

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Ref: Exp. 25899-31-03-001-2022-00002-01.

Pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 18 de enero que antecede por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá dentro del proceso verbal de Edward Carrillo Villamil contra Érika Dolores Moyano Rodríguez, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

La demanda pidió declarar relativamente simulado el acto de donación contenido en la escritura 1420 de 3 de julio de 2015 corrida en la notaría segunda de Zipaquirá para, en su lugar, declarar que se trató de una dación en pago de alimentos futuros de sus hijas menores Daillin Mariana y María José Carrillo Moyano; como consecuencia, dejarlo sin valor ni efecto y disponer las anotaciones correspondientes.

Aduce al efecto el actor, que tuvo una relación afectiva con la demandada, fruto de la cual se procrearon las menores Daillin Mariana y María José, nacidas el 24 de noviembre de 2007 y el 26 de enero de 2011, respectivamente; el 2 de julio de 2009 adquirió la casa 23 del Condominio Campestre Camino La Floresta II – Las Margaritas de Chía, identificada con matrícula inmobiliaria 50N-20530050, por valor de \$280'000.000, que canceló de sus propios recursos, pues la demandada carecía de

capacidad de adquisición; posteriormente, en 2015 le donó ese inmueble a la demandada, pues acordaron que con éste, se cancelaría la obligación alimentaria de sus hijas hasta que cumplan 25 años de edad; no obstante que el valor del bien en la actualidad es de \$820'000.000, precio que resulta suficiente para cubrir de forma vitalicia los alimentos de las menores e incluso de su progenitora, aquélla inició en su contra un proceso de alimentos.

Admitida a trámite la demanda por auto de 17 de febrero de 2022, en que el juzgado concedió el amparo de pobreza solicitado por el actor, se dispuso la notificación de la demandada, quien se opuso negando la simulación; señaló, en síntesis, que la relación con el demandante dio inicio en 1995 y después se convirtió en convivencia, dentro de la cual fueron procreadas las niñas; lo adquirido por el demandante y que después le donó, fue sólo el 50% del inmueble, pues la otra mitad le pertenecía a ella, como también ocurría con el otro bien adquirido en vigencia de la convivencia, esto es, un apartamento y el parqueadero 9P del Edificio Yenny's Paola Propiedad Horizontal de Cajicá; aunque no aportó dinero para la compra, ello se debió a que para esa época ella trabajaba con Agrícola El Redil y se encargaba de los gastos de la casa, el cuidado de las niñas, el plan complementario de salud para todos y el 50% de los gastos de las niñas; la relación de pareja finalizó en septiembre de 2011 por las infidelidades de él.

Además, el objeto de la donación no fue cubrir los alimentos futuros de las niñas, sino distribuir los bienes que habían adquirido durante la convivencia, debido a que para 2015 ya él tenía otra pareja, con quien esperaba un bebé, y ella le pidió que definieran la situación de los bienes adquiridos en vigencia de la unión, para lo cual acordaron que él le donaría el 50% de la casa y ella, por su parte, le firmaría las escrituras del apartamento cuando él lo vendiera, después de la donación, no obstante ello, Edward siguió contribuyendo con los alimentos en una cuantía de \$1'500.000, que en febrero de 2018 rebajó a \$750.000; desde ahí empezó a desentenderse también de las niñas, retrasarse

en los pagos del colegio, situación que se agravó debido a la pandemia, pues quería cambiar las niñas de colegio, el que pagaba respecto de la niña mayor; sin embargo, en 2020 también dejó de comprarles regalos y ropa para navidad y no volvió a visitarlas, por lo que en junio de 2021 decidió promover el respectivo proceso de fijación de cuota alimentaria; precisamente por esa época él la contactó para que firmara la escritura de venta del apartamento, a lo que ella se negó exigiéndole solucionar lo tocante con los alimentos adeudados; pero él, en respuesta, promovió este proceso, a sabiendas de que la donación no tuvo ese propósito que invoca en la demanda; con fundamento en ello formuló las excepciones que denominó ‘fraude procesal, abuso de las vías del derecho al promover una demanda contraria a la verdad’, ‘temeridad y mala fe’, pues solicitó amparo de pobreza con fundamento en unos hechos ajenos a la realidad, ‘irrenunciabilidad de los alimentos’, ‘inexistencia de simulación, fue verdadera la intención de las partes en la donación del 50%’.

Puestas en traslado dichas excepciones, el demandante guardó silencio.

Recaudado el interrogatorio del demandante, donde el juzgado indagó por los bienes de su propiedad y sus ingresos, decidió revocar el amparo de pobreza que le había concedido y lo sancionó con multa de un salario mínimo legal mensual vigente, determinación que mantuvo al revisarla en reposición.

