

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC21761-2017

Radicación: 11001-31-03-043-2007-00692-01

(Aprobado en Sala de seis de diciembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Se decide el recurso de casación de Mateo Felipe Rojas Schawartzman, representado por Aura Stella del Socorro Schawartzman, respecto de la sentencia de 24 febrero de 2011, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, en el proceso ordinario incoado por el recurrente contra Jairo Antonio Rojas Morales y Diana Arenas Gaviria.

El proyecto presentado inicialmente no tuvo mayoría para su aprobación, según sesión celebrada el 24 de febrero de 2014. Por esto, mediante auto de 11 de marzo, siguiente, se dispuso remitir las diligencias al magistrado que seguía en turno. No obstante, como se da cuenta en proveído de 12 de julio de 2017, por la renuncia al cargo del para entonces nuevo magistrado sustanciador, y ante la recomposición de la Sala de Decisión, con el ingreso de

“*nuevos funcionarios*”, se acordó retornar el expediente al ponente original para lo pertinente.

1. ANTECEDENTES

1.1. **El petitum.** En el libelo genitor se solicitó declarar la simulación absoluta de los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras Públicas 1058 y 1059 de 17 de marzo de 2004 de la Notaría Treinta y Uno del Círculo de Bogotá, relativos a dos apartamentos y dos garajes, los cuales se identifican; con la consecuente orden de restitución y la condena al pago de los perjuicios causados.

1.2. **La causa petendi.** Según se afirma en la demanda, Jairo Antonio Rojas Morales y Aura Stella del Socorro Schawartzman, son los padres extramatrimoniales del demandante, nacido el 22 de julio de 1992.

Desde el 2001, el progenitor del pretensor se sustrajo a cumplir la obligación alimentaria, y requerido, en el 2004, para su pago, respondió un “*no rotundo*”.

Ante la inminente demanda de alimentos, el convocado corrió a fingir la venta de los bienes reclamados a la codemandada, Diana Arenas Gaviria, su esposa.

En efecto, los contratos se suscribieron el mismo día; el precio insertado es inferior a los avalúos catastrales; la adquirente nunca pagó su monto, pues carecía de capacidad económica y el sueldo de secretaria que

devengaba no le alcanzaba para pagar cuotas hipotecarias; además, se guardó silencio a los acreedores con garantía real, al punto de que no se especificó lo adeudado.

1.3. **El escrito de réplica.** Los interpelados se opusieron a las pretensiones, alegando, en esencia, seriedad de las negociaciones y cumplimiento de las obligaciones alimentarias, incluyendo la cuantificada por el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, donde su pago quedó garantizado con el embargo decretado sobre otro inmueble.

1.4. **El fallo de primera instancia.** Emitido por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, el 6 de abril de 2010, accedió a las súplicas, pero, negó el pago de perjuicios.

En torno a la legitimación, el fallador señaló que al margen del cumplimiento de la obligación alimentaria y de unas consignaciones efectuadas, el actor y su progenitor mantenían un litigio relacionado en el Juzgado Trece de Familia de Bogotá, y ello no obstaba, las acciones encaminadas a obtener el aumento de la respectiva cuota.

El juzgador dejó acreditados los hechos de la demanda, al presumirlos como ciertos frente a la inasistencia de los encartados a absolver los interrogatorios de parte. Además, al existir otras circunstancias indicadoras de la simulación absoluta, como la estrecha relación entre los contratantes; el cambio de actitud del demandado, respecto a la madre del actor, en la época que

coincidía con el no pago de los alimentos; la celebración de dos contratos un mismo día; la retención por el vendedor de uno de los predios; y la inexistencia de pruebas confirmando los términos de las negociaciones.

1.5. **El recurso de apelación.** Inconforme con la decisión, la parte demandada la impugnó.

2. LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

2.1. El Tribunal derivó la legitimación del entonces menor demandante para impetrar la simulación absoluta de los contratos de compraventa, del hecho de “*ser acreedor alimentario potencialmente defraudado*”.

Lo anterior, dijo, no era materia discutida, por cuanto en la demanda introductoria se afirmó que el progenitor interpelado, “*ante una inminente acción judicial y con el fin de evadir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, corrió presuroso a fingir las ventas de los inmuebles*”.

Al pretensor, por lo tanto, le “*bastaba probar su calidad de acreedor*” material, “*vigente desde antes de que el deudor comenzara a feriar su hacienda; y sólo puede éste librarse de dicha acción si prueba que su fortuna económica aún garantiza la efectiva solución de su crédito*”.

2.2. Con relación a la obligación de prestar alimentos, para el *ad-quem* igualmente era un tema superado.

No obstante, antes o concomitantemente con los contratos controvertidos, echó de menos la vigencia o existencia de una cuota concreta de alimentos, esto es, predeterminada, toda vez que el demandante, beneficiario de la misma, no había demostrado que su padre, uno de los convocados, *“estuviera incurso en el incumplimiento endilgado”*.

En efecto, mírese cómo los hechos de la simulación se ubicaron en el 2004; en tanto, la demanda de fijación de alimentos fue presentada en el 2006. La respectiva deuda, empero, se vino a consolidar hasta el 2008, cuando se profirió el fallo favorable al interior del proceso de familia.

Adicionalmente, obtenida como garantía de pago de la prestación, el embargo de un inmueble de propiedad del padre del actor, *“ni siquiera se comprobó que tal bien sea insuficiente para la satisfacción de la obligación”*.

2.3. Así las cosas, en sentir del *ad-quem*, la ausencia de interés en el demandante, era suficiente para infirmar el fallo apelado y negar la simulación.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

3.1. Denuncia la violación directa de los artículos 44 de la Constitución Política; 93, 411, 422 y 1766 del Código Civil; y 129, 130, 132 y 133 a 135 de la Ley 1098 de 2006.

3.2. Según el recurrente, para el Tribunal, un alimentante solo era deudor cuando la cuota de la obligación se encontraba fijada e incumplida. Mientras ello no ocurriera, no podía hablarse de un *“acreedor que tenga interés actual para demandar la simulación”*.

