos actos del deudor por los cuales se haya visto o se pueda ver reducido o deteriorado el conjunto de sus activos patrimoniales sean revisados y eventualmente revocados o declarados nulos con el fin de proteger o reconstituir la integridad patrimonial del deudor¹⁵. Para incoar la acción pauliana se requiere que esos actos a impugnar, de acuerdo con el artículo 2491 del Código Civil, cuenten con dos características: Que haya un perjuicio para los acreedores y que haya fraude.

El perjuicio a los acreedores consiste pues en que el acto impugnado debe ser la causa del perjuicio, que además agrave o provoque la insolvencia del deudor, dejándolo en una situación donde sus pasivos sean superiores a sus activos¹⁶ y el fraude apuntala a que las circunstancias demuestren que el deudor no podía ignorar que con los actos jurídicos a impugnar –o al menos que se acentuaba– su estado de decadencia económica¹⁷.

Comprendida esta acción, procederemos a identificar las diferencias que existen de la misma con la acción de prevalencia simulatoria. La esencia de la acción pauliana consiste en impugnar actos de cierta naturaleza, caracterizados por ser actos ciertos y verdaderos en oposición a actos *simulados o mentirosos*, configurando verdaderas declaraciones de voluntad cuya exteriorización responde a lo deseado por las partes, aun cuando este deseo consista en debilitar el propio patrimonio en perjuicio de los acreedores. La acción pauliana, entonces, cuenta como materia propia un acto jurídico, verdadero y completo, que únicamente por la doble circunstancia de haber sido efectuado en desmedro de los acreedores, frente a quienes el otorgante respondía con su patrimonio en el momento de celebrarlo, con pleno conocimiento del menoscabo que esto conllevaba, consistente en que este tenía conciencia de su mala situación patrimonial, permite

14 De Gásperi, Luis (1945). *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Ed. Depalma, pág 503.

15 CUBIDES CAMACHO, JORGE (1999). *Obligaciones*. 4 edición. Ed. Pontificia Universidad Javeriana, pág. 309.

16 MONROY CABRA, MARCO GERARDO (1964). *La acción pauliana*. Ed. Retina, pág. 108.

17 GIORGI, JORGE (1909). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, vol. II. Ed., Imprenta de la Revista de Legislación, pág. 272.

a aquellos acreedores preexistentes considerar como inoponibles a los mismos tal acto y hacer declarar, en consecuencia, su ineficacia, en la medida del perjuicio sufrido, entendiéndose que este perjuicio solo se ha producido cuando el acto ha determinado la insolvencia del deudor o contribuido a agravarla¹⁸.

Esto hace que la acción difiera sustancialmente de la típica acción de simulación, en donde ese perjuicio propio de la acción pauliana, tiene, como ha sido expuesto por la doctrina, una más amplia connotación en vista de que no reside tanto en la disminución de la garantía general de los acreedores, como en las dificultades o contingencias a que queda sometido el ejercicio de un derecho, el cual, por ende, se coloca en peligro de perderse¹⁹.

Por este motivo Ferrara afirma que, la exigencia de algunos requisitos resulta de “*confusiones no desaparecidas del todo e indebidas exigencias de otras instituciones*”. Por consiguiente, el *consilium fraudis* y el *eventus damni*, requisitos propios de la acción pauliana, no pueden trasladarse de forma inconsciente a la acción de simulación²⁰.

De igual forma lo afirma la Corte Suprema de Justicia, al señalar que en términos de lo que prescribe el artículo 2491 del Código Civil, los acreedores, para la prosperidad de la acción pauliana, deben demostrar que el acto cuestionado lo fue en perjuicio suyo, es decir, que por su causa se produjo o se incrementó la insolvencia del deudor, y que, además, este lo realizó fraudulentamente, es decir, conociendo el mal estado de sus negocios. Tales aspectos, en cambio, no tienen por qué formar parte del tema probatorio en el proceso instaurado por los acreedores con el propósito de demostrar que es simulado un determinado acto del deudor. Y no tienen por qué involucrarse en razón de que, a diferencia de lo que ocurre en la acción pauliana, en la que el perjuicio (interés) que legitima al acreedor es la insolvencia del deudor, en la simulación, ese perjuicio caracterizador del interés, tiene, como ha sido expuesto por la doctrina, una más amplia connotación en vista de que no reside tanto en la disminución de la garantía general de los acreedores, como en las dificultades o contingencias a que queda sometido el ejercicio de un derecho, el cual, por ende, se coloca en peligro de perderse²¹.

18 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 14 de 2007).

19 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 10 de 1992).

20 FERRARA, FRANCESCO (1960). La simulación de los negocios jurídicos. Ed. *Revista de Derecho Privado*, pág. 438.

21 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Agosto 22 de 1967).

De igual forma esta corporación, al diferenciar la acción de simulación de la pauliana, afirma que la divergencia esencial entre estas dos es la caracterización del acto jurídico que impugnan²². Mientras en la primera se ataca un negocio ficto en la segunda se controvierte una expresión de voluntad real plasmada en el negocio²³.

Entonces, tratándose de dos acciones fundamentalmente disímiles, deben considerarse sus requisitos de forma heterogénea. Es así como el *concilium fraudis* y el *eventus damni*, referido el primero al acuerdo que quiere perjudicar a los acreedores y el segundo al perjuicio que se logra causar con la insolvencia alcanzada a través del negocio realizado, se circunscriben exclusivamente al ámbito de la acción pauliana y no pueden, injustificadamente, requerirse para la acción de simulación. En este sentido, es evidente que en cuanto a estos requerimientos, es necesario que se constate un derecho cierto y actual, pues de lo contrario sería imposible probar que las partes fraguaron un acuerdo en perjuicio del acreedor al tratarse de un derecho eventual o inexistente en ese momento. Lo mismo se puede afirmar en cuanto al perjuicio causado, ya que el acreedor no podría ser víctima de dicho menoscabo dada la inexistencia de su acreencia para ese momento.

En suma, no es necesario demostrar el acuerdo fraudulento (*concilium fraudis*), toda vez que lo que se busca es poner en evidencia la irreconciliable divergencia de lo ostensible (la apariencia) con la realidad, consistente en un acuerdo de los contratantes para realizar el engaño con el que quieren falsear a terceros, aun cuando su finalidad no sea causar un daño a los terceros²⁴. Tampoco resulta necesario comprobar la existencia de un perjuicio, como lo reconoce la evolución jurisprudencial, las dificultades o contingencias que dificulten

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Agosto 22 de 1967). En este punto la reflexión de la Corte Suprema de Justicia fue que “*son específicamente distintas la acción de nulidad, la de simulación y la pauliana o revocatoria. La individualidad de cada una corresponde al carácter propio del fenómeno jurídico que respectivamente le da origen.*”

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 10 de 1992). En esta providencia señaló tan excelsa corporación que “*mientras que con la acción pauliana se impugna un acto realmente ejecutado por el deudor, en la de simulación se busca destruir una mera apariencia para que se haga luz sobre lo que, de hecho, quisieron las partes. Esta diferencia trae una consecuencia de cardinal importancia hecha residir en que al prosperar la acción pauliana, el bien salido del patrimonio del deudor se reintegra al mismo, en cambio en la simulación, cuando ésta es absoluta, se demostrará que el bien se ha desplazado del patrimonio del deudor, pero en apariencia meramente.*”

24 LEAL DÁVILA, ORLANDO (1993). *Tres estudios sobre la simulación*, pág. 129. Ed. Temis. Como lo afirma LEAL, “la utilización irregular del negocio por los simuladores, puede, sin duda, perseguir fines que no sean contrarios al derecho, la maniobra puede ser desplegada por las partes sin animus nocendi [conculumfraudis], e incluso puede apuntar a objetivos laudables”.

la realización del derecho del acreedor lo legitiman para incoar la acción de simulación, no siendo necesario demostrar la insolvencia del deudor. De este modo, si bien se reafirma la necesidad de demostrar un interés jurídico anterior al negocio simulado, no es necesario que se trate de un derecho cierto y actual al momento de la celebración del acuerdo ficto, como en el caso de la acción pauliana, pues, como lo ha determinado la doctrina y la jurisprudencia, no se pueden predicar las mismas exigencias para estas dos acciones.