La primera instancia fue clausurada con sentencia desestimatoria, decisión que, apelada por el demandante, en recurso que le fue concedido en el efecto suspensivo, se apresta el Tribunal a resolver.

II.- La sentencia apelada

Después de algunas apuntaciones teóricas sobre la simulación, donde enfatizó en la importancia de la prueba del concierto simulatorio, hizo ver que no hay

absolutamente nada en el proceso que indique que ese acto por el cual el actor le donó a la demandada el 50% de la unidad 23 del Condominio La Floresta II -y no del 100%, como se indicó en la demanda- es simulado; no se acreditó discrepancia alguna entre la voluntad declarada y la verdadera de ese acto, ni la intención de esconder otro acto jurídico, sobre todo porque ningún sentido tiene ocultar una dación en pago en una donación, pues le habría convenido más al actor explicitar que estaba pagando los alimentos futuros de sus hijas; las solas afirmaciones del demandante son insuficientes para concluir en ese objetivo, y por ello debe atenderse a la declaración objetiva contenida en la escritura pública, la que se presume auténtica y legal, especialmente cuando la demandada no aceptó la existencia del supuesto concilio simulatorio, lo que impide asumirlo como cierto; con base en esto desestimó las súplicas de la demanda, y como previamente había revocado el amparo de pobreza, condenó en costas al actor, fijándose como agencia en derecho la suma de seis salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III.- El recurso de apelación

Lo despliega sobre la idea de que no ha podido revocarse el amparo de pobreza que se le concedió al admitirse a trámite la demanda, porque no se cumplió el trámite dispuesto para ello; el juzgado no podía desconocer su propio auto ejecutoriado, pues con ello se vulneraron los principios de cosa juzgada, confianza legítima y buena fe, máxime si de considerar que su providencia era ‘abiertamente ilegal’, lo que ha debido hacer era dejar sin valor ni efecto ese auto; así, como el artículo 158 del código general del proceso dispone que es la contraparte la que debe solicitar el amparo de pobreza, esa revocatoria por parte del juez no estaba permitida, como tampoco la condena en costas que le impuso en la sentencia, menos cuando concluyó del interrogatorio que el demandante sí tenía los recursos económicos para sufragar los gastos del proceso, sólo porque allí reconoció ingresos por \$3'000.000 mensuales, pero sin certeza de que la condición que exhibió con la demanda haya

variado positivamente, ya que no adquirió ningún otro activo de los que ya tenía, ni percibió frutos u otros ingresos, y tampoco tuvo en cuenta las obligaciones alimentarias que tiene a su cargo; se basó en unas pruebas sobre las que no se le permitió ejercer el derecho de contradicción, de modo que no podía revocar el amparo y mucho menos imponerle una multa por razón de esa decisión, ni tampoco condenarlo en agencias en derecho, especialmente cuando, en condiciones normales, se fijan por éste en uno o dos salarios mínimos por ese concepto y no seis, como en este caso. De otro lado, existe nulidad porque de las excepciones de mérito no se le corrió traslado en debida forma, ni se vinculó al acreedor hipotecario, a pesar del interés que tiene en el proceso por tratarse de un derecho real accesorio.

Por lo demás, ha debido declararse la simulación, porque de las pruebas del proceso es posible inferirla; además, no se le permitió reformar la demanda, con el fin de aportar nuevas pruebas; sin contar con que no tenía que acreditar el concierto simulatorio, pues aquél “*está intrínseco en la convención*” y existe abundante prueba indiciaria en ese sentido, como que la demandada aceptó que no había aportado dinero para la compra de la casa; no demandó la existencia de la unión marital de hecho, justamente porque esa relación no existió; y tampoco hizo un aporte social; no lo había demandado antes por alimentos a pesar de que llevaban más de diez años separados, el valor del inmueble pues supera los \$800'000.000 y no se acreditó que la insinuación haya sido verdadera; en todo caso, era la demandada a quien correspondía desvirtuar la simulación, por haber sido demandada por el contratante; el juez, por su parte, omitió su deber de decretar pruebas de oficio si era que las consideraba insuficientes.

Consideraciones

1.- Lo primero que ha de puntualizarse es que la nulidad que plantea el recurso formulado por el demandante porque, en su sentir, no se surtió en debida forma el traslado de las excepciones de mérito formuladas

por la demandada, corresponde a una cuestión zanjada en proveído de 31 de octubre de 2022, donde el juzgado se pronunció sobre la solicitud que en ese sentido elevó dicho extremo procesal, decisión que fue confirmada por el Tribunal en auto de 3 de mayo del año en curso, de modo que no es posible ahora volver sobre esa pendencia.