La tesis, dice, es equivocada, por cuanto los alimentos no son un *“crédito cualquiera”*, por el contrario, tienen su fisonomía propia. Primero, hacen parte del mínimo vital del ser humano, pues se instituyeron legalmente *“para subsistir”*; y segundo, entendiéndose concedidos para toda la vida del alimentario, inclusive desde antes de nacer, no hay *“deudor silvestre”* ni *“acreedor ordinario”*.

Es el *“estado de necesidad”*, agrega, el que marca el *“inicio de la deuda, y a partir de entonces hay deudor”*. De ahí, ni la demanda de alimentos, ni la sentencia que los fija, tienen la virtualidad de generar la *“deuda alimentaria”*, ni son *“dadoras de las calidades de deudor y acreedor”*.

En su sentir, la regla sobre la *“consolidación del derecho”*, como requisito para incoar la simulación, vale respecto de *“créditos en general”*, pero nunca en *“cuestiones inherentes al derecho de familia”*. En esa dirección la jurisprudencia, por ejemplo, cuando admite la legitimación de uno cualquiera de los consortes para demostrar contra el contenido de un contrato, una vez ha notificado una demanda dirigida a disolver la sociedad conyugal.

Lo contrario, señala, sería desconocer el desenvolvimiento natural de las cosas, lo mismo que el artículo 135 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual autoriza reconstruir el patrimonio del alimentante con el fin de hacer efectiva la obligación correspondiente, sin importar que se trate de una cuota de alimentos determinada o en vía de establecerla.

En ambos eventos, recaba la censura, habría acreedor alimentario insatisfecho. En la hipótesis de una cuota de alimentos fijada, al no existir bienes con los cuales pagarla; y en vía de mensurar su monto, al resultar irrisoria o insuficiente ante transferencias simuladas.

3.3. Así las cosas, concluye el recurrente, limitar la legitimación y el interés para ejercer la acción de simulación únicamente al caso de una cuota de alimentos concreta, sin extenderla al evento en que se encuentra en vía de serlo, implica violar en forma directa la ley sustancial.

Entre otros, los artículos 419 del Código Civil, el cual manda tener en cuenta para el efecto las facultades del alimentante; 423, *ibídem*, relativo a la prohibición de tasar la cuota de alimentos sobre una capacidad económica mentirosa derivada de compraventas ficticias; 413, *ejúsdem*, extensivo a los alimentos congruos y necesarios; y 422 del mismo ordenamiento, donde permite inferir que la “condición de deudor se tiene desde y por siempre”.

3.4. Solicita el impugnante, en consecuencia, casar la sentencia del Tribunal y en sede de instancia confirmar en todas sus partes el fallo del juzgado.

4. CONSIDERACIONES

4.1. El recurso se resolverá siguiendo las directrices del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones pertinentes a la cuestión, por ser el plexo normativo en vigor cuando fue formulado y sustanciado, de conformidad con los artículos 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por la regla 624 del Código General del Proceso, vigente a partir del 1º de enero de 2006, y 625-5, *ibídem*, a cuyo tenor “(...) los recursos interpuestos (...), se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron (...)”.

4.2. Con relación al escrito de réplica, donde se critica la idoneidad formal de la demanda de casación, los cuestionamientos al respecto resultan intempestivos, puesto que debieron enderezarse contra el auto que admitió a trámite el libelo, en su momento, “*por reunir los requisitos (...) exigidos en la ley*”.

4.2.1. No empece, la discusión en torno al concepto de la violación de la ley sustancial (interpretación errónea, falta o indebida aplicación), se torna intrascendente, así la censura no lo haya especificado o sea equivocado el señalado. Hoy, *stricto sensu*, sin perjuicio de la explicación acerca de la transgresión preceptiva, en palabras de la

Corte, “(...) *no es requisito que deba cumplir el cargo (...)*”¹, dado que no puede de esa manera anegarse o diluirse un derecho por exceso ritual manifiesto², en un Estado social de derecho.

Se trata, entonces, de una formalidad que al decir de la Sala, “(...) *el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, no exige para la idoneidad de la demanda (...)*”³; tampoco, se agrega en esta ocasión, el artículo 344 del Código General del Proceso. Sobre el particular, por lo tanto, solamente se requiere, según recientemente se dejó explicado, “(...) *un discurrir argumentativo en el que [se] explique el porqué de la infracción normativa que aduce, sin que esto signifique que deba indicar el concepto de la violación, eliminado como requisito legal en 1989*”⁴.

4.2.2. En los términos del artículo 374-3 del Código de Procedimiento Civil, es cierto, el recurrente en casación se encuentra compelido a formular la acusación en forma clara y precisa, o al tenor del canon 344-2 del Código General del Proceso, de manera “(...) *clara, precisa y completa*”.

Todas estas exigencias, en general, apuntan a la inteligibilidad de la demanda en temas de adecuación típica, por ejemplo, respecto de las vías para enrostrar los

¹ CSJ. Civil. Sentencia 013 de 13 de diciembre de 2000, expediente 6488.

² El artículo 53-3 del Decreto 2651 de 1980, convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1996, establece que “[s]erá suficiente señalar cualquiera de las normas de esa naturaleza que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa”.

³ CSJ. Civil. Sentencia de 20 de septiembre de 2010, expediente 00428.

⁴ CSJ. Civil. Sentencia SC7814-16 de 15 de junio de 2016, expediente 0072, reiterando proveído de 19 de mayo de 2015, expediente 00715.

errores, de donde no es dable hacer mixtura de causales, salvo que se pueda desentrañar su alcance. Igualmente, en lo relativo a la suficiencia y simetría del ataque, en el entendido que se debe enderezar contra las razones nodales de la decisión y no frente a cualquier argumento.

En el caso, encauzado el cargo por violación directa de unas normas legales, implica para el actor recurrente plegarse en su totalidad a la fijación fáctica y probatoria realizada por el juzgador. Así lo puso de presente, primero, al sostener que en el campo de los hechos y de las pruebas nada *“fustiga[ba] en el cargo”*; y segundo, al acapar que el Tribunal *“acertó”* cuando le atribuyó la condición de *“acreedor alimentario potencialmente defraudado”*.