2. LA “*LEGITIMATIO AD CAUSAM*”, CUESTIÓN JURÍDICOSUSTANCIAL

Huelga resaltar que la definición de la legitimación en la causa no es un aspecto pacífico en la doctrina procesal²⁵. Mientras una parte apunta a darle un tratamiento puramente adjetivo, excluyendo los elementos sustanciales para la verificación de dicho presupuesto²⁶, otra parte, entre la que se encuentra la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁷, define la *legitimitio ad causam* como un

25 Afirmaba el maestro JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ por allá en 1981, precisión que se mantiene aún hoy vigente, que “*se presenta [finacabada] la discusión acerca de la legitimación en la causa; mientras que algunos doctrinantes plantean la cuestión como un problema eminentemente procesal, otros más, remiten su tratamiento a los ámbitos de la relación jurídico-procesal originante del conflicto de intereses que procura tutelar.*” DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, et al. (1981). *Diez temas procesales*. Ed. Señal Editora, pág. 69.

26 Señala el maestro DEVIS ECHANDÍA: “*La identificación de la titularidad del derecho o relación jurídica material con la legitimación en la causa, solamente puede explicarse en la doctrina tradicional, que considera la acción como el derecho sustancial en actividad o como un elemento del mismo. Las partes pueden estar legitimadas para la causa, tengan o no el derecho o la obligación sustanciales, según se trate de demandante o demandado, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia que resuelva de fondo sobre las pretensiones incoadas, no pertenece solamente al titular del derecho sustancial.*” DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1984). *Teoría General del Proceso*. Ed. Editorial Universidad, pág. 289.

27 *Sostiene la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil: A este propósito, “la legitimación en la causa, o sea, el interés directo, legítimo y actual del ‘titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico’ (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, t. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pág. 360), tiene sentado la reiterada jurisprudencia de la Sala, ‘es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste’ (Cas. Civ. Sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, ‘según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la ‘legitimitio ad causam’ consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), por lo cual, ‘el juzgador debe verificar la legitimitio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular’ (Cas. Civ. Sentencia de 1º de julio de 2008, [SC-061-2008], exp.*

elemento jurídico-sustancial, de modo que solo se encuentra esta en cabeza del titular de la relación jurídico-sustantiva.

Como no es objeto del presente trabajo definir el conflicto expuesto, que se suscita en relación a este punto, se desarrollará la argumentación con fundamento en la posición acogida por la Corte Suprema de Justicia, mencionada previamente. Para el caso de la acción de simulación, como se precisará delantamente, la Sala Civil del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria exige que quien depreque dicha acción deberá acreditar, en todo caso, la titularidad de un derecho cierto y actual para el tiempo de la celebración del negocio ficto que se vea reflejado en una desventaja de iguales características al momento de presentar la pretensión ante la Administración de Justicia²⁸.

2.1 Legitimación en la acción de simulación

Una vez definido el concepto de la legitimación en la causa, objeto del punto anterior, se pasa a exponer a qué sujetos se les ha reconocido, nuevamente con origen pretoriano, la legitimidad para entablar la acción de simulación. Sostiene el profesor Suescún Melo, que *“Como regla general puede decirse que todo aquel que resulte perjudicado por un acto simulado, tiene acción para hacer que prevalezca la voluntad real sobre la declarada, como medio para impedir el menoscabo económico que de otra manera sufriría. Es, pues, el perjuicio el elemento que otorga la legitimidad para ejercitar la acción simulatoria, de manera que el interés jurídico, que es el que permite accionar, está enderezado a evitar o reparar un daño patrimonial”*.²⁹

En todo caso, a pesar de la generalidad que aparentemente se pudiera predicar en punto de la legitimación, con fundamento en la regla anteriormente esbozada,

11001-3103-033-2001-06291-01), pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva’ (casación de 3 de junio de 1971, CXXXVIII, litis. 364 y siguientes)” (cas. civ. sentencia de 14 de octubre de 2010, exp. 11001-3101-003-2001-00855-01). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Octubre 13 de 2011).

28 Al respecto, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 1943, Gaceta Judicial, t. LVI, pág. 39.

29 SUESCÚN MELO, JORGE (2003). *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, tomo II. Segunda edición, pág. 339. Ed. Legis. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 8 de 1967); Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Mayo 20 de 1987) y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 27 de 2000).

lo cierto es que el alcance que esta presenta no cubija en la práctica a ciertos sujetos que, en principio pareciera incluir como se evidenciará enseguida.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de decantar, de forma progresiva, en cabeza de quiénes se encuentra la posibilidad de entablar legítimamente la acción de simulación, delimitando específicamente la titularidad de dicho mecanismo a las partes y ciertos terceros en unas condiciones especiales.

Ahora bien, la complejidad que reviste el reconocimiento de un interés para entablar la acción reconstitutiva que aquí se trata es de la mayor relevancia. Con claridad absoluta aborda esta problemática la Sala Civil del órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria. Explica dicho alto Tribunal que, “La naturaleza de la simulación, (...) ha determinado que tanto la doctrina como la jurisprudencia, se hayan preocupado de elucidar quiénes tienen interés para el ejercicio de tal acción, pues lo cierto es que el contrato no puede quedar expuesto a que cualquier persona que tuviera conocimiento del acto, pudiera asistirle interés para hacer prevalecer la verdad. Concretamente la jurisprudencia de la 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 (G.J. CXCVI, 2º semestre, p. 23). 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 (...)”.³⁰

En cuanto a las partes, como la sentencia citada lo reconoce, es ya doctrina reiterada, superando aquella primigenia etapa en que a estas le fue negada dicha posibilidad³¹, el interés que les asiste para incoar la acción de simulación

30 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Septiembre 5 de 2001).

31 Enseña el profesor NICOLÁS PÁJARO MORENO que: “...la jurisprudencia consideró que en un principio la acción de simulación correspondía a una caso de nulidad absoluta. En este sentido, a la acción de simulación le eran aplicables las reglas sobre nulidades consagradas en los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, que prohíben a las partes repetir lo que han dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas. Aplicadas estas normas a la simulación, la Corte concluyó que cuando las partes del negocio simulado tenían un propósito contrario a la ley, como defraudar a un acreedor, estas no podía luego solicitar a la jurisdicción que declarara la simulación del acto. Posteriormente, la Corte abandonó la tesis la según la cual la simulación es un caso de nulidad; sin embargo, se mantuvo reacia a conceder la acción de simulación a las partes del negocio, cuando mediaba causa ilícita, en una clara aplicación del principio según el cual nadie puede alegar su propia culpa (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

en búsqueda de desatar la realidad jurídica, declarándose lo engañoso de la voluntad ostensible y reconociendo, al mismo tiempo, la certitud y prevalencia de la expresión oculta, cuando estas elevan dicha pretensión ante la jurisdicción. De este modo, siendo admitida ampliamente la legitimación para demandar la simulación de los actos propios, no queda duda alguna de la posibilidad que tienen los simulantes de desenmascarar la falsedad por ellos construida³².

*De otra parte, a los terceros, es decir a los no vinculados al negocio simulado, se les ha permitido ejercitar la acción de simulación en algunos casos. Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia que “la personería para incoar como tercero la acción de prevalencia de la declaración privada asiste a aquel a quien la disposición aparente puede lesionar en un interés legítimo propio. Tales como los acreedores, los asignatarios forzosos en defensa de su asignación, y el cónyuge del enajenante que vuelve por el haber de la comunidad de ganancias”.*³³

Es así que, una vez esbozada en términos generales la construcción jurisprudencial sobre legitimación en la causa para emprender la acción de simulación, es preciso ahora centrarse en el tema de investigación e indagar, específicamente, sobre la legitimación en la causa por activa de los acreedores. Cabe señalar que en este punto la discusión es amplia y las posiciones son variadas.

Para empezar es relevante recordar, como lo hace el profesor Suescún Melo, que:

“En efecto, en un primer periodo se extendió hasta el año de 1924 no se reconoció personería a los acreedores para iniciar la acción de simulación-nulidad como se denominaba en esa época por considerar que “eran ajenos o extraños a ese pacto”. Esta doctrina imperó durante varios lustros, durante los cuales estuvo vedado a los acreedores acusar

Sin embargo, dicha posición fue finalmente superada a partir de 1964. Desde entonces se admite la legitimación de las partes del negocio para ejercer la acción de simulación y así evitar el afianzamiento jurídico de situaciones simuladas. Esta postura se mantiene en la actualidad, tal como lo muestran los no pocos fallos de la Corte Suprema de Justicia que se han pronunciado al respecto.”

CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, *et al.* (2010). *Derecho de las obligaciones*, tomo II, vol. 1, Ed. Temis. págs. 648 y 649.

32 Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Mayo 16 de 1968); Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (mayo 21 de 1969); Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Febrero 24 de 1994) y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Noviembre 30 de 2011).

33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Mayo 16 de 1968).

*de simulados los actos de sus deudores, aunque con ellos se afectara negativamente su situación económica, por disminuir ficticiamente activos patrimoniales o por incrementar falazmente sus pasivos”.*³⁴

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia en Colombia rectificó su doctrina en este aspecto, aceptó la titularidad subjetiva de la acción simulatoria en cabeza de los acreedores, estableciendo como requisitos que:

*“el acreedor que ejercita la acción de simulación debe tener ese carácter cuando nació el acto que ataca de simulado; pero no le basta esto únicamente para que su acción pueda prosperar, 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 del deudor, y que la prenda genérica, o mejor, la garantía consagrada por el artículo 2488 de Código Civil ha desaparecido”.*³⁵

Por su parte, la doctrina colombiana se ha pronunciado en similar sentido a la primigenia jurisprudencia de la Corte. Al respecto es claro lo expuesto por el reconocido doctrinante Guillermo Ospina Fernández, quien expresa que:

“el interés que se requiere para el ejercicio de la acción reside en que el actor sea titular de un derecho cierto y actual, cuya eficacia resulte perjudicada, también de modo cierto, por la situación anómala creada por la simulación. Las simples expectativas y los derechos inciertos, como la expectativa que tiene el asignatario forzoso en vida de su causante, o el derecho del acreedor condicional, o la expectativa del pretendiente a cosa cuya propiedad se litiga, etc., no habilitan para impugnar la simulación. Por el contrario si el derecho es actual y cierto, como el que tiene el acreedor a plazo vencido o no, sí da lugar al ejercicio de la acción, porque el plazo pendiente, a diferencia de la condición, no afecta la existencia del derecho, sino que difiere su exigibilidad. Más la sola existencia del derecho invocado por el actor no es bastante para estructurar su interés en obtener declaración de simulación; además, es necesario que ese derecho resulte ciertamente afectado por la situación creada por aquella. Así, no basta ser acreedor del sedicente vendedor en la compraventa de confianza, sino que además es indispensable que el crédito invocado no pueda ser satisfecho a causa del desplazamiento

34 SUESCÚN MELO, JORGE (2003). *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, tomo II. Segunda edición. Ed. Legis, pág. 363.

35 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 1943, Gaceta Judicial, t. LVI, pág. 39.

patrimonial ficticio. Si el deudor y el supuesto vendedor conserva bienes suficientes para el pago del crédito de que se trata, mal puede alegar el acreedor que la simulación perjudique su derecho."³⁶

Idéntica posición ha sido sostenida por Pájaro Moreno³⁷ quien considera que:

"(...) no cualquier acreedor se encuentra habilitado para ejercer la acción de simulación, sino que debe cumplir con dos requisitos: Legitimación en la causa: La acción de simulación únicamente puede ser ejercida por aquellos acreedores que tuvieran dicha condición al momento de la celebración del negocio simulado. Interés para obrar: Corresponde al perjuicio que le ocasiona mantener la apariencia del acto simulado en el ejercicio de sus derechos como acreedor. Sobre estos dos requisitos valen las mismas consideraciones formuladas arriba frente a la acción pauliana." Idéntica posición es sostenida, con fundamento en la jurisprudencia, por el doctrinante Suescún Melo.³⁸

36 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO (2009). *Teoría general del contrato y del negocio Jurídico*, Ed. Temis, pág. 134

37 CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, *et al.* (2010). *Derecho de las obligaciones*, tomo II, vol. 1. Ed., Temis, págs. 650 y 651.

38 Afirma este autor: "Así las cosas, se ha consolidado el reconocimiento del interés jurídico que asiste a los acreedores para impugnar los actos simulados del deudor. Pero esto no significa que el derecho al ejercicio de la acción simulatoria pueda ser caprichoso, irrestricto o ilimitado, ni que todo acreedor, por el solo hecho de serlo, pueda atacar los actos aparentes del deudor. No, por el contrario, es necesario que se cumplan determinados requisitos que la jurisprudencia exige rigurosamente.

Esos requisitos consisten, principalmente, en que el demandante tenga el carácter de acreedor antes de que el deudor celebre el acto simulado, si bien al incoar la acción simulatoria no es necesario que su crédito sea de plazo vencido y por tanto exigible. Debe demostrarse, adicionalmente, que con ese acto se le causa al acreedor un daño actual y cierto, consistente en que por su celebración el deudor queda imposibilitado para pagar su crédito. Nuestro más alto Tribunal, en diversas providencias, se ha referido a la necesidad de observar estos requisitos. Para ilustrar su pensamiento se pueden traer a colación las siguientes afirmaciones: "(...) el acreedor que entabla la acción de simulación debe tener ese carácter cuando se verificó el acto que tacha de simulado. La razón de lo anterior es muy clara: al tenor del artículo 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, respaldan y garantizan los créditos del deudor, de 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 (...) simulado, es claro que no puede existir perjuicio. La relación jurídica entre acreedor y deudor debe, por lo tanto, existir cuando tiene nacimiento del acto (...) simulado.

La exigencia de los requisitos explicado se ha tornado en una doctrina invariable en los últimos 70 años, doctrina que ha sido celosamente preservada por la Corte." SUESCÚN MELO, JORGE (2003). *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, tomo II. Segunda edición. Ed. Legis, págs. 364 y 365.

En contraposición, el tratadista Velásquez Gómez expresa: “No se puede dejar pasar la oportunidad para hacer referencia a las continuas aseveraciones de la jurisprudencia y de la doctrina, casi unánimes, que señalan que el interés del acreedor para deprecar la simulación de los actos del deudor requiere que el crédito sea anterior al negocio simulado. Sobra, dada su abundancia, citar las múltiples sentencias de la Corte Suprema de Justicia que así lo indican y las innumerables obras de la doctrina que también lo pregonan. Sus conclusiones son fuente nutricia de injusticias, premios ilícitos al deudor y patrocinadoras de actitudes que riñen con el contenido ético de la obligación, dejando de rebote sin aplicación justificada un principio sagrado del crédito: el patrimonio del deudor es la garantía efectiva de los acreedores.”³⁹

En la misma línea, dentro de la doctrina foránea, De Castro y Bravo⁴⁰ dice que, quien ejercita la acción de simulación debe demostrar la titularidad, “*aun cuando lo sea por un crédito aplazado o condicional*”, de un “*interés jurídico tutelable*” que se ve amenazado por el negocio simulado. Del mismo modo, Héctor Cámara⁴¹, impone como requisitos la titularidad de un derecho existente regularmente constituido, ya sea diferido a plazo o condición, pero no siendo necesaria su creación con anterioridad al negocio simulado⁴².

Con esta breve presentación de posturas se evidencia cómo al interior del ordenamiento jurídico colombiano, a partir de desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, se ha establecido como requisito esencial para incoar válidamente la acción de simulación que el tercero acreedor demuestre un derecho cierto y actual al momento de la celebración del negocio simulado. En contraste, en la doctrina extranjera citada se han pronunciado hasta el punto de aceptar la legitimación de cualquiera que tenga un interés jurídico, incluso, posterior a la celebración del negocio simulado. En suma, se presenta con claridad que la respuesta a la pregunta sobre qué sujetos cuentan con *la legitimatio ad causam*

39 VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO (2008). *Estudios sobre obligaciones*. Ed. Temis, pág. 1012.

40 DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1985). *El negocio jurídico*. Ed. Civitas, pág. 334.

41 CÁMARA, HÉCTOR (1958). *Simulación en los Actos Jurídicos*. Segunda edición. Ed., Depalma.

42 FERRARA, ha descartado la necesidad de un derecho cierto y actual, así, el doctrinante italiano afirma que, “El único requisito necesario para ejercitar la acción de simulación es la existencia de un interés jurídico en el actor,” sentenciando que la exigencia de requisitos como probar la anterioridad del derecho del impugnante a la creación del acto fingido, la prueba del consiliumfraudis o del eventusdamni, y la previa excusión del deudor autor del engaño, son elementos introducidos por error, “restos de confusiones no desaparecidas del todo e indebidas exigencias de otras instituciones”. FERRARA, FRANCESCO (1960). La simulación de los negocios jurídicos. Ed. *Revista de derecho privado*, pág. 409.

para adelantar la acción en comento no es única, por tanto, se intentará a partir de elementos como la expectativa jurídicamente tutelada, la buena fe y la importancia de la solvencia del deudor demostrar por qué es una protección merecida y necesaria del acreedor condicional que se reconozca su presencia dentro del grupo de legitimados para encausar esta acción.