1.1.- Ahora bien. La necesidad del litisconsorcio encuentra explicación en que, según la noción que al respecto trae el artículo 61 de la ley de enjuiciamiento civil, la única forma de resolver adecuadamente un litigio es definiendo las cosas de manera uniforme respecto de quienes sean partícipes de la relación que se discute en el proceso, de tal manera que si ello es así, será menester convocarlos a todos, quienes, por ende, tendrán la posibilidad de postular las pretensiones de la demanda o bien, contradecirlas; de ahí que si el problema se mira en función de la participación de los sujetos procesales en la relación sustancial objeto de controversia, la lógica indica que su presencia en él se hace imprescindible para la adecuada composición del litigio.

Tratándose de acciones contractuales, la institución del litisconsorcio surge entre quienes fueron parte en el contrato, es decir, entre las “*personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos*” (Cas. Civ. Sent. de 16 de diciembre de 2004, exp. C-7929). Cual en efecto lo acentúa la misma jurisprudencia, persuadida de que “*cuando se formula una pretensión impugnativa de un acto o contrato (...) la sentencia de mérito no puede producirse si no se ha convocado a todas las personas que fueron parte del mismo*” (Cas. Civ. Sent. de 8 de agosto de 2001, exp. 5814). Así, si lo que se pretende con el proceso de simulación es que “*se revele la realidad del negocio jurídico celebrado o que no existió ninguno*” (Cas. Civ. Sent. de 18 de noviembre de 2016, exp. SC16669-2016), lo más natural es que estando de por medio un contrato, la legitimación en la causa se rija por la aplicación del principio de relatividad de los contratos, que encuentra apoyo en el conocido aforismo romano *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*, de modo que los llamados a comparecer

al proceso y, por supuesto, a resistir la pretensión simulatoria, deben ser necesariamente que los que figuraron como partes contratantes dentro del respectivo acto (Cas. Civ. Sent. de 1° de julio de 2008, exp. 2001-06291-01), pues son ellos quienes habrán de soportar los efectos de las declaraciones que la jurisdicción realice al respecto.

Aquí, es de verse, estando la relación sustancial que por virtud del acto controvertido en este asunto debe juzgar la jurisdicción, integrada por quienes fueron sus partícipes, esto es, el donante y la donataria, es obvio que no resultaba menester la convocatoria de nadie más al proceso a efectos de proveer sobre la seriedad del acto, y mucho menos de la acreedora hipotecaria cuyo gravamen aparece inscrito en el folio inmobiliario, a propósito, constituido e inscrito con posterioridad a la donación, pues al margen de que ésta es ajena a la relación sustancial debatida, es ostensible que por efecto de esa relatividad inherente a las decisiones judiciales, su presencia en el proceso no tiene sentido, si es que, sin muchos asomos, el pronunciamiento que aquí se hará no tiene por qué involucrarla, máxime que, de admitirse, en gracia de discusión que aquello se tornaba imperativo, lo que definitivamente no es así, tendría que decirse que, de cualquier modo, la demanda no arrostra de ninguna manera el gravamen; lo que, a propósito, no parece obedecer a un silencio descuidado de la demanda, sino a la intención de mantener la transferencia del dominio, pero en cabeza de las menores en cuyo favor se hizo el pago de alimentos futuros, desde luego que si las cosas son así, esa citación no era viable; y menos considerar que al no haberse dispuesto, lo actuado adolece de nulidad, la que, de tener alguna razonabilidad, de todas maneras no podría ser alegada por el demandante, quien carece de legitimidad para hacerlo, pues ésta *“no puede ser invocada eficazmente sino por la parte mal representada, notificada o emplazada, por ser ella en quien exclusivamente radica el interés indispensable para alegar dichos vicios”* (G. J., t. CCXXXIV, pag.180)” (Cas. Civ. Sent. de 12 de abril de 2004; exp. 7077), por manera que si el supuesto afectado con la nulidad, en el peor de los casos, no sería él sino la acreedora.

2.- Habiendo quedado establecido lo anterior, conviene abordar lo tocante con la simulación. Y ya adentrándose en el análisis de las pruebas en búsqueda de esos indicios a que alude el impugnante, no ve el Tribunal que, a la verdad, aquéllos tengan la consistencia que en ellos advierte el recurrente, pues ni serios, ni plurales ni convergentes resultan ser esas circunstancias que de acuerdo con su alegato impugnatorio, apuntalan básicamente el concierto simulatorio, en especial porque probatoriamente no asoman elementos que acusen la divergencia entre la voluntad real y la declarada por los partícipes del supuesto fingimiento, en el propósito de encubrir ese pago de alimentos futuros en que apuntala el actor ese objetivo de la simulación, situación que, dígase desde ya, se yergue como un serio tropiezo para el éxito de la demanda (sublíneas intencionales).