La censura, es cierto, pese a denunciar la violación directa de la ley sustancial, refiere aspectos probatorios del proceso. Sin embargo, ello no constituye entremezclamiento de causales, como lo predica la parte opositora del recurso, porque si las pretensiones fueron negadas en el Tribunal por motivos distintos a la falta de prueba de la pretendida simulación, lo discurrido al respecto en el acápite *“alcance de la impugnación”*, recabándola, tiene que ver con los efectos del eventual éxito de la acusación.

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

de contradicción, de tal modo que la carencia de la misma repercutirá inexorablemente en el despacho desfavorable del derecho debatido. En el punto, en doctrina probable ha dicho esta Corte: *“(...) es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo”* (CSJ SC de 14 de marzo de 2002, Rad. 6139; se subraya). Ese criterio, se ha reiterado y entendido, siguiendo a Chiovenda, como *“(...) la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (...)”*. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, 1, 185)” (G.J. CCXXXVII, v1, n.º 2476, pág. 486. En igual sentido, G.J. LXXXI, n.º 2157-2158, pág. 48, entre otras).

El interés para obrar y ejercer la tutela judicial efectiva, adviértase, complementariamente, está dado por el perjuicio cierto, legítimo y concreto que ostenta determinada parte o interviniente procesal para obtener sentencia de fondo cuando han sido lesionados sus derechos o éstos se encuentren en peligro. Por tal razón, se predica por la doctrina de esta Sala que debe ser cierto, serio, actual y concreto de modo que se halle facultado para formular la respectiva pretensión o excepción en cada caso específico. Con razón, afirma la Sala *“(...) 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, pág. 23).

El interés para obrar, de consiguiente, es el motivo sustancial de carácter particular, subjetivo (no general), legítimo (autorizado por ley), directo (para su propio provecho o del representado), real y concreto (que no sea abstracto) que mueve a una parte seriamente para presentar una pretensión o excepción al Estado para obtener una sentencia de mérito o de fondo a su favor, asimilable propiamente con el interés en la pretensión, o con la excepción con el beneficio que le pueda reportar el desenlace de la controversia, por cuanto constituye esencia de la pretensión más no de la acción o de la contradicción. En el caso del demandado, con relación al móvil para contrarrestar las pretensiones y en los terceros por aquello que en concreto motiva su intervención; o como expone la doctrina académica: « (...) la utilidad o el perjuicio jurídico, moral o económico que para el demandante y el demandado puedan representar las peticiones incoadas en la demanda y la consiguiente decisión que sobre ellas se adopte en la sentencia»⁵.

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

⁵ DEVIS ECHANDÍA Hernando. Tratado de derecho procesal civil. Tomo I. Generalidades. Bogotá: Editorial Temis, 1961, p. 446.

“ (...) [S]i se recuerda que ‘en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés’; es más, con ese perjuicio ‘(...) es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad’. (Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016)”⁶.

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

Así las cosas, en el asunto puesto a consideración de esta Corte, todo se reduce a establecer, en el estadio estrictamente jurídico, si para la fecha de la demanda, la simple condición abstracta de ser el actor recurrente un acreedor alimentario “*potencialmente defraudado*”, esto es, sin una deuda de alimentos debidamente consolidada, en el caso, mediante una decisión judicial, traducía en falta de legitimación y de interés para solicitar la declaración en comento.

4.3.1. La construcción de la simulación, en el sistema jurídico patrio, ha transitado por diversos estadios, hasta tornarse en institución autónoma y naturaleza definida.

⁶ CSJ. Civil: Cas. Civ., sentencia del 17 de noviembre de 1998, expediente No. 5016, reiterado en exp.13001-3103-005-2003-00168-01 de la Sala de Casación Civil.

Con anterioridad a 1936, esta Corte asimiló la figura a una especie de invalidez de los negocios jurídicos, fundada en los principios generales del Código Civil y en los elementos esenciales de los contratos, bajo el entendido que la ausencia de algunos de ellos generaba nulidad⁷.

Posteriormente, hasta 1968, concibió el fenómeno formado por dos negocios jurídicos coetáneos (teoría dualista), el ostensible y el oculto, cada uno con elementos propios, donde el “(...) *privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público, y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación (...)*”⁸.

En una última etapa, rechazó la anterior doctrina y abogó por la existencia de un negocio jurídico único (teoría monista), solo que el consentimiento lo halló bifurcado en dos manifestaciones de voluntad, una aparente, destinada a producir ante el público una ficción, y otra secreta, contentiva de la realidad del convenio ajustado entre las partes, a la postre, la prevaleciente⁹.

Como lo sintetizó esta misma Corporación tiempo después, “(...) *en un principio la simulación se asimiló a la nulidad, respetando eso sí la posición de terceros de buena fe; luego se desdobló en dos actos, el aparente y el prevalente; y por último, opinión que para esta Sala es la más valedera y apropiada, se ha considerado que se trata de*

⁷ Cfr. CSJ. Civil. Sentencia de 30 de abril de 1923 (G.J., T. XXX, 14).

⁸ CSJ. Civil. Sentencias de 30 de septiembre de 1936 (G.J. T. XLIII, 829) y de 24 de octubre de 1936 (G.J., T. XLIV, 167).

⁹ Vid. CSJ. Civil. Sentencias de 16 de mayo de 1968 (G.J. T. CXXIV, 142-150) y de 30 de agosto de 1968 (G.J. T. CXXIV, 286-291).

un acto único y verdadero, que por razones de distinta índole se quiere mantener oculto enfrente de quienes no han sido partes en él, a cuyo efecto por lo general se procura su disfraz mediante la preconstitución de pruebas de otro acto diferente que en realidad no existe”¹⁰.