3. LA EXPECTATIVA DEL ACREEDOR CONDICIONAL (PENDENTE CONDITONE): UNA EXPECTATIVA JURÍDICAMENTE TUTELADA

En este aparte estudiaremos al acreedor condicional y a las obligaciones sujetas a este tipo de modalidades como escenarios que deben tener plena protección por el ordenamiento jurídico y cuyas consecuencias deben ser amparadas por la normatividad sustantiva y procesal, pues como ya adelantamos, resultan excluidos sujetos con acreencias condicionales de órbitas concretas como la simulación de los negocios jurídicos, dejando sus intereses patrimoniales a la deriva.

En los negocios jurídicos y en materia concreta de su ejecución, es pertinente destacar que sus efectos se presumen y esperan ser producidos de forma pura y simple, es decir, que las obligaciones que de él emanan sean exigibles una vez celebrada la convención⁴³. Aun así, es posible que las partes por medio de una cláusula accidental en el contrato difieran la exigibilidad de las obligaciones que nacen del vínculo jurídico e incluso hacer que se suspenda su nacimiento. A estos eventos se les conoce como plazo y condición, en donde el primero se encarga de posponer la exigibilidad de las obligaciones hasta la ocurrencia de un hecho futuro y cierto, como la llegada de una fecha y por el contrario el segundo se encarga de suspender el nacimiento de las obligaciones al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, siendo la segunda la relevante en el presente estudio⁴⁴.

La condición suspensiva es definida por Bianca como aquella que hace depender la eficacia del contrato del hecho que se verifique un evento. Antes de verificarse la condición suspensiva el contrato no produce sus efectos, es decir que es ineficaz, de tal modo que las partes no se ven comprometidas a realizar el programa contractual. La ineficacia del contrato, por lo demás, es provisional, pues ella excluye el compromiso derivado del contrato pero no

43 Ospina Fernández, Guillermo (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Ed. Temis, pág. 231.

44 CUBIDES CAMACHO, JORGE (1999). *Obligaciones*. 4a. edición. Ed., Pontificia Universidad Javeriana, pág. 91 y ss.

su vinculatoriedad, y así las partes quedan sujetas a la relación contractual y pueden librarse solamente en los modos ordinarios de disolución del contrato⁴⁵.

Bajo este entendido podría entonces afirmarse que debido a la no producción de efectos contractuales el vínculo jurídico que une a las partes es irrelevante y por lo mismo carente de tutela jurídica⁴⁶. Sin embargo y contrariando esta concepción desde el derecho romano, el ordenamiento jurídico reconoce valor a los términos de la declaración (sujeta a condición suspensiva), tutelando la esperanza de la persona en cuyo beneficio se dio⁴⁷. Es entonces desde épocas antiguas cuando se ha reconocido un carácter especial, quizá *sui generis*, al acreedor condicional. Admitimos que no se trata de un acreedor en todo el sentido de la palabra, pues su derecho es apenas eventual, pero también es inminente, y ese derecho eventual debe ser amparado, de modo que la incertidumbre que lo rodea pueda tener ciertas prerrogativas desde un punto de vista jurídico y procedimental. Por esto las normas civiles lo dotan de un conjunto de herramientas que le permitan asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en caso de cumplimiento de la condición⁴⁸.

En este sentido, el Código Civil consagra distintas disposiciones que evidencian la protección que el régimen jurídico privado brinda al acreedor condicional. Por ejemplo, el art. 1538⁴⁹ de dicha codificación afirma que si

45 BIANCA, MASSIMO (2007). *Derecho Civil*, tomo 3. Ed. Universidad Externado, pág. 563.

46 Resulta interesante tener en cuenta la posición asumida por el profesor Álvaro Pérez Vives, quien al analizar las reflexiones hechas por el profesor Ricardo Uribe Holguín en relación a los efectos y naturaleza de la obligación condicional, afirma que: “La tesis anterior, concuerda con la nuestra en cuanto considera equivocado el planteamiento dado tradicionalmente a las obligaciones condicionales, y en cuanto cree en la posibilidad que exista el contrato antes del cumplimiento de la condición, que es justamente lo que hemos sostenido en relación con las obligaciones condicionales del tercer grupo [entiéndase aquéllas que no afectan la formación sino algunos o todos los efectos del negocio jurídico. Pág. 41].” PÉREZ VIVES, ÁLVARO (2012). *Teoría general de las obligaciones* - Obra revisada y actualizada por ALBERTO TAMAYO LOMBANA. Parte Segunda, vol. III. Cuarta edición. Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., pág. 44.

47 IGLESIAS, JUAN (2002). *Derecho Romano*. Ed. Ariel, pág. 109.

48 BETTI, EMILIO (2000). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Comares, pág. 467.

49 Artículo 1538: “La regla del artículo precedente, inciso 1o, se aplica aún a las disposiciones testamentarias.”

“Así, cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere cumplirla, se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado, por su parte, dispuesto a cumplirla.

Con todo, si la persona que debe prestar la asignación, se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona, de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida.”

por culpa del deudor la condición se hace imposible, esta se entenderá como cumplida. Del mismo modo, señala que son transmisibles por causa de muerte las obligaciones condicionales, en virtud del art. 1549 y dota al acreedor condicional de la facultad de impetrar, durante la pendencia de la condición, las providencias conservativas necesarias, siendo posible que el acreedor limite a su deudor sin haber acaecido el hecho futuro e incierto⁵⁰ y también consagra en el art. 1543 el deber en cabeza del deudor durante la pendencia de la condición donde lo obliga a cuidar la cosa debida e impone la obligación de pagarla en caso de perderla por su culpa más su pertinente indemnización de perjuicios. Lo expuesto evidencia el valor que tiene esta calidad condicional dentro del ordenamiento, llevando sus efectos más allá de un simple pacto y otorgando prerrogativas y acciones para proteger sus intereses jurídicos legítimos⁵¹.

Es corolario de lo anterior, que el régimen de las obligaciones consagrado en el Código Civil colombiano recoge el desarrollo del derecho romano en cuanto a la tutela de la expectativa de derecho que tiene el acreedor *pendente conditione*, y por consiguiente le reconoce su calidad de eventual titular de un derecho de crédito y ampara su calidad⁵².

De ahí que resulte contrario al “amparo” que el sistema legal ofrece al acreedor condicional en materia simulatoria cuando le niega legitimación para accionar e impugnarla. Cabe señalar que si bien un negocio simulado llega a celebrarse

50 Artículo 1549: “*El derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor.*”

“*Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos. El acreedor podrá impetrar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias.*”

51 Artículo 1543: “*Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.*”

“*Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que hayan recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro, tendrá derecho a indemnización de perjuicios.*”

“*Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa.*”

52 Como lo ha reconocido OSPINA FERNÁNDEZ: “Sin embargo, pendiente la condición, existe una situación jurídica que no puede ser completamente desconocida por la ley; si bien no se puede afirmar que la obligación habrá de existir y de producir los efectos que le son propios, tampoco se puede negar la posibilidad de que llegue a existir, y en previsión de que esto último suceda, es necesario garantizar su eficacia futura, y la ley así lo hace.” OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá, Editorial Temis, pág. 232.

cuando su prestación era aún incierta, en ese momento el ordenamiento jurídico ya tutelaba su germen de derecho, por lo que no se trata de un interés jurídico que surge con el acaecimiento de la condición sino que este viene desde el instante en que se celebró el pacto sujeto al hecho futuro e incierto.