Porque si la simulación, como lo viene diciendo inveteradamente la doctrina jurisprudencial, es la “*declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo*”, es obvio que si no se presta el consentimiento en aras de constituir eso que ésta ha dado en denominar el “concierto simulatorio”, lo último de que podría hablarse en tal hipótesis sería, por sustracción de materia, de simulación, en cualquiera de sus dos especies, sea la absoluta o la relativa (Cas. Civ. Sent. de 19 de mayo de 2004, exp. 7145 – sublíneas ajenas al texto).

A la verdad, sábese que “*para que un contrato pueda considerarse simulado, no basta con que se hayan consignado declaraciones de voluntad que no correspondan a la realidad; también se requiere que esa discrepancia entre la voluntad real y la declarada resulte de un pacto subyacente entre los estipulantes*”, esto es, que “*todos sus partícipes deben consentir en su celebración, a sabiendas de estar creando una simple apariencia jurídica, orientada a ocultar su verdadera voluntad (o la absoluta ausencia de esa*

voluntad)”, pues si “uno de los partícipes oculta al otro que al negociar tiene un propósito diferente del expresado, esto es, si su oculta intención no trasciende su fuero interno, no existe otra cosa que una reserva mental por parte suya (propósito in mente retenti), insuficiente desde luego para afectar la validez de la convención, o para endilgar a la misma efectos diferentes de los acordados con el otro contratante que de buena fe se atuvo a la declaración que le hizo (CSJ SC, 16 dic. 2003, rad. 7593; reiterada en CSJ SC4829-2021, 2 nov.)” (Cas. Civ. Sent. de 22 de julio de 2022, exp. SC1960-2022).

Y esa prueba del concierto simulatorio, hay que decirlo, se hace exigible incluso cuando lo que se pretende es la simulación de una donación, desde que en un acto de esa naturaleza no confluye solamente la voluntad del donante, sino también la del donatario; en efecto, se trata de un negocio jurídico *“plurivoluntario, como buenamente se desgrana de la propia definición que da el código civil en el artículo 1443. Una persona, el donante, que transfiere bienes a otro, el donatario, que lo acepta. Mientras esas dos voluntades no se encuentren, no se alcanzará la perfección ni validez del negocio, porque es plurivoluntario. Uno que da y otro que recibe. Todos así lo entienden, y ya nadie cae en la distracción de que la definición del código la mencione como ‘acto’ y no como contrato, pues llegóse a concluir que así ocurrió no más que por la decidida participación de Napoleón en la obra codificadora de su país (de donde abrevaron las legislaciones chilena y colombiana), a quien parecíale que no de otro modo podía ser si el donatario no se obligaba a dar nada, cayendo en la confusión de identificar al contrato no más que con el contrato bilateral”* (Cas. Civ. Sent. de 30 de enero de 2006, rad. 1995-29402-02).

Lo cierto, ya ahondando en las pruebas del proceso, es que nada en ellas autoriza decir que el donante y la donataria tuvieran la intención de ocultar que su objeto era el pago de esos alimentos a que se refiere el accionante, cual lo exige la jurisprudencia; es más, si algo alcanza a

descubrirse de esas pruebas y cumplidamente de los indicios que de ellas pueden extraerse, es que la donataria recibió esa cuota parte del inmueble en donación de su expareja, no con el propósito de abonar a esos alimentos ‘futuros’ de sus hijas, sino a consecuencia de la distribución de los activos que adquirieron las partes durante esa convivencia, relación que, según lo adujo ella en el proceso, mantuvieron por algo más de una década, por supuesto que si esto es así, es muy difícil concluir en ese acuerdo *simulandi* que determina el éxito de la acción de prevalencia, pues, itérase, para su declaración judicial no basta solamente que en el fuero interno de uno de los contratantes haya estado la intención de celebrar un negocio jurídico distinto del que quedó plasmado; la reserva mental, ciertamente, aleja del todo la existencia de ese concierto.

2.1.- Claro, el “*esclarecimiento de la simulación de un contrato exige importantes esfuerzos probatorios, pues implica desentrañar un estado mental que las partes de la negociación resolvieron mantener en su fuero íntimo, y que, en ocasiones, persisten en encubrir. En línea con lo anterior, suele reconocerse la importancia de emplear evidencias indirectas de esa voluntad real, como ciertos rasgos o comportamientos de las partes, que no son frecuentes entre quienes ajustan tratos serios*” (sentencia SC1960 citada); la cuestión, sin embargo, es que, como se anotó en un comienzo, ninguno de esos indicios en que hace énfasis el demandante, tiene la fuerza suficiente para desvirtuar los que a su turno dan pie para considerar que el objeto de la donación fue el que acaba de mencionarse; antes bien, aquellos terminan corroborando la tesis defensiva.