En la hora de ahora, por lo tanto, la acción de simulación carece de la característica de ser constitutiva, en el sentido de crear o destruir un vínculo contractual. Ciertamente, su naturaleza es declarativa, en cuanto reconoce un hecho pasado, pues se dirige a resolver ese estado de anormalidad jurídica y hacer patente que el convenio falso no tuvo suceso o fue verificado en forma distinta de como aparece ostensible.

4.3.2. Frente a lo dicho, en la hipótesis de un negocio jurídico fingido o disfrazado, se impone elucidar, entonces, la posición de quienes, respecto de los haberes involucrados en forma simulada por el deudor, adquieren posteriormente la calidad de reales o potenciales acreedores.

4.3.2.1. La doctrina especializada tiene definido, con relación a la garantía general prevista en el artículo 2488 del Código Civil, que la finalidad de la acción de simulación “(...) es comprobar que el bien aparentemente transferido no dejó de pertenecer al deudor (...)”¹¹; o en sentir de otro autor, “(...) demostrar que en razón del carácter puramente

¹⁰ CSJ. Civil. Sentencia de 28 de febrero de 1979 (CLIX-49).

¹¹ CÁMARA, Héctor. *Simulación en los Actos Jurídicos*, 2ª edición. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, pp. 364-365.

*ficticio de cierto acto, un bien que parece haber salido de esta prenda común, no ha dejado de formar parte de ella*¹².

Ese también ha sido el pensamiento de esta Sala, al sostener desde antaño que la “(...) *simulación puede proponerse para descubrir el acto oculto, y acogerse a él, según se deduce del artículo 1766 (...)*”¹³ del Código Civil.

Así, despojado el nubarrón causado por el acto aparente, se podrá conocer, a ciencia cierta, la verdadera dimensión del patrimonio investigado, el cual, ciertamente, en los términos del artículo 2488 del Código Civil, constituye la prenda general del respectivo crédito.

4.3.2.2. En este contexto, para auscultar la legitimación y el interés para obrar, debe precisarse, que no se halla la Corte frente a la judicialización de una acción pauliana que circunscribe el marco espacio temporal de la legitimación en la causa y del interés para obrar a los acreedores afectados (2488-2491 del C.C.), por pérdida o mengua de la garantía, reclamando, en todo caso, la precedencia de una acreencia en cabeza del actor. Enfrenta, ahora, como se viene señalando una acción muy distinta, eminentemente declarativa, con mayor extensión y con definitiva diferencia conceptual con la pauliana. La acción de simulación no se relaciona con el mejoramiento o el aumento de dicha garantía común, sino que la reconstruye, rescata o

¹²CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1979. Tomo décimo. pp. 648-649.

¹³ CSJ. Civil. Sentencia de 10 de junio de 1948 (GJ. T. LXIV, 441-442).

actualiza; o en otras hipótesis, simplemente vuelve el patrimonio al verdadero cauce.

Tratándose de la legitimación de los acreedores, la acción formulada no admite distingos temporales de ninguna índole, en coherencia con doctrina reconocida en la materia, “(...) *tienen el derecho de ofrecer la prueba de su carácter ficticio (...)*”¹⁴. Si se exigiese la precedencia del crédito, dicha acción devendría como inocua y carente de objeto, confundiéndose con la acción pauliana.

Al decir de otro autor, “(...) *[porque] desde que el acto de transferencia es simulado y el bien que ha sido objeto de este acto dependía del patrimonio del deudor en el momento de nacer su crédito y formar por lo mismo, como los otros bienes del deudor, la prenda común o garantía general de los acreedores, los nuevos acreedores pueden hacer valer sobre ese bien los derechos que la ley les reconoce en todos los bienes del deudor y tienen un interés en que se declare que no ha salido del patrimonio por esta convención simulada*”¹⁵.

En fin, acorde también con la doctrina, “(...) *[p]ara el ejercicio de la acción de simulación no es necesario: (...) La prueba de la anterioridad del derecho del impugnante a la creación del negocio fingido o disfrazado (...)*”¹⁶. En palabras de otro autor, “(...) *tampoco es necesaria la anterioridad del*

¹⁴ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo séptimo, las obligaciones, segunda parte. Habana: cultural, 1936. p 265.

¹⁵ DIEZ DUARTE, Raúl. *La simulación de contrato en el código civil chileno*. Teoría jurídica y práctica forense. Santiago: Imprenta chile, 1957. p 149.

¹⁶ Ferrara, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. 3ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. p. 409.

crédito con respecto al acto impugnado, o la preordenación del acto al fin de perjudicar el crédito futuro”¹⁷.

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

4.3.2.3. Itérase, la distinción temporal dicha, desde luego, tiene cabida tratándose de la acción paulina, en cuyo caso, al tener como mira la destrucción de un negocio jurídico realmente celebrado, se requiere, es regla de principio, la preexistencia del derecho cierto e indiscutido en cabeza del actor. La excepción se contrae al contrato pensado y ejecutado, según la Corte, “(...) *en atención al crédito futuro, por lo común de origen legal, y con el fin doloso de privar por adelantado al acreedor de las garantías con que hubiera podido contar*”¹⁸.

Con todo, el acreedor alimentario afectado con la venta de los bienes por parte del obligado a prestar los alimentos está legitimado y tiene interés para demandar la simulación. Por la primera, vigorizada inclusive con una norma propia arriba citada (art. 135 del C.I.A); y con relación al segundo, desde el momento mismo que llega a

¹⁷ Messineo, Francesco. Doctrina general del contrato. t. II. Buenos Aires: Ejea, 1986. p. 46.

¹⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 28 de junio de 1991, CCVIII-549, primer semestre, reiterada en fallo 4468 de 9 de abril de 2014, expediente 00069.

conocer que sus derechos fundamentales como titular de alimentos han sido vulnerados o se encuentran en grave, serio e inminente peligro, evidencia que fluye cuando dispone de un bien o se realizan acciones tendientes a menoscabar su garantía alimentaria. Con mayor razón en este caso, pues cuando el deudor se enteró y conoció de los reclamos y demandas verbales, procedió de inmediato a enajenar su patrimonio. Ahora bien, como no accedió a las súplicas de la parte deudora, luego, ésta debió formular las acciones del caso.