3.1 La buena fe contractual del acreedor condicional

Otro motivo pertinente para estudiar una posible ampliación de la cobertura de la acción de simulación a sujetos concretos como el acreedor condicional, es su obrar, según lo dispuesto por la buena fe contractual. Si bien este es otro concepto extenso y que no será tratado a profundidad en este escrito, es prudente señalar la concepción que plantea Solarte Rodríguez en materia de buena fe contractual. Este distinguido doctrinante afirma que *“esta categoría de buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, permite identificar otras prohibiciones y obligaciones además de aquellas previstas por ley”*⁵³. De igual forma cabe destacar lo dicho por Wieacker cuando afirma que el concepto de buena fe reenvía a una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es, a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad⁵⁴. Valga añadir lo expuesto por Galgano, quien afirma que *“el principio general de la corrección y de la buena fe permite identificar otras prohibiciones y otros deberes más allá de los previstos en la ley; realiza, como se dice, “el cierre” del sistema legislativo, o sea que ofrece criterios para colmar las lagunas que este pueda mostrar dentro de la variedad y multiplicidad de situaciones de la vida económica y social”*⁵⁵.

Lo más interesante de esta figura de la buena fe contractual, es que no solo tiene aplicación dentro de la ejecución de los contratos, sino en sus etapas previas, protegiendo momentos preparatorios iniciales de los negocios –aun cuando en materia condicional ya existe contrato, solo que sus obligaciones se difieren en el tiempo– y en donde se ha creado la doctrina del daño *in contrahendo*⁵⁶, *daño que puede producirse en las etapas de negociación de un contrato y que lleva a*

53 SOLARTE RODRÍGUEZ, ARTURO (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Revista *Universitas*. At.301.

54 WIEACKER, FRANZ (2001). *El principio general de la buena fe*. Traducción de JOSÉ LUIS CARRO. Ed. Civitas, pág. 49.

55 BIGLIAZZI-GERI, citado en: FERNANDO HINESTROSA (2008). *Tratado de las obligaciones*, tomo I. Tercera edición. Ed. Universidad Externado de Colombia, pág.564.

56 GALGANO, FRANCESCO (1992). *El negocio jurídico*. Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 454.

reflexionar; que si incluso este comportamiento debe ser verificado en etapas no contractuales, puede ser impuesto a situaciones de acreencias condicionales, generando cargas a estos sujetos que no han sido bien recompensadas por el ordenamiento jurídico con reiteradas exclusiones del espectro de acciones como la de simulación.

La buena fe, en virtud del art. 1603 del Código Civil⁵⁷ impone que aun cuando las partes no hayan pactado nada, deba efectuarse todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte al pleno resultado útil de la prestación debida⁵⁸ y obligan, en términos generales, a proceder con esmero, cuidado y diligencia en la prestación⁵⁹.

En materia condicional, se ha dicho que el más relevante efecto preliminar de la relación jurídica concebida, es el vínculo actual de la parte que en dicha relación está llamada a ocupar la posición pasiva (por haber enajenado o asumido una obligación bajo condición suspensiva). Esta parte, que tiene interés contrario al cumplimiento de la condición, debe comportarse, durante la pendencia de aquella, conforme a las reglas de la corrección -análogo, pero no idéntico al de la buena fe la cual supone una actitud considerada hacia el interés ajeno y consiste, propiamente, en la abstención de actos que puedan ocasionarles daño o perturbación; actitud que, dirigiéndose negativamente a evitar el perjuicio de la parte contraria en el conflicto de interés, se diferencia de la buena fe en el positivo cumplimiento de las expectativas ajenas y por ello mientras se verifica la condición, el enajenante bajo condición suspensiva debe actuar según la buena fe para conservar intactas las razones de la contraparte⁶⁰.

No es comprensible entonces por estos autores que un acreedor condicional, quien de igual forma debe reportar esta clase de actuaciones al ya mediar un contrato, no perciba del ordenamiento la posibilidad de impugnar actos del deudor que debiliten su masa patrimonial a través de negocios simulados, hecho que debe reevaluarse en nuestra legislación y su pertinente interpretación. Frente a esto, puede optarse por una solución similar a la planteada en el derecho italiano, en donde se plasma expresamente la obligación del deudor de actuar de

57 Artículo 1603: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*”

58 BETTI, EMILIO (2000). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Comares, pág. 104.

59 Díez-PICAZO, LUIS & PONCE DE LEÓN (1965). *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Casa Editorial Bosch, pág. 141.

60 BETTI, EMILIO (2000). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Ed. Comares, pág. 469.

buena fe durante la pendencia de la condición, deber que en Colombia se deriva de la interpretación del art. 1603.

Por lo tanto, se afirma una vez más, la existencia de un interés jurídico tutelado en cabeza del acreedor condicional que le otorga personería para entablar la acción de simulación, al momento de acaecer la condición, si durante la pendencia de la circunstancia incierta, el deudor celebró negocios simulados.

3.2 La prenda general de los acreedores, la solvencia del deudor y la acción de simulación

El artículo 2488 del Código Civil establece que: “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, (...)”. Ahora bien, la norma es clara en su tenor literal cuando reconoce dicha prerrogativa a **toda** obligación personal, sin realizar distinción alguna entre aquellas que producen sus efectos de forma pura y simple y aquellas sujetas a alguna modalidad. En esta medida, recordando aquel principio general de interpretación que indica que donde el legislador no ha distinguido, no le corresponde al intérprete distinguir, mal podría predicarse que la prenda general, como derecho patrimonial de los acreedores, solo cobija a aquellos cuya obligación es exigible o cuya obligación está diferida, pero no a aquellos cuyo vínculo obligacional se encuentra postergado por una condición suspensiva. La lectura sistemática que correspondería a dicha norma no es otra que la de conjugar los efectos propios de cada modalidad obligacional, permitiendo un entendimiento pleno y lógico de la norma.

De esto modo, concretamente para el caso de las obligaciones condicionales suspensivas, *pendente conditione*, es evidente que el acreedor condicional es titular del derecho de prenda general frente a todos los bienes que se encuentran en el patrimonio del deudor desde el momento en que este adquiere la calidad de tal, es decir, desde que se presenta la fuente generadora de la obligación que da lugar a su situación jurídica este es sujeto de la prerrogativa que le confiere el ordenamiento al sujeto activo de toda obligación personal. Sin embargo, a pesar de su papel de acreedor en la relación jurídica obligacional, lo cierto, como sucede con cualquier otro tipo de obligación, es que el derecho que la norma otorga únicamente puede hacerse efectivo ante el incumplimiento. Es así que, mirándolo desde la perspectiva del deudor, “*quien incumple una obligación da derecho a sus acreedores para que lo ejecuten y se paguen con sus bienes. O, lo*

*que es igual, el incumplimiento faculta a los acreedores para que acudan ante un juez de la República y le soliciten el remate en pública subasta de los activos del deudor, para que les paguen con lo que se obtenga de dicha venta”*⁶¹. Por tanto, si es la sustracción injustificada del deudor la que permite hacer efectiva la persecución de su patrimonio, obviamente no podría pensarse en que durante la pendencia de la condición suspensiva se presente dicha circunstancia, toda vez que encontrándose los efectos de la relación obligacional supeditados al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, estos no se podrán presentar anticipadamente.

En todo caso, como ya se demostró, dicha situación no es óbice para que se niegue la existencia plena de la prerrogativa que, se itera, el ordenamiento reconoce a toda obligación personal. Cualquier argumentación en contrario, conllevaría sostener que el acreedor condicional, a pesar de su germen de derecho y expectativa legítima jurídicamente tutelada, carece de la que es tal vez la prerrogativa más importante de los acreedores, lo que en últimas sería casi como negarle su condición de acreedor.

Más aún, se evidencia el interés jurídico del acreedor condicional pendiente conditione si se tiene en cuenta que, “[es] natural y de uso corriente en la vida de los negocios que quien va a celebrar un contrato de mutuo se informe de la solvencia del presunto deudor, investigando cuál es el patrimonio, qué bienes tiene para responder del cumplimiento de la obligación que va a contraer, y según lo que resulte de su investigación decidirse o no, a dar su dinero. Como es la solvencia del mutuario lo que influye o determina al mutuante para celebrar el contrato, la ley da al acreedor la acción para demandar la simulación y por este medio conseguir que los bienes que su deudor desprendió simuladamente para perjudicarlo vuelvan a su patrimonio a responder por la obligación contraída.”⁶²

De esta forma, si el patrimonio del deudor, como lo afirma la profesora Castro de Cifuentes, “se convierte así en el supuesto y la medida del derecho de su acreedor. Por tanto, el interés del acreedor se concentra en que el patrimonio del deudor sea suficiente para cubrir el pago de sus deudas, y que así se mantenga. El derecho de ejecución de los acreedores puede verse frustrado porque el deudor se encuentra en condiciones de insolvencia o de

61 CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, *et al.* (2010). *Derecho de las obligaciones*, tomo II, vol. 1. Ed. Temis, pág. 611.

62 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 1943, Gaceta Judicial, t. LVI, pág. 41.

imposibilidad para cumplir sus obligaciones".⁶³ Situación que no excluye al acreedor condicional.

En consecuencia, si se tiene presente que la verificación de la solvencia del deudor se da al momento de contratar, no se entiende por qué, el acreedor condicional, que al igual que aquel contratante que celebra un negocio puro y simple conviene movido por la indagación —así sea apenas superficial— que ha hecho sobre el patrimonio de quien va a ser su deudor, esté legitimado el segundo pero no el primero para incoar la acción de simulación. Pues si bien en el caso del acreedor condicional se trata de un derecho eventual, no significa aquello que este ha contratado sin tener presente la solvencia de su deudor, por el contrario, fue, como en todos los casos, un elemento determinante, no obstante existir la posibilidad de un grave detrimento durante la pendencia de la condición. Lo que no resulta lógico, en este caso, es que si dicho detrimento patrimonial no corresponde a un evento aleatorio, sino a la voluntad directa y reflexivamente encaminada del deudor con el ánimo de insolventarse por medio de un negocio simulado, posteriormente cuando se perfeccione la condición se le niegue al acreedor condicional la legitimación para emprender la acción de simulación.

*Es de tener en cuenta, en este punto, que “mientras no esté sometido a un proceso concursal, [el deudor] conserva la administración de su patrimonio y, por consiguiente, pueden enajenar sus activos y aumentar sus pasivos, de donde se colige que la eficacia de la garantía general de los acreedores depende de la idoneidad y de la rectitud en esa administración. Pues bien, los derechos auxiliares de los acreedores consisten, precisamente, en los medios que la ley les brinda para evitar el deterioro del patrimonio del deudor y para obtener su reconstitución cuando ya se ha deteriorado por actuaciones fraudulentas o simuladas, o particularmente al deudor concursado.”*⁶⁴ Evidente aparece entonces, que desestimar la legitimación en la causa por activa del acreedor condicional sería librarlo a la arbitrariedad de su deudor, quien mientras la condición se encuentre pendiente podrá realizar conductas encaminadas a su insolvencia sin que, posteriormente, el sujeto activo del germen de derecho existente cuando este se despliegue con toda su entidad al realizarse la condición tenga medio jurídico idóneo alguno para retrotraer dichas actuaciones. Lo anterior, se agrava aún más si se tiene en cuenta que en ciertas oportunidades la previsibilidad de cumplimiento de la condición es muy alta, tanto como para que

63 CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA, *et al.* (2010). *Derecho de las obligaciones*, tomo II, Vol. 1. Ed. Temis, pág. 611.

64 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Ed. Temis, pág. 157.

el deudor pueda anticiparla y adelantar acciones con la finalidad de disminuir su patrimonio para el momento en que está previsto que esta se perfeccione. Situación aún más evidente es aquella que presenta el supuesto de hecho del art. 1538 del Código Civil, a saber: que la condición no puede cumplirse por culpa del deudor, pues en este caso es posible que el deudor se insolvente de manera fraudulenta para lo que luego le será indiferente que ocurra el efecto de la norma, es decir que la condición se entienda cumplida, pues ya no habrá en su patrimonio bien alguno sobre el que se pueda ejecutar la acreencia de quien era deudor condicional, ni podrá este usar la acción de simulación en caso de que el deudor se hubiese insolventado por medio de actos fictos.

Podría esgrimirse en contra del argumento recién expuesto, que la condición suspende el nacimiento de la obligación, por lo que la existencia de la relación jurídica obligacional está sujeta a la ocurrencia del hecho futuro e incierto y, mientras tanto, existe una mera expectativa en cabeza del “acreedor” que no le otorga la garantía instituida por el art. 2488 del Código Civil y, por lo mismo, sería indiferente la solvencia que tenía el deudor al momento de contraerse la obligación, pues frente al patrimonio de este el acreedor carente de una obligación existente no contaba con derecho alguno, sino hasta que esta nace con el perfeccionamiento de la condición.

De aceptarse dicha crítica, podría llegarse a sostener que no importa quién sea el deudor de la obligación sino hasta el cumplimiento del hecho futuro e incierto, lo que resultaría contrario a lo dispuesto por el legislador, pues si este no ha permitido la cesión de deudas, es porque precisamente la solvencia del deudor al momento de contraer la obligación se ha juzgado como un factor determinante, el cual debe protegerse mediante la prohibición de dicha figura⁶⁵.

65 El maestro OSPINA FERNÁNDEZ sostiene: “El argumento capital que se ha aducido en pro de esta actitud se ha hecho consistir en la idea de que la transferencia de créditos es admisible porque la situación del deudor no se modifica por el cambio de acreedor; pero no así la transferencia de deudas, porque la personalidad del deudor, **su solvencia**, su buena reputación comercial, etc., sí son factores determinantes de la confianza que el acreedor deposita en él al concederle crédito, que lo que esta expresión denota (del latín *credere*: creer). OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO (2008). *Régimen general de las obligaciones*, pág. 302. Ed. Temis. En la misma línea de pensamiento, afirma el maestro FERNANDO HINESTROSA que “la consideración del patrimonio del deudor es cada vez mayor, al extremo de que no faltan doctrinas que conciben la relación jurídica obligacional como una relación entre dos patrimonios, y otras que la sitúan en la transgresión del deber. Pero sin necesidad de llegar a esos extremos o desviaciones, lo cierto es que el acreedor, si bien no puede descuidar la consideración de la honorabilidad, buena fe y antecedentes de su actual o potencial, factores estos definitivos en la vida de los negocios, lo que en fin de cuentas contempla como respaldo de su pretensión son los haberes presentes y futuros del obligado y el producto de su fuerza de trabajo. FERNANDO HINESTROSA, citado en: MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, *et al.* (2010). *Derecho de las obligaciones*, tomo II, vol. 1. Ed. Temis, pág. 449.

Pero, ¿qué tan cierta resultaría esta protección en el caso del acreedor condicional si se permite que su deudor se insolvente de manera fraudulenta, sin proveerlo de herramienta efectiva alguna para reconstituir aquel estado patrimonial que lo llevó a aceptar la vinculación obligacional?

Otro argumento que demuestra con fortaleza la existencia de un interés en cabeza del acreedor condicional al momento de contratar, son precisamente los efectos retroactivos que conlleva el acaecimiento de la condición. Al respecto comenta el Tratadista Velásquez Gómez, que en la condición suspensiva “el cumplimiento genera el nacimiento de la obligación, reputándose que existió desde la celebración misma del acto jurídico, dados sus efectos retroactivos. El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, pidiendo la cosa con sus aumentos y mejoras, y si se ha pagado antes de cumplirse la condición, no hay lugar a repetir porque ya el acreedor consolida su derecho”.⁶⁶ Por consiguiente, si la consecuencia natural del cumplimiento de la condición suspensiva es que sus efectos se generen de forma retroactiva, no podría entenderse porque de llegarse a consolidar su derecho se le niegue la legitimación para impetrar la acción de simulación para perseguir la declaración de falseado de un acto que celebrado cuando esta se encontraba pendiente.

Son pues evidentes las razones que justifican, desde la prenda común de los acreedores, la legitimación en la causa por activa del acreedor que tiene sujeto el nacimiento de su acreencia a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto. Negarle su aptitud para deprecar dicha acción, se itera, sería tanto como negarle su calidad de acreedor durante la pendencia de la condición, desconociendo la tutela ofrecida por el ordenamiento jurídico, y arrastrando obligatoriamente a reconocer el error en que se ha incurrido durante lustros al llamar acreedor a un sujeto que, de negársele estas condiciones, realmente no lo tendría tal calidad, o de tenerla solo sería ilusoria.

4. HACIA UNA PROTECCIÓN MERECEIDA DEL ACREEDOR CONDICIONAL EN LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN: PROPUESTAS

Por lo que respecta a este trabajo, la solución que se plantea, como tutela merecida del acreedor condicional, en cuanto a legitimación en la causa por activa para incoar la acción de simulación, es la necesidad de probar un derecho anterior a la celebración del negocio simulado, pudiéndose tratar de un derecho

66 VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO (2008). *Estudios sobre obligaciones*. Ed., Temis, pág. 1012.

eventual, diferido por condición suspensiva, pero que en todo caso al momento de principiar la acción debe haberse cumplido la condición que suspendía la acreencia, consolidando su crédito en un derecho cierto y actual. Entonces, se procede a presentar los argumentos que sustentan dicha solución.

En primer lugar, se debe recordar que uno de los principales argumentos que se esgrimió para fundamentar la legitimidad del acreedor condicional se trató de su buena fe. Valga recordar que en virtud de este principio “el contenido de la relación ha de enriquecerse con un conjunto de “deberes” integradores, impuestos a ambas partes (pero, en realidad, más al deudor que al acreedor), que deberían asegurarles una especie de garantía recíproca acerca de la actuación correcta de la relación y la exclusión de cualquier comportamiento que pudiera repercutir en daño sobre la esfera jurídica de la contraparte”.⁶⁷ De ahí que, como bien lo observa Velásquez Gómez, aun cuando el acto simulado se ha “pretendido justificar con base en la autonomía de la voluntad privada. Es cierto. La autonomía faculta a que las partes oculten una realidad. Pero ese poder no puede atentar contra derechos de terceros. Cuando así ocurre, el ordenamiento jurídico no puede patrocinar tales comportamientos. El deudor no obra de buena fe ni se ajusta al principio de solidaridad —que exige que todos permitamos que otros puedan ejercer legítimamente sus derechos—, elevado a canon constitucional (...)”⁶⁸ De este modo, si es pues este principio de lealtad uno de los fundamentos cardinales para otorgar la tutela mencionada, no podría predicarse éste respecto de un sujeto cuya relación se crea con posterioridad a la celebración del negocio simulado. Y es que sería imposible sostener expectativa alguna, contrario a lo que sucede con el acreedor condicional, respecto de alguien con quien no se tiene vínculo jurídico previo. No puede esperarse ni exigirse rectitud alguna, en materia contractual, de alguien con quien no se tiene compromiso alguno, pues la buena fe precisamente surge de la rectitud que deben observar las partes en una relación y, por lo tanto, no se podría alegar con el surgimiento de un vínculo posterior al momento en que se debió actuar conforme a dicha norma de probidad que se debe amparar en virtud de la buena fe.

Otro de los fundamentos para requerir que el interés jurídico que legitime en la causa por activa para entablar la acción de simulación deba ser anterior a la celebración del negocio simulado es que el interés respecto al patrimonio del deudor como respaldo de la obligación asumida por éste, únicamente se presenta con el pacto entre las partes negociales que da lugar al surgimiento puro y simple, sujeto a plazo o condición de la relación obligatoria. En esta

67 BIGLIAZZI-GERI, citado en: FERNANDO HINESTROSA (2008). *Tratado de las obligaciones*, tomo I. Tercera edición. Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 560.

68 VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO (2008). *Estudios sobre obligaciones*. Ed. Temis, pág. 1013.

medida, el acreedor quirografario, que tiene como única garantía la del art. 2488 del Código Civil, no puede buscar la aplicación de medidas reconstitutivas para impugnar negocios que en nada han desmejorado de manera injustificada la prenda común de los acreedores, alegando una mejoría en dicho elemento para la satisfacción de su interés, pues en el momento en que adquirió su derecho ya conocía el estado de solvencia del deudor y no podría intentar mejorarlo impugnando actos que en nada lo han afectado.

Lo anterior encuentra su fundamento en que, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, “por disposición legal (art. 1602 C. C.), en principio, como ya se esbozó en precedencia, los terceros no pueden inmiscuirse en las relaciones contractuales en las que no fueron parte y menos sin un interés real pro hijado por el ordenamiento. La anterior premisa, excluye, en línea de principio, a cualquier persona que no haya intervenido en la celebración del convenio para incidir, favorable o desfavorablemente, en el mismo. Sobre el particular, por sabido se tiene que los contratos no están llamados a favorecer o perjudicar a terceros (res inter alios acta aliis ne que nocere ne que prodesse potest), motivo por el cual, teniendo como basamento una regla tan nítida, nadie podría pretender aniquilar un contrato frente al cual resulta totalmente ajeno.

El acreedor, frente a los contratos que realice su deudor con otras personas y en los cuales no tuvo parte, funge como un tercero; sin embargo, dada la existencia del crédito insoluto y, como quiera que los bienes de aquel son prenda general de garantía de las acreencias, es viable, por así autorizarlo expresamente el artículo 1238 ya citado, que ejerza la potestad que la ley tiene establecida para accionar en procura de reintegrar su patrimonio, **cuando algunos elementos del mismo han salido indebidamente de él, es decir, en detrimento suyo, habiendo sido involucrados en la negociación celebrada, concretamente, la fiducia.**

“Colocar talanqueras a la libertad contractual, cuyo basamento lo constituye la libre voluntad de obligarse, es generar efectos nefastos, en sumo grado, para el desarrollo de la economía o del comercio, pues impide viabilizar nuevas formas de prestar servicios y transferir bienes, razón potísima que no puede ser franqueada por el intento de terceros para afectar una convención en la que no tuvieron ingerencia alguna y aun siendo acreedores, bajo el exclusivo argumento de ser tales, sin que, a su vez, pongan de presente el menoscabo que el negocio les apareja”.⁶⁹

69 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Enero 25 de 2010).

Ahora bien, podría parecer ligero traer a colación dichos argumentos, en la medida que estos se predicán de negocios cuya manifestación de voluntad es real, en contraposición a la expresión de voluntad engañosa que reviste al acto simulado. No obstante lo anterior, los negocios en los que está presente la simulación al igual que aquellos en que la voluntad es perfectamente concordante, parten de un principio cardinal del derecho privado, que como ya se dijo, es la autonomía de la voluntad privada⁷⁰. En virtud de dicho valor fundante de la normatividad civil las personas tienen, en principio, la posibilidad de regular sus relaciones conforme a su voluntad, teniendo como límite las normas imperativas, los derechos de los demás, el orden público y las buenas costumbres. De este modo, esta soberanía reconocida a los sujetos de derecho para autorregularse no puede ser desconocida salvo que atente contra algunos de los límites mencionados, de ahí que para que un tercero externo a la relación normada por las partes no pueda inmiscuirse en ella, salvo que en virtud de la manifestación arbitraria que se haga de esta resulte afectada injustamente una garantía jurídicamente tutelada con la que cuenta el tercero. Para el caso de los acreedores, la prerrogativa salvaguardada a través de la acción de simulación es la conservación de la prenda general con la que cuentan sobre el patrimonio del deudor, por lo que si esta no se ha visto afectada por el acto simulado, al ser este anterior, mal podría admitirse la legitimidad del acreedor que ha adquirido su posición con posterioridad al negocio simulado. Más aún si se tiene presente que la finalidad de un acto simulado no tiene como finalidad en todas las oportunidades afectar a terceros, pudiendo motivarse en fines nobles y loables.

Finalmente, en cuanto al requerimiento de un derecho cierto y actual al momento de incoar cualquier acción reconstitutiva del patrimonio del deudor vale la pena citar, por su claridad, los argumentos esgrimidos por la Corte

70 En relación a este principio expone HELLMUT SUÁREZ: “Según el profesor LEÓN DUGUIT, El principio de la autonomía de la voluntad puede condensarse en los siguientes enunciados, a saber: 1º- Solo los sujetos de la voluntad pueden ser sujetos de derecho; 2º- Los sujetos de derechos disfrutan de la prerrogativa de poder modificar su esfera jurídica mediante actos de su voluntad; 3º- La voluntad de un sujeto de derecho es autónoma o soberana en cuanto a actos o declaraciones de ella, a condición, eso sí, de que tienda a un objetivo lícito, caso éste en el cual la ley le presta toda su protección; 4º- Una relación jurídica es una relación entre dos sujetos de derecho, de los cuales el uno resulta acreedor y el otro deudor. De aquí se desprende que la autonomía de la voluntad, no es otra cosa que uno de los atributos de la libertad jurídica de una persona, de querer algo que tenga por objeto crear, modificar, conservar o extinguir derechos, sin otra limitación que la impuesta expresamente por la ley, por el orden público y por las buenas costumbres, en forma de que en su vida de relación pueda ejecutar todo lo que no esté expresamente prohibido hacer.” SUÁREZ MARTÍNEZ, HELLMUT (1993). *Simulación*. Primera edición. Ed. Librería Doctrina y Ley, pág. 131.

Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil. Sostuvo dicha Corporación al respecto que:

“De suyo, emerge, entonces, que al acreedor le corresponde, inomisiblemente, asumir el compromiso de demostrar que del convenio llevado a efecto por el deudor le deriva un perjuicio; allí, sin duda, anida la validez de su proceder; esto es, en la acreditación de un interés jurídico, serio y actual para legitimar la persecución de los bienes involucrados en el patrimonio autónomo. Es evidente que extinguir un negocio jurídico por el solo hecho de aniquilarlo, comportaría una odiosa e injustificable prerrogativa, así como una afrenta a la seguridad jurídica, a los derechos de las partes, de los terceros y, en fin, de la dinámica social y comercial. Sin embargo, considera la Corte que con solo aducir la existencia de su acreencia no es suficiente, pues debe acreditar un interés serio y vigente que haga creer, verosímelmente, que la satisfacción del crédito está expuesta a envilecerse o, peor, a perderse por razón o con motivo del convenio ajustado por el deudor. En esa perspectiva, la persecución a que se contrae la disposición evocada resulta viable, siempre y cuando, el deudor no cuente con más bienes o los existentes aparezcan insuficientes en procura de satisfacer la acreencia. El perjuicio está determinado por la precariedad de la garantía patrimonial del deudor, acentuada o propiciada por la conformación del patrimonio autónomo. Y de no existir esa conexidad no deviene atendible la persecución y menos la pretensión aniquilatoria de la fiducia.

*Y, a no dudar, que posibilitar el aniquilamiento de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza u objeto, por el prurito de existir acreencias anteriores a su celebración, es conceder a quien esgrime tal pretensión, una prerrogativa que además de inconmensurable, sería de difícil control, pues, significaría tanto como dejar al deudor y aquellos con quienes celebre negocios, expuestos a que aún frente a un capricho del acreedor se aniquilen las convenciones celebradas. Ya decía Voltaire que, “un derecho llevado demasiado lejos, degenera en injusticia” y, evidentemente, resulta más inseguro para las partes, terceros y, aún para el mismo acreedor, que los contratos celebrados por su deudor sean culminados por el solo hecho de aducirse una acreencia anterior. En fin, tan omnimoda y odiosa facultad no tiene cabida en un Estado que se proclame de Derecho”.*⁷¹

71 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Enero 25 de 2010).

Son pues estos los argumentos que claramente evidencian por qué la protección no es merecida por cualquier acreedor y porqué resultan razonables los requerimientos expuestos para reconocer la legitimación en la causa de por activa de un acreedor para interponer la acción de simulación.

CONCLUSIÓN

En conclusión, en cuanto a la acción de simulación, es de supremo valor reconsiderar esta concepción tradicional, que se sostiene en Colombia, a partir requisitos ajenos a la acción de simulación, de forma tal que el acreedor condicional, de acuerdo a lo expuesto en este estudio, se le reconozca su interés jurídicamente tutelado, de forma tal, que cuente con este mecanismo a la hora que vea impedida la realización de su interés por un negocio simulado durante la pendencia de la condición por su deudor.

De igual forma, es preciso concluir a partir de lo argumentado, que en cuanto a legitimación en la causa por activa para entablar la acción de simulación, es necesario probar un derecho anterior a la celebración del negocio simulado, pudiéndose tratar de un derecho eventual, diferido por condición suspensiva, pero que en todo caso, al momento de principiar la acción debe haberse cumplido la condición que suspendía la acreencia.

No se cierra la puerta a esta discusión y por el contrario, se abre un nuevo espacio de debate en cuanto al alcance del interés jurídico del acreedor condicional (*pendente conditione*) tutelado por el ordenamiento jurídico y los efectos que de este se derivan. Al igual, de la importancia de abordar estos temas desde otros estudios metodológicos como el sociológico, para profundizar sobre sus efectos prácticos en el tráfico jurídico, y definir si realmente debe ser o no tolerada la simulación como un negocio jurídico lícito.

Finalmente, del ejercicio investigativo se desprende la necesidad de consultar una amplia gama de fuentes que abran el espectro de conocimiento, que permitan mayor profundidad en la indagación del saber jurídico. La riqueza de la investigación se encuentra entonces en la capacidad de innovar y proponer, e identificar el proyecto investigativo como punto de partida es la base para desarrollar una creación que aporte realmente al recto desarrollo del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 1943, Gaceta Judicial, t. LVI. FERRARA, FRANCESCO (1960). La simulación de los negocios jurídicos. Ed. *Revista de Derecho Privado*.

- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO & OSPINA ACOSTA, EDUARDO (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 1998.
- MOSSETTURRASPE, JORGE (2007). *Contratos simulados y fraudulentos*. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1985). *El negocio jurídico*. Ed. Civitas.
- PLANIOL & RIPERT (1939). *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II. Ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- DE GÁSPERI, LUIS (1945). *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE (1999). *Obligaciones*. 4a. edición. Ed. Pontificia Universidad Javeriana.
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO (1964). *La acción pauliana*. Ed. Retina.
- GIORGI, JORGE (1909). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, vol. II. Ed. Imprenta de la Revista de Legislación.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 14 de 2007).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 10 de 1992).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Agosto 22 de 1967).
- LEAL DÁVILA, ORLANDO (1993). *Tres estudios sobre la simulación*. Ed. Temis.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1984). *Teoría General del Proceso*. Ed. Editorial Universidad.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO *et al.* (1981). *Diez temas procesales*. Ed. Señal Editora.
- SUESCÚN MELO, JORGE (2003). *Derecho Privado - Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, tomo II, Segunda edición. Ed. Legis.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Junio 8 de 1967).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Mayo 20 de 1987). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Julio 27 de 2000).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Septiembre 5 de 2001).
- CASTRO DE CIFUENTES, MARCELA *et al.* (2010). *Derecho de las obligaciones*, tomo II, vol. 1. Ed. Temis.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Mayo 21 de 1969).
- VELÁSQUEZ GÓMEZ, HERNÁN DARÍO (2008). *Estudios sobre obligaciones*. Ed. Temis.
- CÁMARA, HÉCTOR (1958). *Simulación en los actos jurídicos*, segunda edición. Ed. Depalma.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Ed. Temis.
- BIANCA, MASSIMO (2007). *Derecho civil*, tomo 3. Ed. Universidad Externado.

- PÉREZ VIVES, ÁLVARO (2012). *Teoría general de las obligaciones* – Obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana. Parte segunda, Vol. III, cuarta edición. Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- IGLESIAS, JUAN (2002). *Derecho romano*. Ed. Ariel.
- WIEACKER, FRANZ (2001). *El principio general de la buena fe*. Traducción de José Luis Carro. Ed. Civitas.
- HINESTROSA, FERNANDO (2008). *Tratado de las obligaciones*, tomo I, tercera edición. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- GALGANO, FRANCESCO (1992). *El negocio jurídico*. Ed. Tirant Lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS & PONCE DE LEÓN (1965). *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Casa Editorial Bosch.
- SUÁREZ MARTÍNEZ, HELLMUT (1993). *Simulación*. Primera edición. Ed. Librería Doctrina y Ley.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Enero 25 de 2010).