2.1.1.- Dice el actor, a ese respecto, que el primer indicio de simulación está en que la relación entre las partes fue simplemente pasajera y no con esos ribetes de convivencia, pues de haber sido así, la demandada habría promovido las acciones correspondientes para la declaración de la unión; a pesar del planteamiento, la fuerza de ese indicio decae prontamente, si se tiene en cuenta que, como consta en el folio de matrícula inmobiliaria y en la escritura

que recogió el acto cuya simulación se demanda, cuando adquirieron en común y proindiviso la casa 23 mediante escritura 764 de 2 de julio de 2009 de la notaría segunda de Chía, constituyeron en ese mismo acto sobre aquél afectación a vivienda familiar, naturalmente que si estas pruebas desvirtúan completamente el planteamiento probatorio que hace el recurrente, desde que brindan elementos bastantes para concluir que no es cierto que la relación entre los contendientes fuera pasajera y sí que tenía unas connotaciones mucho más robustas, es imposible considerar que del hecho puede surgir un indicio de simulación como el que se alega; menos cuando, de pensar que esto apunta de algún modo a la apariencia, esto jamás conduciría a un acuerdo de pago de alimentos ‘futuros’, de suerte que ninguna utilidad tendría éste para las aspiraciones del accionante.

Además, si se admitiera que nunca tuvo una relación seria con la demandada, tendría entonces que haber explicado por qué al adquirir el bien lo afectaron en los términos de la ley 258 de 1996, a sabiendas que los inmuebles afectados a esa finalidad son aquéllos “*destinado[s] a la habitación de la familia*” (artículo 1º), desde luego que si el espíritu que animó al legislador a consagrar dicho régimen, según se lee de la exposición de motivos, fue precisamente el de proteger a la familia, evitando que el cónyuge propietario pudiese disponer a su arbitrio del “*bien que servía de vivienda común, dejando sin techo al cónyuge más débil y a sus hijos*”, al punto que por ello, para su levantamiento, es vital que “*exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se pruebe siquiera sumariamente que la habrá*”, ora que “*se disuelva la sociedad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley*” (numerales 1º y 6º del artículo 4º), lo obvio es que el actor, denigrando de la seriedad de la relación, despejara en el proceso esta evidente contradicción.

2.1.2.- En lo otro en que enfatiza la apelación, es en el reconocimiento que en la contestación hizo la demandada de que no aportó dinero alguno para la

adquisición de ese bien. Pero acontece que lo que se está debatiendo aquí no es la forma de adquisición del inmueble, sino lo tocante con la donación; y en ese aspecto, lo que debe relievase es que la confesión debe mirarse juntamente con las explicaciones, modificaciones y aclaraciones concernientes al hecho confesado, cual lo impera el principio de su indivisibilidad consagrado positivamente en el artículo 196 del citado estatuto, por lo que si esa afirmación fue complementada por la demandada diciendo que “él [refiriéndose al demandante] *adquirió sólo un derecho de cuota equivalente al 50% del inmueble y la señora Érika Dolores Moyano Rodríguez el derecho de cuota del otro 50% por la unión marital de hecho entre compañeros permanentes por ellos formada*” y que aun cuando él pagó el precio, ella “*era la persona que tenía que asumir costos de mantenimiento de la casa, servicios, del cuidado de las niñas, el plan complementario de salud, el 50% de los gastos de las menores, etc.*”, pues para la época ella “*trabajaba en Agrícola El Redil y era así como Edward y Érika repartían los gastos, pero el mantenimiento de la casa y cuidados de la niña era ella quien los asumía (...)* Erika hacía otros aportes a la relación y el predio fue adquirido en vigencia de una unión marital de hecho entre compañeros permanentes”, es ostensible que, al sopesar sus palabras, el juzgador no puede desentenderse de esas explicaciones, de las que se extrae básicamente que para ella, con independencia de quién pagó el precio del bien, le pertenecía a los dos, no sólo porque así se hizo constar en el respectivo instrumento público, sino porque fue adquirido en vigencia de la convivencia, algo que acompasa con el artículo 3° de la ley 54 de 1990, el “*patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes*”, mas no que la cuota parte del inmueble que no figuraba a su nombre, la recibió por parte del actor a título de pago de los alimentos futuros de sus hijas, como que ninguna relación se advierte de ese supuesto con la realidad de la negociación que pretende develar.

2.1.3.- Como tampoco puede decirse que el valor que se le dio a la donación haya sido irrisorio, porque para esa data el inmueble contaba con un avalúo catastral de \$214'754.000; y en ese acto se tuvo como valor comercial la suma \$350'000.000, superando ampliamente el precio de adquisición que escasamente cinco años atrás, esto es, \$280'000.000, de suerte que ello no puede erigirse como indicio, menos si ninguna prueba acredita una total desproporción entre esa suma y el valor real del bien, que, a simple vista, sea *“tan exiguo que de lejos”*, por lo *“ínfimo, aparece como ridículo”*, como cuando se paga *“un peso por una cosa que vale varios miles”* (Cas. Civ. Sent. de 20 de septiembre de 2000, exp. 5705).