En este punto, pareciera hallarse a contrapelo el art. 421 del C.C., de nuestro ordenamiento cuando dispone que “[l]os alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagaran por mesadas anticipadas”. Empero, el C.C., y el texto de la cuestión, debe amoldarse a la historia que vive el intérprete, en forma progresiva para hallar su sentido y reconocer el derecho; ha de armonizarse con los tiempos que corren en el Estado Constitucional para comprender que categorías, como la del asunto: “*demanda*”, debe entenderse como la RAE, lo expone con un criterio amplio: “*Súplica, petición, solicitud*”¹⁹, significación que más castizamente se aviene al contexto de este litigio, y no exclusivamente, como si se tratara del escrito genitor que introduce el proceso, porque esta exégesis restrictiva ofende el interés superior de los niños y niñas.

¹⁹ RAE. Diccionario de la Real Academia Española, 22 edición. Madrid: Espasa, 2006, p. 467.

En síntesis, el interés para invocar judicialmente la protección o restablecimiento de un derecho no puede surgir de las actuaciones procesales realizadas por el reclamante, sino de las circunstancias objetivas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico subjetivo tutelado por la ley, que en el caso que se examina se materializó en la desaparición del patrimonio con el propósito de menoscabar su derecho fundamental.

Finalmente, en este punto, no puede desconocerse el carácter imperativo y de orden público, con fundamento en el interés superior de los menores de la regla 135 del C.I.A., que otorga legitimación especial en la materia a los afectados con tan vital prestación por los actos simulados de sus deudores: *“Con el propósito de hacer efectivo el pago de la cuota alimentaria, cualquiera de los representantes legales del niño, niña o adolescente o el Defensor de Familia podrán promover, ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de la simulación de actos de disposición de bienes del alimentante”*.

4.3.2.4. No se desconoce, la precedencia o simultaneidad del crédito del tercero, respecto de la fecha del contrato que tilda de simulado, fue exigida en sentencia SC11003 de 20 de agosto de 2014, expediente 00307, siguiendo pautas asentadas en las providencias de 30 de agosto de 1924 (XXXI-104), de 28 de mayo de 1935 (XLII-25), de 26 de agosto de 1936 (XLVII-61) y de 10 de agosto de 1943 (LVI-38/41). Sin embargo, estas últimas, obedecían

a un momento jurisprudencial histórico distinto, razón por la cual, se precisa, en la actualidad no tienen cabida.

La doctrina, en efecto, fue construida en los marcos teóricos de la simulación concebida como nulidad y en el lenguaje de la contraestipulación, épocas en las cuales no se había decantado su naturaleza jurídica ni las diferencias sustanciales con la acción paulina. Por el contrario, ante la carencia para la primera de un estatuto jurídico independiente en el Código Civil, una y otra fueron encaradas indistintamente²⁰.

4.4. Establecido lo anterior, pasa a examinarse la posición de los titulares del derecho de alimentos, con respecto a los negocios jurídicos simulados celebrados por los deudores de esa precisa obligación.

4.4.1. El derecho de alimentos es entendido como el poder de voluntad de una persona, llamada alimentaria (acreedor), que faculta para exigirle a otra, denominada alimentante (deudor), los medios para su congrua o necesaria subsistencia²¹, cuando no los puede proveer por cuenta propia. Su fuente de ordinario es la misma ley, aunque también puede tener origen en el testamento, en la

²⁰ En la sentencia del 27 de julio de 1935, G. J. No. 1.899, esta Corte, basada en la doctrina francesa, empieza a reconocer viabilidad al artículo 1766 del Código Civil, para edificar la acción de simulación, trazar los lineamientos de la nueva doctrina y estudiar su naturaleza, características e importancia.

²¹ En los términos del artículo 413 del Código Civil, los alimentos congruos “*son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social*”; y los necesarios “*los que le dan lo que basta para sustentar la vida*”.

donación entre vivos; en fin, en el acto jurídico o en el hecho jurídico en sentido lato.

En esa línea esta Corte, al decir que “(...) *la obligación alimentaria es un deber jurídico impuesto a una persona para asegurar la subsistencia de otra, deber que puede provenir de la ley, de una convención o de testamento*”²².

El fundamento constitucional de los alimentos es el deber de solidaridad social, según el artículo 95, numeral 2° de la Constitución Política, y al emanar generalmente del parentesco (artículo 411 del Código Civil), constituye una responsabilidad familiar (artículo 42 de la Carta Magna), pero también personal y social.

Esto último, en lo relativo a la descendencia, porque así como la pareja se encuentra facultada para decidir libremente sobre el número de hijos, en forma correlativa tiene la obligación de sostenerlos y educarlos mientras sean menores, discapacitados o impedidos (*inciso 7°, ibídem*). Por tanto, en el Estado Constitucional y social de derecho, la obligación alimentaria, al estar ligada también con el mínimo vital de toda persona, la vida misma, y con los derechos de quienes demandan protección reforzada, subyace, sin lugar a dudas, una responsabilidad estatal, familiar y social. De consiguiente, es obligación también de linaje público y de raigambre *iusfundamental*.

²² CSJ. Civil. Sentencia de tutela de 18 de noviembre de 1994, expediente 1705.

Por ello, en el marco del parentesco se extiende como derechos de los ascendientes y de los colaterales, dentro de las fronteras que fija cada régimen jurídico; sin desconocer los derechos de los demás sujetos de derecho, destinatarios de la protección reforzada que les otorga la propia Constitución: Personas discapacitadas y adultos mayores o de la tercera edad.

4.4.2. En el ámbito del contenido de los alimentos, la ley dispensa su protección, en orden a fijarlos o a revisarlos; y en la óptica de su exigibilidad, una vez establecidos, los mecanismos para efectivizarlos. Todo como expresión del derecho fundamental de tutela judicial efectiva a fin de garantizar el ejercicio del derecho alimentario.