2.1.4.- Y ni qué decir de ese reproche que se plantea en lo que toca con la insinuación, pues si su finalidad, que *“obedece a ‘intereses de orden superior’, no es en el fondo otra que la de proteger al donante, quien, en tal virtud, antes como ahora deberá demostrar para obtener esa autorización que conserva lo necesario para su congrua subsistencia (artículo 3o decreto 1712 de 1989), lo cual explica que el comentado requisito sea en lo esencial meramente cuantitativo. Al fin y al cabo, hay que decirlo, donar no es de ninguna manera un acto ilícito; jamás lo ha sido y muy seguramente jamás lo será; y al punto resulta ser así que la ley nunca ha mirado con malos ojos, desconfiadamente, a quien es magnánimo, bienhechor con sus congéneres. Antes bien, aceptando la filantropía y el altruismo de algunos, adopta medidas, como de hecho lo es la insinuación, para precaver que esa generosidad no llegue a extremos tales que pueda comprometer su propia subsistencia o la de los suyos”* (Cas. Civ. Sent. de 19 de mayo de 2014, exp. SC6265-2014), mal puede decirse que resulte ‘raro’ el cumplimiento de ese requisito en este caso, donde en la escritura se dejó constancia de que *“el donante conserva lo necesario para atender a su congrua subsistencia, en atención a que posee otros inmueble a su nombre e ingresos producto de su actividad comercial”*, atestación que no se muestra solitaria en el panorama probatorio, sino convergente con esas pruebas que acreditan

que para ese momento, cuando menos, era propietario del 50% del apartamento 402 y los parqueaderos 8P y 9P del edificio Yenny's Paola P.H., así como de la buseta de placas TLZ-223, modelo 2014, marca Hyundai y el bus, marca Hino, modelo 2015, de placas TLZ-994, de donde nada de sospechoso puede verse allí.

2.2.- La contracara del litigio son esos indicios que apuntalan la tesis exhibida por la demandada en su defensa, según la cual la donación se hizo porque acordaron que él le entregaba el 50% de la casa y ella, a su turno, el 50% del apartamento con miras a distribuir los activos que adquirieron en común y proindiviso en vigencia de la unión, pero que él siguió pagando los alimentos y que sólo fue durante los últimos que pretendió sustraerse del pago de éstos, especialmente de los gastos educativos de la hija mayor, pues acordaron que cada uno asumiría los de una de las hijas, es algo que sí encuentra sustento en las pruebas con que fue abastecido el proceso.

2.2.1- Empezando por las impresiones de esas conversaciones que se cruzaron vía Whatsapp a finales del año 2021, donde la demandada, a vuelta de ser requerida por el actor, le hizo ver que no había podido *“hacer la diligencia y entiendo la urgencia que tiene, pero creo que es importante que dejemos claro lo de las cuotas de las niñas y lo que nos está debiendo de la manutención, yo no sé cuándo se solucionarán sus problemas y yo no puedo seguir sosteniendo sola los gastos de las niñas, he tenido desde muchos años que asumir deudas y verme muy alcanzada de dinero”*, a lo que éste replicó no propiamente alegando que esos alimentos estaban cubiertos por el tiempo que según la ley y la jurisprudencia se extiende la obligación alimentaria, sino que, antes bien, recordándole *“que en Zipa cuando hicimos la escritura de la casa quedamos de común acuerdo que usted me daría la firma del apartamento de Cajicá cuando yo lo fuera a vender sin ningún problema y al día de hoy que lo necesito mire el inconveniente que estamos teniendo, soy consciente que le debo pero desafortunadamente usted sabe la situación en la que estoy*

cuando yo hice lo de la casa fue sin pensarlo usted me lo pidió y yo lo hice” (sublíneas del Tribunal), las que a voces de la jurisprudencia pueden ser valoradas como prueba indiciaria (Sentencia T-043 de 2020), cuanto más en un caso como el sub-judice, donde además de no ser desconocida su autoría y tampoco su contenido por el demandante, armoniza con esas certificaciones expedidas por el Colegio Mayor de los Andes, en las que se constata que mientras respecto de María José la responsable económica es su progenitora, en relación con Daillin Mariana, el responsable fue el actor entre 2015 y 2020, y a éste era a quien se requería para el pago de las mensualidades adeudadas, algo harto indicativo de que, por lo menos para pagar alimentos, la donación no tuvo nada que ver; de otro modo él no reconocería la deuda de gastos de manutención, ni mucho menos se hubiese prestado para figurar como responsable económico de una de sus hijas, y tampoco existiría evidencia de que los pagos en relación con ella eran realizados por él.

2.2.2.- Más allá de todo lo anterior, en cuanto al móvil, si de verdad se trató del pago de esos alimentos ‘futuros’, tendría el proceso que mostrar, de alguna manera, cuál pudo ser la razón que tuvieron donante y donataria para encubrir, bajo el ropaje de la donación, un pago como el pretendido; mas, aun ahondando esforzadamente sobre las pruebas, no encuentra la Sala algo que pudiera, de alguna forma, conducir en esa dirección; y todo porque, muy por el contrario, siempre salta el hecho de que la pareja se había distanciado definitivamente y que, por esa razón, en una forma de distribución del patrimonio que tenían, decidieron resolver las cosas mediante ese expediente; es más, si realmente la intención de las partes hubiera sido esa, lo menos que esperaríase es que, desde la demanda, el actor hubiera dicho cuál fue la razón que medió entre ellos para ocultar la verdad del acuerdo vertido en el título escriturario. Sin embargo, nada dijo el demandante al respecto, lo que, en realidad, no parece ser fortuito, pues es muy difícil, en una situación como la analizada, concebir una explicación a algo que, por lo menos desde el punto de vista fenomenológico, luce prácticamente imposible, desde luego que si no hay una

razón probable, como ha quedado demostrado, es harto complicado concebirla para comprometerse a probarla en juicio.

3.- Y no se diga que al actor le bastaba afirmar que su intención al suscribir el instrumento es suficiente para que a la demandada le correspondiera desvirtuar la existencia de la simulación, pues la carga de la prueba pesaba en sus hombros, desde que es quien desdice de la seriedad del negocio-donación, como bien lo establece el precepto 167 del código general del proceso, en cuyo propósito debía traer al proceso suficientes y fidedignos medios de prueba que le permitan a éste formarse el convencimiento de que el negocio jurídico cuestionado es aparente y, por ende, reñido con la realidad volitiva de las partes, pues quien alega la existencia de una simulación “*por mera suposición o por desfiguración*”, debe asumir el cometido de “*derruir la buena fe sobre la cual viene guarnecido el negocio acreditando el contraste entre el querer subjetivo y la declaración pública, así como el ánimo que movió a los contratantes a actuar de dicha manera – animus simulandi*”, de ahí que en esa labor exista “*libertad probatoria en la medida que cualquiera de los elementos persuasivos puede conllevar a la demostración de la institución en comento*”, especialmente los indicios, cuya entidad probatoria es reconocida como “*de gran valía a la hora de auscultar si un «negocio jurídico» es real o figurado*” (Cas. Civ. Sent. de 27 de agosto de 2019, exp. SC3452-2019), deber que ni de lejos alcanzó, como que no se aprecia que “*los indicios y las conjeturas tengan el suficiente mérito para fundar en el Juez la firme convicción de que el negocio es ficticio; lo cual sólo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes. Vale decir, la prueba debe ser completa, segura, plena y convincente; de no, incluso en caso de duda, debe estarse a la sinceridad que se presume en los negocios (In dubio benigna interpretatio ad hibenda est ut magis negotium valeat quam pereat)*’ (cas. Junio 11/1991) CSJ SC, 13 de octubre de 2011, rad. 2002 00083-01)” (Cas. Civ. Sent. de 15 de enero de 2015, exp. SC033-2015).

3.1.- Ciertamente, el actor atribuye esa deficiencia probatoria a que en las condiciones en que se surtió el traslado de las excepciones de mérito y el ingreso al despacho para fijar la fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, se le impidió reformar la demanda y aportar nuevas pruebas; lo cierto, sin embargo, es que de su silencio y de la forma en que enfrentó el litigio fue que se derivaron unas consecuencias de orden procesal y probatorio que no puede pretender remontar a estas alturas del proceso, cual ya se expuso al definir el tema de la nulidad que previamente formuló; en todo caso, véase que a pesar de enfatizar en la necesidad de contar con una oportunidad adicional para aportar las pruebas que le permitirían fundar su aspiración, ningún intento hizo en el propósito de que aquéllas arribaran al proceso, pues no sólo no se aportaron con el escrito de apelación, sino que tampoco se solicitó su decreto o práctica dentro de la oportunidad a que alude el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, en concordancia con el precepto 327 del código general del proceso, al punto que ni siquiera ahora existe modo de saber a qué pruebas es que hace referencia, lo que termina por corroborar que su labor probatoria dentro del trámite fue muy precaria.