Para los propósitos de la fijación, revisión o exoneración, el marco legal impone tener en cuenta, amén de la necesidad del alimentario, al ordenar tasarlos de acuerdo con la capacidad económica del deudor y las circunstancias domésticas (artículos 419 y 423 del Código Civil); y para efectivizarlos, luego del juicio declarativo pertinente, se posibilita el cobro ejecutivo de los provisionales y definitivos fijados (artículos 448 del Código de Procedimiento Civil y 397 del Código General del Proceso, 148 y 152 del Código del Menor); y de paso la práctica y materialización de medidas cautelares.

La obligación alimentaria, en los dos ámbitos dichos, desde luego, existe desde la concepción del alimentario. En sentido amplio, el artículo 91 del Código Civil, al proteger la

vida del *nasciturus*. En particular, los artículos 133 y 135 del Código del Menor, y 24 del Código de la Infancia y Adolescencia, al definir que los alimentos comprenden el deber de suministrar a la madre los gastos de embarazo y parto, y al autorizar a la mujer grávida demandarlos a quien corresponda, respecto del hijo que está por nacer. Justamente, es en todo este plexo normativo y conceptual, donde habita la legitimación especial que autoriza el legislador en el art. 135 del C. de la I. y A., fincado en el interés superior de los niños y niñas, cuando expresa: que se *“(...) podrán promover, ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de la simulación de actos de disposición de bienes del alimentante”*.

Así las cosas, frente a un contrato simulado, el ámbito de protección de los alimentos no puede reducirse al tema de su exigibilidad, sino que también comprende el espectro de su contenido, en cuanto uno de los objetivos específicos de la relación jurídica alimenticia es permitir establecer su valor frente a las precisas necesidades del alimentario y a la real capacidad económica del llamado a satisfacerla.

Por supuesto, el juez también debe ser cauto, prudente y cuidadoso para no socavar los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima de los ciudadanos para no socavar los términos prescripcionales que abrigan la obligación crediticia, los contratos, las obligaciones y los derechos de las personas.

4.4.3. En todo caso, para esta Sala, los alimentos revisten la naturaleza de un derecho fundamental, por tanto, rebasan cualquier consideración legal de carácter restrictivo para amilanarlos, dentro del modelo tríptico del Estado constitucional y social de derecho, en cuanto edificado en principios, valores y derechos.

En esas condiciones, los alimentos emergen con absoluto rigor, de modo que su reclamo a través de los mecanismos de recomposición y de preservación del patrimonio del deudor cuando quien demanda el derecho es un menor, no admiten fronteras y no necesariamente requieren de la existencia de un crédito consolidado para urgir su protección por vía de la simulación, o de cualquier otro tipo de acción conducente, cuando la persona potencial o realmente obligada finge el traslado patrimonial, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.

El interés del menor demandante para el ejercicio de la acción de simulación, únicamente requiere para la fecha de la demanda, como lo tiene anticipado esa misma Corporación en doctrina aplicable, “(...) *que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio (...)*”²³.

Con mayor razón, cuando los menores son sujetos de una protección reforzada a la luz del artículo 44 de la Constitución Política, en sentido amplio: la vida, su

²³ CSJ. Civil. Sentencia de 14 de octubre de 2010, expediente 00855.

integridad física, su salud, su seguridad social, su alimentación, el amor y el acceso a la cultura, el derecho a una familia, su estado civil; en fin, todo el catálogo de derechos fundamentales. La cuestión es tan trascendente que cualquier sujeto de derecho puede exigir su protección, al considerarse que la falta de madurez psicofísica los torna vulnerables y expuestos a todo riesgo; por ello, son sujetos de especial protección constitucional y legal, en el marco de la progresividad.

Claro está, esa protección no es únicamente de naturaleza legal y constitucional, según se viene pergeñando. También tiene una sólida salvaguarda en el Derecho Internacional Público y Privado: En efecto, por virtud de la categoría bloque de constitucionalidad, halla venero en variadas disposiciones, algunas constitutivas de *hard law* y, otras, del *soft law*, que afincan el interés superior para el ejercicio de una acción dirigida a reconstruir el patrimonio del deudor: En la Declaración de Ginebra de 1924, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 3º dispone: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” (subrayas ex texto).

De la misma Convención ha de destacarse el numeral 4 del art. 27 cuando dispone: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados*”. El texto, como se infiere obliga a tomar medidas apropiadas para el aseguramiento del pago de pensiones alimenticias en el orden nacional como internacional.

La protección internacional es creciente: Inclusive se ha expedido el Convenio de La Haya sobre cobro internacional de alimentos para los niños y los otros miembros de la familia, el 23 de noviembre de 2007 para mejorar la cooperación entre los Estados a fin de proteger tan cardinal derecho, de tal manera que la dispensa de justicia sea eficaz, accesible, rápida, económica, flexible y justa. Por ejemplo, el artículo primero de este instrumento señala: “*El presente Convenio tiene por objeto garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, en particular: a) estableciendo un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes; b) permitiendo la presentación de*

solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos; c) garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y d) exigiendo medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos”.

El derecho convencional interamericano, en el Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969 (art. 17), aprobado en Colombia por la Ley 16 de 1972, igualmente define ese amparo. Colombia, por ejemplo, se constituyó como Estado parte en la Convención desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 21 de junio de 1985. Su marco normativo, luego fue ampliado por el Protocolo Adicional de San Salvador del 17 de noviembre de 1988 en los artículos 15 y 16, en protegiendo claramente a la niñez y todos sus derechos alimentarios. Estas disposiciones compelen en toda hipótesis de deficiencia de derechos, hacer uso del control de convencionalidad por parte de las autoridades de los Estados signatarios de la Convención.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones alimentarias firmada en Uruguay, en 1989 y la Convención Interamericana sobre el reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos, suscrita en Nueva York en 1956, ratificada por Colombia por Ley 471 de 1998, completan algunas de las normativas más relevantes.