3.2.- Y aunque no se discute que el juez, como director que es del proceso, obligado está al decreto oficioso de pruebas cuando éstas han de ser determinantes en las resultas del litigio que tiene a su cargo, no debe olvidarse que tal análisis le compete con exclusividad al juez de conocimiento y no a las partes, pues es aquél el que debe *“determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto. De allí que si bien no se trata de una mera discrecionalidad del juzgador de la atribución para decretar o no decretar de oficio una prueba, sino de un deber edificado sobre el juicio y conclusión razonable del juzgador, no es menos cierto que sólo a él le compete hacer dicho análisis y adoptar la decisión que estime pertinente de decretar o no la prueba de oficio, pues*

le basta decretarlas sin recurso alguno (CPC, art. 179, inc. 2º) o simplemente abstenerse de hacerlo (pues sólo depende de su iniciativa)”, algo suficientemente indicativo de que dicho instituto “no puede constituirse en un mecanismo imperativo para subsanar la negligencia de las partes” (Cas. Civ. Sent. de 15 de julio de 2008, exp. SC069-2008).

4.- Ahora bien. Memórase que la finalidad del recurso de apelación es que *“el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* (artículo 320 del código general del proceso), es decir, que tratándose de la apelación de la sentencia, el ad-quem debe verificar las *“deficiencias o excesos que pueda tener el contenido de la sentencia, y que dicen relación a su fundamentación jurídica o probatoria, a la razonabilidad de sus conclusiones o, en fin, a cualquier tema relacionado con el fondo de la controversia”* (Cas. Civ. Sent. de 13 de abril de 2016, exp. SC4415-2016), lo que deja al descubierto que debe existir congruencia entre el recurso de apelación y la providencia impugnada; y si ello es así, no hay duda de que si la revocatoria del amparo de pobreza no se adoptó en la sentencia, sino en un escenario procesal completamente distinto, la competencia del Tribunal no puede entenderse activada para proveer sobre la juridicidad de esa determinación, por supuesto que ha debido ser frente a ella que el interesado arremetiera como lo hace ahora, procurando exhibirle al superior esos motivos de inconformidad que tenía con la forma en que el a-quo solventó aquello tocante con el amparo que había concedido, revocándolo e imponiéndole esa sanción que derivó de dicha determinación, que no en este momento, cuando ya se trata de una decisión que cobró firmeza dentro del proceso la que, por tanto, ya no admite los embates que se le vienen haciendo.

4.1.- Lo anterior quiere decir, en buenas cuentas, que la sentencia apelada, en lo que hace a la desestimación de la pretensión simulatoria, debe confirmarse, incluso en lo que toca con la condena en costas,

pues es claro que si la decisión por la cual el juzgado en últimas dejó sin efecto el amparo de pobreza que le concedió primigeniamente al actor, al haber cobrado ejecutoria se convirtió en ley del proceso, esa condena se hacía inaplazable, como que así lo establece el numeral 1° del artículo 365 del estatuto general del proceso, con arreglo al cual “[s]e condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”; así lo ha admitido la jurisprudencia al avalar la tesis de que “*tal determinación se pronuncia por mandato de la ley, si se quiere en forma automática, a cargo del litigante perdidoso por el solo hecho del vencimiento*” (Cas. Civ. Sent. de 7 de noviembre de 2000; exp. 5606).

4.2.- Solo resta por decir, atinente a la protesta que se hace frente al monto en que se fijaron las agencias en derecho, que eso es asunto que escapa a la órbita del recurso, pues aunque la ley actual dice, con fortuna, o no, que las agencias se fijan en la sentencia, es lo cierto que las peticiones sobre esa estimación se ritúan mediante el trámite liquidatorio que al efecto establece el artículo 366 del citado ordenamiento y su monto solo podrá controvertirse mediante “*los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*”, lo cual implica que la apelación de la sentencia jamás podría ser un escenario para disputarlas.

5.- Corolario lógico de lo dicho, se confirmará la sentencia apelada. Las costas del recurso, ya para terminar, se impondrán, con apego a la regla 3ª del precepto 365 ibídem, a cargo del demandante.

IV. – Decisión

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia, administrando justicia en nombre de la República

de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Costas del recurso a cargo del demandante. Tásense por la secretaría del a-quo en el momento procesal oportuno, incluyendo como agencias de derecho de esta instancia la suma de \$1'500.000.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

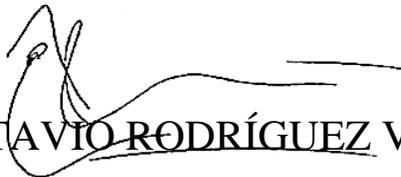
Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión de la Sala Civil-Familia de 8 de junio de 2023, según acta número 16.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ

Pablo I. Villate M.
PABLO IGNACIO VILLATE MONROY



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