El aludido control de convencionalidad, entendido por esta Sala, como la comparación de la normatividad interna con la de la Convención y la interpretación de ésta, efectuada por el órgano autorizado, la Corte Interamericana, fulge en éste evento como necesario parámetro adicional y complementario para la protección de los derechos.

Lo anotado, en aras de verificar que la primera no contradiga las siguientes y, en caso de suscitarse tal divergencia, adoptar las medidas para evitar esa disonancia.

En definitiva, principios de protección especial de la niñez y de preservación del interés superior del menor consagrados en el plexo normativo integrado por la Constitución Nacional, el Código Civil, el Código del Menor, el Código de la Infancia y de la Adolescencia, y por los tratados e instrumentos internacionales que se conjugan con la categoría bloque de constitucionalidad, labran la posibilidad del ejercicio de la acción de simulación, ante la presencia de un derecho subjetivo fundamental que urge resguardo especial, asegurando un mínimo de protección.

4.5. Frente a lo discurrido, pasa a estudiarse si en el campo estrictamente jurídico, el Tribunal se equivocó al negar legitimación e interés del entonces menor actor, Mateo Felipe Rojas Schawartzman, para impetrar la declaración de simulación de los contratos de compraventa celebrados entre su padre Jairo Antonio Rojas Morales, como vendedor, y Diana Arenas Gaviria, en calidad de

compradora, el 17 de marzo de 2004, al no ser un acreedor alimentario concreto, esto es, con una deuda por dicho concepto debidamente consolidada.

4.5.1. Con ese propósito, ninguna discusión surge en torno a que para el momento de incoarse la acción, el 1º de noviembre de 2007, el demandante, en su condición de titular del derecho de alimentos, había promovido contra su progenitor Jairo Antonio Rojas Morales, el 4 de diciembre de 2006, un proceso dirigido a regular la cuota alimentaria, fijada a la postre en sentencia de 10 de abril de 2008.

4.5.2. En los términos del fallo atacado, la legitimación e interés del pretensor no surgía de la “*simple condición abstracta de acreedor alimentario*”, sino de la existencia de un “*deudor material*” correlativo, anterior o concomitante con la demanda de simulación, circunstancia que en el caso de manera alguna concurría, puesto que la “*deuda por alimentos vino a consolidarse en el año 2008*”, en virtud de la sentencia proferida en el proceso de familia.

4.5.3. En ese contexto, el error *iuris in iudicando* denunciado, con incidencia en las normas denunciadas como violadas, se estructura, porque si para el juzgador acusado, la declaración de simulación se supeditaba a la existencia en favor del demandante de un título ejecutivo con las características de claridad, expresividad y exigibilidad, tal exigencia, como *supra* quedó explicado, se predica de una acción distinta, esto es, de la pauliana.

La legitimación y el interés del actor para el efecto, por lo tanto, subyacía en el contenido mismo de la obligación alimentaria, *verbi gratia*, cuando se encuentra en vía de establecerla o de consolidarla, precisamente, para evitar que la fijación de la respectiva cuota resulte siendo fingida tanto respecto de la necesidad del acreedor alimentario, como de la real capacidad económica del deudor alimentante.

Ejemplos de lo anterior, entre otros casos posibles, puede citarse la legitimación reconocida a un vendedor para solicitar la simulación de la enajenación realizada por su comprador a un tercero, a fin de contrarrestar la lesión enorme del primer contrato²⁴; o el interés de los consortes para atacar de fingidos los negocios jurídicos efectuados por el otro, ya disuelta la sociedad conyugal, ora con la simple notificación del libelo dirigido a ese mismo propósito²⁵; y el derecho otorgado a los compañeros permanentes, con igual objetivo, a partir también de la notificación de la demanda dirigida a declarar la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho²⁶.

La acción de simulación, en consecuencia, se justifica no sólo frente a un daño serio y actual, sino también de cara al peligro o menoscabo a la integridad de otros derechos, a raíz de la interposición del acto o contrato fingido. Si para la Corte basta un litigio judicial para que la

²⁴ CSJ. Civil. Cfr. Sentencia de 7 de julio de 1989, CXCVI, 2º segundos semestre, páginas 16 y ss.

²⁵ CSJ. Civil. Vid. Sentencia 168 de 5 de septiembre de 2001, expediente 5868, entre otras.

²⁶ CSJ. Civil. Cfr. Sentencia 163 de 27 de agosto de 2002, expediente 6926.

demanda de simulación pueda promoverse, se entiende que, según las circunstancias en causa, comprende un daño potencial, como la simple amenaza o la mera posibilidad de que algún daño llegue a producirse.

4.6. El cargo, en consecuencia, se abre paso, razón por la cual no hay lugar a imponer costas en casación contra el recurrente ante el éxito de su recurso.

5. SENTENCIA SUSTITUTIVA

5.1. Según el escrito de apelación, los demandados le niegan al entonces menor demandante legitimación e interés (concreto, serio y actual), a efectos de solicitar la declaración de simulación de los contratos de compraventa involucrados.

En su entender, porque al actor no lo unía ninguna relación sustancial con dichos negocios jurídicos; y si bien, dicen, existía una decisión judicial regulando la obligación alimentaria, en el proceso no se acreditó su cobro compulsivo. En adición, al haberse demostrado que dentro de esa actuación, en garantía de dicha prestación, se embargó un inmueble de propiedad del alimentante.

5.1.1. La respuesta al primer cuestionamiento, se encuentra consignada al resolverse el recurso de casación. La Corte, por lo tanto, se remite a dichas consideraciones, suficientes, por sí, para concluir que el demandante Mateo

Felipe Rojas Schawartzman, a la sazón menor cuando presentó la demanda, le asistía legitimación e interés jurídico para promover la acción de simulación.

Desde luego, como quedó explicado, al interponerse los contratos simulados, esto no solo obstaba fijar una suma por alimentos acorde con la necesidad del alimentario y a la real capacidad económica del alimentante, sino también, en coherencia con el juzgador de primer grado, al constatarse o actualizarse el real patrimonio del obligado, surgía expedita la vía para obtener “*el aumento de la cuota*”.

5.1.2. El segundo argumento, tampoco resulta de recibo en la alzada, porque al margen del cumplimiento o no de la obligación alimentaria, inclusive respecto de la cuota fijada mediante sentencia en el proceso de familia después de promovida la acción de simulación, el interés jurídico del demandante no se hizo derivar de la insolvencia fraudulenta del deudor o de la agravación de un estado tal, obvio mediante la celebración de contratos reales, porque ello es propio, se repite, de la acción pauliana, si no de la ocultación fingida de un patrimonio.

En esa medida, ningún papel jugaba en las resultas del proceso de simulación, la existencia de una garantía de pago de una obligación alimentaria establecida o consolidada, consistente en el embargo de un inmueble de propiedad del alimentante, porque así el hecho sea cierto, se trataba de demostrar que otros bienes raíces figuraban

secretamente a su nombre, todo lo cual redundaba en la fijación o aumento de una cuota real de alimentos.

5.2. En el recurso de apelación, los demandados ninguna crítica lanzaron en torno a los hechos de la simulación sentados en la sentencia apelada, los cuales sin lugar a dudas los desfavorecían, seguramente, al considerar como argumento totalizador para infirmar la decisión, la alegada falta de legitimación y de interés jurídico del pretensor.

No obstante, al encontrarse infundados tales objeciones y entenderse implícitamente comprendida la protesta en esos otros aspectos, en esta oportunidad la Corte no tiene ningún reparo que hacer al juicioso análisis realizado sobre el particular en el fallo del juzgado, toda vez que se ajusta a la realidad procesal, probatoria y sustancial.

5.2.1. Como se recuerda, la simulación se dejó acreditada con la presunción de certeza de los hechos de la demanda, derivada de la inasistencia de los demandados a absolver los interrogatorios. En concreto, (i) la estrecha relación existente entre los contratantes, ante la falta de prueba del matrimonio; (ii) el incumplimiento de la obligación alimentaria del vendedor para con su hijo, desde el 2001, y los requerimientos efectuados para obtenerla; (iii) el fingimiento de los contratos de compraventa para evadir dicha obligación; y (iv) el no pago del precio.

Igualmente, con las declaraciones de María Yolima Hernández Polanco y María Yolima Carvajal Hernández quienes dieron cuenta de la *“intención del demandado de que su hijo no se beneficiara de su patrimonio”*, así como del vínculo estrecho que existía entre los padres del demandante y del cambio presentado por el interpelado, Jairo Antonio Rojas Morales, al inicio de su relación con la codemandada Diana Arenas Gaviria *“situación que coincide con el incumplimiento de sus obligaciones alimentarias”*.

Además, indirectamente, al causar enorme impacto como fuente fáctica indicadora que las *“dos operaciones contractuales se hubieran celebrado el mismo día y por diferentes instrumentos públicos, en los cuales no se observa diferencia ostensible en su redacción, lo que hubiera podido ser objeto de una sola escritura de venta”*.

Del mismo modo, ante la evidenciada falta de claridad acerca del pago del precio, pues aunque se indicó que el enajenante lo recibió a la firma de las escrituras y se advirtió la existencia de dos hipotecas asumidas por la compradora, no se precisó el saldo, ni si era sumado o deducido, lo cual constituía *“indicio de que no existió voluntad en la transferencia de los bienes y que los actos escriturarios fueron un simple paso para excluir los bienes del patrimonio de uno de los demandados para ser traspasados al del otro, sin que existiera contraprestación alguna”*.

En igual dirección, porque la solvencia de la adquirente, producto de la venta de una herencia, *“no pasó de ser una afirmación carente de pruebas”*, y el hecho no se demostró con *“extractos bancarios, certificaciones de ingreso”*. Fuera de esto, *“no existe justificación al supuesto destino dado por el vendedor a los recursos recibidos como producto de las ventas [de los inmuebles], siendo claro que ni siquiera se privó de su administración y siguió ejerciendo los actos propios de dueño ante los demás”*.

5.2.2. En el fallo apelado se echó de menos la prueba de la calidad de cónyuges entre vendedor y comprador. Se precisa, sin embargo, el proceso no tenía por mira un estado civil, sino la simulación absoluta de unos negocios jurídicos, atendiendo la diversidad de las dos instituciones: el estado civil y la tocante con los actos fingidos.

El matrimonio, es cierto, se encuentra sujeto a una prueba específica. No obstante, al decir de la Corte *“una cosa es probar el estado civil y otra una relación de la cual se pueda inferir la seguridad que suele buscarse para celebrar los negocios simulados, en que debe existir en el ánimo de los celebrantes mucha confianza. Quizás podría decirse, entonces, que la confesión no prueba el estado civil pero sí la familiaridad, que en últimas es la que constituye el indicio de simulación”* (Sentencia de casación de abril 26 de 1983)²⁷, pues también es diferente el estado civil de la prueba del mismo.

²⁷ CSJ. Civil. Sentencia 132 de 22 de agosto de 2000, expediente 6047.

En ese oren, para dejar sentado en el caso el indicio correspondiente, era suficiente los hechos indicativos del matrimonio. De hecho, nadie ha puesto en tela de juicio que los contratantes, para la época de las compraventas simuladas, no fueran esposos.

5.3. En esas circunstancias, no queda alternativa distinta que confirmar la providencia apelada.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **casa** la sentencia de 24 febrero de 2011, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, en el proceso ordinario incoado por Mateo Felipe Rojas Schawartzman, representado por Aura Stella del Socorro Schawartzman, contra Jairo Antonio Rojas Morales y Diana Arenas Gaviria.

En sede de instancia **confirma** en todas sus partes el fallo apelado de 6 de abril de 2010, pronunciado por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá.

Las costas de segunda instancia corren a cargo de la parte demandada apelante. En la liquidación respectiva inclúyase la suma de cuatro millones de pesos (\$4'000.000), por concepto de agencias en derecho.

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

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Presidente de la Sala)

Con salvamento de voto

MARGARITA CABELLO BLANCO

Con aclaración de voto

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA