

77
#1236



LA SIMULACION EN EL DERECHO CIVIL

DANNY ALBERTO EBENBECK TORREGROSA

Anteproyecto de tesis para optar
al título de Abogado.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA
1994

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla,

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. CONCEPTO DE LA SIMULACION	1
1.1. CASOS DE SOCIEDADES FICTICIAS	4
1.2. VICIO DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS	7
1.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO SIMULADO	12
1.4. EL FRAUDE PAULIANO EN EL DERECHO CIVIL	15
1.4.1. Elementos del fraude pauliano	16
1.5. ACCIONES DE LOS ACREEDORES	21
2. CARGA DE LA PRUEBA PROCESAL	26
2.1. REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA	27
2.2. A CARGO DE QUIEN ESTA LA PRUEBA DE LA SIMULACION	31
3. MEDIOS PROBATORIOS QUE SE PUEDEN ALEGAR PROCESALMENTE	33
3.1. MEDIOS QUE PUEDEN ALEGAR LAS PARTES CONTRATANTES	33
3.2. LA PRUEBA INDICIARIA EN LA SIMULACION	36
3.3. PRUEBAS QUE PUEDEN ALEGAR LOS TERCEROS	38
3.4. PRUEBAS QUE SIRVEN PARA ACREDITAR LA SIMULACION	38
3.5. CONTRAECRITURA O CONTRADOCUMENTO	38
3.6. PRINCIPIO O COMIENZO DE PRUEBA POR ESCRITO	41
4. CONCEPTO DE SEMIOTECA	42

4.1. CONTENIDO DE LA SEMIOTICA JUDICIAL	43
4.2. SEMIOTICA DE LOS INDICIOS DE SIMULACION	44
4.3. CAUSA SIMULANDI	48
4.4. NECESSITAS	50
4.5. OMNIA BONA	51
4.6. AFECCTIO	52
4.7. MOTITIA	52
4.8. HABITUS	53
4.9. CHARACTER	53
4.10. INTERPOSITION	53
4.11. SUBFORTUNA	54
4.12. MOVIMIENTO BANCARIO	54
4.13. PRETIUM VILIS	55
4.14. PRETIUM CONFESSUS	55
4.15. COMPENSATIO	56
4.16. PRECIO DIFERIDO	56
4.17. INVERSION	57
4.18. RETENTIO POSSESSIONIS	57
4.19. TEMPUS	57
4.20. LOCUS	59
4.21. SILENTIO	59
4.22. INSIDIA	60
4.23. PRECONTITUTIO	60
4.24. PROVISIO	61
4.25. DISPARENTESSIS	61
4.26. INCURIA	62

4.27.	INERTIA	62
4.28.	NESCIENTIA	63
4.29.	DOMINANCIA	63
4.30.	SUBCENCIA	64
4.31.	CONTRADOCUMENTO	65
4.32.	TRANSACTIO	65
4.33.	INDICIOS ENDOPROCESALES	66
5.	LA HEURÍSTICA	67
5.1.	CONCEPTO DE LA HEURISTICA JURIDICA	67
5.2.	INTEGRACION DE LA HEURISTICA Y EL DERECHO	71
6.	EL METODO HEURISTICO	74
6.1.	INFORMATIVA	74
6.2.	TECNICA DE COARTADA	76
6.3.	TECNICA DE COARTADA	77
7.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; SALA DE CASACION CIVIL	83
7.1.	ANTECEDENTES	83
7.2.	LITIGIO	86
7.3.	LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDO GRADO	91
7.4.	EL RECURSO EXTRAORDINARIO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE	93
	BIBLIOGRAFIA	112

1. CONCEPTO DE LA SIMULACION

ETIMOLOGICAMENTE. "Simular" viene del latín *simulare*, forma verbal de *Similis* (Semejante)¹.

Simular significa "Representar una cosa, fingiendo lo que no es, fingir, aparentar, imitar". Así es notorio que la ficción no solo actúa en el campo del Derecho, sino en todas las actividades del mundo social. La persona que recurre a la simulación quiere crear una apariencia falsa para engañar al público induciendo a la opinión errónea de la verdad del hecho alegado. Se puede simular enfermedad, un peligro, un viaje, etc. En la antigüedad era muy frecuente aparentar enfermedades para eludir al servicio militar o a cualquier castigo; pero no solamente se fingía sobre aspecto fisiológico sino también sobre cómo simular un estado económico y social.

La simulación no actúa únicamente en el campo material si

¹Diccionario Enciclopédico Básico. Plaza y Janés.

no la palabra pasa y se aplica a la esfera moral, a los cambios de ánimo, y de esta manera, se habla de amistad, generalidad y virtud simulada.

Simular, por tanto, es lo que sagaz y hábilmente hace creer una actividad insincera.

Después de la simulación se convirtió en un instrumento peligroso utilizado dolosamente, lo que tuvo sus efectos en el orden jurídico. En el Derecho Penal se habla de simulación de recto, cuando para engañar a la justicia, se hace creer en la realización de un delito que no se ha cometido o no ha existido, actualmente esto está consagrado en nuestro ordenamiento penal en el título IV DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Capítulo primero que trata sobre las falsas imputaciones ante las autoridades artículos 166 -falsa denuncia. "El que bajo juramento denuncia ante la autoridad un hecho punible que no se ha cometido...", 167 -falsa denuncia contra persona determinada. "El que bajo juramento denuncia a una persona como autor o partícipe de un hecho punible que no ha cometido, o en cuya comisión no ha tomado parte...", 168 -falsa autoacusación. "El que ante autoridad se declare autor o partícipe de un hecho punible que no ha cometido...", 169 -circunstancias de agravación. "Si para los efectos descritos en los artículos anteriores, el

agente simula pruebas, las penas aumentarán...".

La simulación actúa en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, como vicio de los negocios jurídicos.

En el derecho comercial la simulación puede presentarse en materia de sociedades comerciales, por esto su estudio resulta de gran interés tomando en cuenta el importante papel que desempeña estas sociedades; en los negocios y en la actividad de las finanzas especialmente las sociedades por acciones, que se presentan para efectuar maniobras de toda clase , ejecutadas por las personas que administran y dominan el desenvolvimiento económico de éstas.

La simulación afecta la constitución misma de las sociedades creadas, creando seres ficticios que carecen de realidad; aunque existan realmente, es decir, celebrando válidamente entre los concurrentes, su verdadero carácter no es el que surge objetivamente.

En el primer caso, o sea en el de las sociedades ficticias, estas no cumplen con los requisitos exigidos en la ley, para su constitución el artículo 374 C. Co. establece "la sociedad anónima no podrá constituirse si no funciona con menos de cinco accionistas". Si la sociedad se constituye y no reúne este requisito nos encontramos

frente a una simulación absoluta.

1.1. CASOS DE SOCIEDADES FICTICIAS

1. La sociedad formada por socio único, este caso puede presentarse de dos formas:

a) Que desde la constitución una sola persona sea la que aporta lo necesario para la formación del capital social y por lo tanto la única que se distribuye ganancias y pérdidas.

b) Que tal situación se produzca con aporte, con posterioridad al origen de la sociedad o sea durante el funcionamiento de la misma, mediante la absorción de capital por compra de las acciones que forman parte, por intermedio de terceras personas, dejando la apariencia del mantenimiento de la situación originaria.

Los anteriores supuestos nos muestran tipos de sociedades simuladas, al primero desde su iniciación y el segundo durante toda su iniciación, toda su vida, pero de efectos semejantes. En Italia se considera sobre el segundo caso que la sociedad puede continuar², no así en Francia donde

²ABEILLE, Jean. La simulación en el derecho de las sociedades. París, 1938.

dichas sociedades se consideran ficticias³. Ahora bien declarada como simulada, la consecuencia será de que todas las operaciones realizadas se consideran como hechas por el "socio único", su quiebra como la de este⁴.

Los terceros se encontrarían entonces en la alternativa de invocar su buena fe y aferrarse a las apariencias frente al simulador y sus cómplices o aceptar la realidad.

En cuanto a los acreedores de buena fe y los acreedores personales del socio, se presentan problemas sobre los cuales existen diferentes criterios, los que aceptan que los acreedores de buena fe pueden aferrarse a las apariencias. Nuestra legislación mercantil en su artículo 218 dice: "La sociedad comercial se disolverá". Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para la formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite fijado en la misma ley".

La ley, la jurisprudencia y la doctrina callan con respecto a la declaración de la sociedad como simulada o ficticia, cuando la simulación se lleva a cabo por el "socio único" a través de la interposición de personas con

³ Pie en Dalloz, Hebdo Madeire. s.d. 1975, p. 33

⁴ FRANCIA. Casación francesa. 9 de febrero de 1952.

el fin de perjudicar los derechos de terceros o de violar la ley.

2. Se presenta también la simulación de las sociedades cuando una sociedad filial, o sea aquella que se encuentra controlada económicamente, financiera o administrativamente por otra que es la matriz, se presenta como una personalidad moral, con independencia económica, financiera y administrativamente, siendo que la matriz ejerce una acción decisiva en su marcha, debe concluirse que existe simulación.

El artículo 261 C. Co. dice al respecto: "Se considera subordinada la sociedad que se encuentra, entre otras en los siguientes casos:

Cuando el 50% o más del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o en consecuencia con su subordinada o con las filiales o subsidiarias de ésta".

3. Otros casos de simulación. Uno expresamente prohibido y el otro elevado a la categoría de delito, están contemplados en el artículo 1168 del C. Co que dice: Prohibidos los pactos que conllevan la simulación de los intereses legalmente admitidos".

El artículo 1993 C. Co. "Estará sujeto a la pena de tres a seis años de prisión, el comerciante declarado en quiebra que dentro de los dos años anteriores a tal declaración o después de ella, haya realizado uno cualquiera de los siguientes hechos: Simular enajenación, gastos, deudas o pérdidas".

Hay que tener en cuenta que esta investigación sobre la simulación, se ha centrado en el campo probatorio; y en el derecho comercial la prueba de simulación de los actos jurídicos se rigen por las reglas establecidas en el C.P.C. salvo las reglas especiales establecidas por la ley.

1.2. VICIO DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

La simulación en el aspecto jurídico, se presenta en los negocios jurídicos, que son las formas válidas de obligarse. El negocio jurídico presenta dos grandes aspectos: actos y contratos, los actos implican unilateral de voluntad, mientras que los contratos suponen dos declaraciones de voluntad, con consentimiento es decir, existencia de un acuerdo de voluntad destinadas a producir jurídicos obligacionales. Dentro de los negocios jurídicos bilaterales tenemos el contrato unilateral cuando una de las partes se obliga.

La simulación no es posible en los negocios jurídicos unilaterales ejemplo, un testamento, la aceptación de una herencia o su repudiación. Es necesario precisar la naturaleza jurídica de la simulación, muchos autores dan definiciones al respecto, con el fin de diferenciarlos de los actos fraudulentos.

Rodrigo Noguera afirma: "Si hay una definición necesaria para mayor estabilidad de los negocios y para evitar numerosos litigios es el de la simulación; por la enorme confusión y frecuentes contradicciones que reinan en la doctrina y en la jurisprudencia universal"⁵.

Hay autores de otros países que dicen sobre la simulación lo siguiente:

Wan Wetrel, pandectas, C. No.17, la simulación consiste "En fingir el deseo de celebrar un acto jurídico que en realidad no se piensa celebrar".

Spencer Vampré, en su obra "Manuale Dirriti Civile" la define como "Toda declaración engañosa de voluntad para producir resultados diversos al ostensiblemente indicado, con intención de violar derechos de terceros o

⁵ NOGUERA, Rodrigo. Proyecto de ley sobre simulación y actos fraudulentos, en Revista Col. de Abogados, T3 No.25. p. 1.634

disposiciones legales"⁶.

Planiol y Ripert expresan: "Hay simulación, cuando se hace consciente una declaración inexacta, o cuando se cumple una convención aparente, cuyos efectos son modificables, suprimidos por otra, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta"⁷.

Estas definiciones se refieren a dos convenciones. Tenemos que una es el contradocumento, consideramos que es un concepto erróneo porque en la simulación existe un solo contrato y el contradocumento no tiende a modificar el acto aparente, sino tan solo a explicar su verdadero carácter conforme a la intención de los contratantes.

Francisco Ferrara la define así: "La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo"⁸.

⁶VAMPRE, Spencer. Manuele Dririto Civile. Rio de Janeiro, s.d. 1920. p. 60

⁷PLANIOL y RIPERT. Derecho civil francés. T.4. Paris, s.d.

⁸FERRARA, Francisco. La simulación en los negocios jurídicos. Madrid. Revista de D. Privado, 1953. p. 53

Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Hay un contraste, el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es misterioso y ficticio, o constituye una excusa para ocultar un negocio distinto, el cual está destinado a producir una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en realidad no se realizó o se realizó un negocio diferente al expresado en el contrato.

Entre los autores colombianos, el Dr. Antonio Rocha dice: "La simulación consiste en celebrar públicamente un acto o contrato pero al mismo tiempo celebrar con la persona un acto concreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente u ostensiblemente y el acto secreto o privado, oculto o secreto"⁹.

Hemos sostenido que este negocio es equivocado, cuando habla de dos convenciones contrarias, cuando en la simulación no existe más que una convención.

El Dr. Fernando Hinestroza dice: "Entendida la simulación tradicionalmente es especial por la doctrina voluntaria,

⁹ ROCHA, Antonio. La prueba en derecho. Bogotá. s.d. 1949. p. 226.

como disconformidad entre el proceso psicológico de la parte su manipulación externa, como oposición deliberada entre el querer íntimo de la misma y el de su declaración, el fenómeno simulatorio adquiere sus verdaderas proporciones y explicaciones nítidas de mostrar cómo consiste en una anomalía en la que las partes, de común acuerdo dan el negocio que realmente procuran celebrar una apariencia jurídica diferente al propósito de engañar a terceros. Se presenta en la simulación una dualidad de declaración, pública y privada, contraposición no entre lo que se quiere y lo que se dice, sino entre dos expresiones la destinada a permanecer secreta y la que se muestra a la gente"¹⁰.

Valencia Zea, refiriéndose a la simulación dice: "En la simulación ambos contratantes declaran querer la totalidad de un contrato pero de común acuerdo no quieren sus consecuencias jurídicas o las quieren de diversas maneras a la que han declarado, y concluye afirmando que en la simulación ambos contratantes pretenden engañar a los terceros"¹¹.

¹⁰ HINESTROZA, Fernando. Curso de obligaciones. Bogotá: Temis, 1960. p. 234

¹¹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil obligaciones. Bogotá: Temis, 1964. T. 3. p. 270

1.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO SIMULADO

a) Acuerdo entre las partes contratantes: El acuerdo simulatorio es esencial para que exista la simulación, es decir, que el contrato simulado debe ser conocido por quienes lo efectúan y no basta que una de las partes contratantes manifieste la declaración la cual está disconforme con la voluntad interna, sino que es necesario que esa disconformidad entre lo querido y lo declarado sea común en ambas partes y concertada entre ellas.

La simulación supone un acuerdo común entre las partes en la formación de un contrato simulado, de tal forma que si es uno solo, el que tiene el propósito del otro contratante se configuraría entonces una reserva mental y no una simulación. La reserva mental consiste en que uno de los contratantes declara intencionalmente querer una cosa sin querer sus consecuencias o efectos que va dirigida a producir un engaño en el otro contratante.

Nuestra doctrina ha sostenido que la reserva mental envuelve una inmoralidad, ha dicho que carece de todo valor y no tiene ningún efecto jurídico porque constituye dolo y nadie puede fundarse sobre su propio dolo para modificar el contrato; otros dicen que la reserva mental es contraria a la exigencia del comercio, a la buena fe y

seguridad de las transacciones y así el comercio dejaría de ser un medio al servicio de la sociedad.

Hector Cámara¹² en su obra "Simulación de los actos jurídicos", dice: "El requisito que estamos considerando contribución de todos los participantes creando la ilusión, así como este vicio de otras figuras similares".

Lo distingue de la reserva mental, que sólo requiere una voluntad, cuando los dos contratantes formulan la declaración contraria a su pensamiento, no estando ambos entendidos o desconociendo las discrepancias del contratante habrá una doble reserva mental pero no simulación.

El dolo llamado por los autores error provocado, se presenta cuando uno de los contratantes es movido a error porque proviene de otra persona, directa o indirectamente, el artículo 1415 dice al respecto: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando obra una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado".

¹² CAMARA, Hector. Simulación de los actos jurídicos. Bogotá: Temis, 1958

La reserva mental es el disfraz de la verdad por parte de uno de los contratantes para inducir o engañar al otro contratante, esta forma es el dolo; pero la simulación no siempre es ilícita, sino que también tiene fines lícitos.

b) Disconformidad consciente entre la declaración y la intención: La divulgación deliberada entre la voluntad o sea lo realmente querido y la declaración es otro de los requisitos para la existencia de los contratos.

c) Engañar a terceros. Finalmente, "no debe confundirse la intención de engañar, con la de dañar; es de la naturaleza de la simulación, no es de su esencia"¹³.

La simulación no puede tener finalidad lícita. Antiguamente se creía que su fin era fraude, es decir, implicaba la intención de violar derechos de terceros o disposiciones de la ley.

Pero no debemos olvidar que el propósito puede ser lícito o fraudulento, en la mayoría de los casos se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal, como cuando alguien simula vender con el objeto de hacer desaparecer bienes de su patrimonio, frente a los acreedores.

¹³ Ibid. p. 33

La simulación no es posible asimilarla al fraude, que significa siempre la realización de un acto ilícito contra la ley.

Como conclusión sostenemos que los elementos constitutivos son bastantes semejantes sobre las dos figuras pero también se diferencian entre otros, ya que mientras la simulación requiere una cuerdo de voluntades; la reserva mental es obra de uno de los contratantes, además esta puede existir en cualquiera de los negocios jurídicos unilaterales o bilaterales mientras la simulación procede solo en los bilaterales.

Habíamos dicho que el simulador y el cómplice utilizan la simulación como un medio para llevar a cabo el fraude a la ley, siendo ilícito el fin perseguido o sea la violación de la ley; para ambas figuras es admisible toda clase de prueba para acreditar cualquier caso de fraude a la ley o negocio simulado.

1.4. EL FRAUDE PAULIANO EN EL DERECHO CIVIL

El negocio simulado y el fraude pauliano; este último se presenta cuando los deudores de mala fe en forma fraudulenta, mediante contrato serio sacan bienes de su patrimonio para hacer ilusoria la prenda general de los acreedores.

Si bien ambas figuras jurídicas pueden coexistir en el mismo negocio jurídico, no debemos confundirla ya que son completamente diferentes.

Tenemos que el fraude pauliano existen objetivos dañosos, nocivos o ilícitos, como es el de lesionar los derechos de los acreedores, en la simulación es crear una ficción, una ilusión.

1.4.1. Elementos del fraude pauliano

1. El perjuicio sufrido por el acreedor. En el fraude pauliano el acreedor se ve afectado por la insolvencia del deudor que en su afán por hacer ilusoria la prenda general de los acreedores, celebra contratos serios con posterioridad a la creencia transfiriendo todo o parte de sus bienes que en realidad salgan de su patrimonio.

Este elemento debe probarlo el acreedor, es decir, el perjuicio y la enajenación de todo o parte de sus bienes con el fin de burlar las deudas.

2. El fraude concertado entre él y el tercero. El contrato fraudulento, entre el deudor y el tercero, debe ser conocido por quienes lo efectúan, es decir, que las operaciones fraudulentas llevadas a cabo por el mal estado de los negocios del deudor, para despojar a los acreedores

de sus creencias, debe ser concertado por el tercero adquirente quien actúa de mala fe.

El conocimiento del fraude o mala fe tanto del deudor como del tercero adquirente es necesario probarlo en los contratos celebrados a título oneroso para poder atacar el negocio fraudulento, lo que no ocurre en los contratos a título gratuito, donde es suficiente únicamente la prueba del perjuicio del acreedor, esto es, la insolvencia del deudor o mala fe de este, llevada a cabo con la celebración del negocio o título gratuito, teniendo el conocimiento de su propia insolvencia y la intención de sustraer bienes a la garantía de los acreedores; la razón de que se exija únicamente en los negocios gratuitos la prueba del perjuicio del acreedor, no siendo necesaria la prueba de la mala fe del adquirente, es porque el deudor no puede producir un enriquecimiento sin justa causa en la persona del adquirente, originando un empobrecimiento correlativo en el acreedor; tenemos entonces que no puede el deudor transferir gratuitamente sus bienes provocando un estado de insolvencia, haciendo ilusoria la prenda general de los acreedores. Muchas veces el deudor, realiza simulación con el fin ilícito, como cuando queriendo transferir el dominio de sus bienes, celebra negocios ficticios, con la intención ilícita de burlar a sus acreedores, sacando de su patrimonio sus bienes. Aquí no

se va a demostrar el negocio fraudulento sino la simulación ilícita o sea aquella celebrada por perjudicar a los acreedores, utilizándola como fraude, llegando a coexistir en un mismo negocio jurídico.

Cada uno de los sujetos actuantes en la celebración del negocio simulado con fines ilícitos aducen ese objeto, por ejemplo, que se han concertado para perjudicar los derechos del acreedor, debe negársele toda acción a las partes, ya que éstas no pueden mediante la acción, exigir el cumplimiento de lo realmente pactado contra el derecho y el orden público, aunque la acción de simulación puede ejercerla tanto las partes contratantes como los terceros, en cambio cuando se trata en el fondo de un fraude pauliano encubierto por la simulación, sólo el acreedor de uno de los sujetos del negocio aparente tiene la facultad para accionar por simulación, sin embargo, sería posible aceptar la acción de simulación a las partes, si el simulador y el cómplice, intentan la acción para beneficiar a los perjudicados o sea reparar el perjuicio que se pretendió hacer a los acreedores no consumado en el negocio jurídico ilícito.

Rodrigo Noguera ¹⁴ sostiene: "Si no es ilícita la finalidad

¹⁴NOGUERA. Op. cit. p. 67

de la simulación puede alegarse por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato".

El C.C. Brasileño en su artículo 104 establece: "Rabiendo existido intención de perjudicar a terceros o infringir preceptos de la ley, nada podrán alegar o requerir los contratantes en juicio, en cuanto a la simulación del acto, en el litigio de uno contra otro o contra terceros".

Podrán alegar o requerir los contratantes en juicio, en cuanto a la simulación del acto, en el litigio, de uno contra otro o contra terceros".

La disposición anterior tuvo como base para la negación de las acciones a las partes contratantes para la declaración de la simulación ilícita, por ser contratos contrarios a la ética; negando de esta manera por inmoral la acción de las partes.

Hector Cámara¹⁵ refiriéndose al C.C. Brasileño dice: "No la admitimos en toda su rigidez y dureza porque su aplicación estricta favorece a quien niega la verdadera convención abusando de su confianza depositada,

¹⁵CAMARA. Op. cit.

aprovechándose indebidamente quien menos derecho tiene para ello, en pugna con la regla "nemini sua patrocinari debet, cosagrada por el derecho clásico".

También se refiere a los tratadistas y jurisprudencias que aceptan en todo caso la acción entre partes por ficción fraudulenta en los siguientes términos: "Tampoco participamos de dicho criterio, violatorio de las normas más elementales de moral. En efecto, no es justo que una de las partes se presente a los tribunales para solicitar le entreguen los bienes que había transmitido ficticiamente burlando a los terceros, cuando se encuentre fuera de la acción de estos, ya que los magistrados no deben ser cómplices de negocios ilícitos, no los pueden apañar".

Si bien nuestro ordenamiento civil no trae ninguna solución, ni la jurisprudencia nacional, sostenemos que no es justo ni moral negarle la acción a los simulantes para que se aclare el carácter real del contrato oculto cuando el simulador y el cómplice intenta la acción para beneficiar a los perjudicados o sea reparar el perjuicio que se pretendió hacer a los acreedores no consumando el negocio ilícito.

1.5. ACCIONES DE LOS ACREEDORES

La acción pauliana o revocatoria, la oblicua o subrogatoria y la acción de simulación son utilizadas por los acreedores cuando ven lesionados sus intereses.

Las diferencias que existen entre la acción pauliana y la simulación son:

a) La acción pauliana es intentada únicamente por los acreedores a la perpetración del contrato fraudulento y cuyo objeto es revocar contratos reales fraudulentos celebrados entre el deudor insolvente y el tercero para reparar los perjuicios sufridos por el acreedor.

Francisco Ferrara¹⁶ dice: "La acción pauliana trata de revocar un acto fraudulento que el deudor ha realizado verdaderamente disminuyendo su patrimonio en perjuicio de sus acreedores, y el acto en sí mismo es válido y perfecto por tanto, producto de efectos jurídicos, aunque por el fraude que lo vicia puede ser revocado.

La acción pauliana tiene por objeto reparar el perjuicio realmente sufrido por los acreedores con la malversación

¹⁶FERRARA. Op. cit. p. 438

fraudulenta del patrimonio del deudor".

Los requisitos indispensables para poner en movimiento la acción pauliana son:

1. Tener un interés legítimo para interponerla. Sabemos que para iniciar cualquier acción tiene que haber un interés para interponerla. El titular de la acción pauliana son los acreedores preexistentes del acreedor fraudulento.

2. La autoridad del crédito del tercero impugnado. No se concibe la celebración de un contrato fraudulento preparado para el futuro, los acreedores posteriores a la ejecución del contrato fraudulento no puede alegar ningún perjuicio.

3. La prueba del eventus dami. La insolvencia del deudor debe demostrarse, que está teniendo conocimiento de su estado de insolvencia, transfiere el dominio de sus bienes en perjuicio de los acreedores.

4. El concierto fraudulento. Debe demostrarse el conocimiento del fraude, o mala fe del deudor, y el tercero adquirente. Este elemento debe concurrir con el tercer requisito para interponer la acción pauliana.

Valencia Zea¹⁷ se refiere a esto y dice: "En cuanto al fraude pauliano, existe un acuerdo en la doctrina en exigir como única condición el conocimiento que tenga el deudor de su insolvencia o sea del mal estado de su negocio, con razón se ha dicho: "El fraude es simplemente una situación de espíritu".

Cuando el deudor al realizar una enajenación se insolventa, esto basta para que exista fraude pauliano.

En lo referente al fraude o mala fe del tercero adquirente de un bien del deudor hay que distinguir: Si se trata de negocio jurídico oneroso se exige el fraude del tercero adquirente; pero si se trata de enajenaciones gratuitas o lucrativas para el tercero no se exige su mala fe.

La acción de simulación pueden ejercerla tanto las partes contratantes, sus representantes o herederos como los terceros, la cual va encaminada a demostrar que los bienes nunca salieron del patrimonio; del deudor, descubriendo el negocio ficticio inexistente que las partes no quisieron contraer, siendo inexistente el citado negocio desde su nacimiento y sin ninguna consecuencia jurídica. La acción

¹⁷VALENCIA ZEA. Op. cit. p. 114

de simulación es declarativa de inexistencia, tendiente a hacer reconocer que el negocio es inexistente o es diferente del que aparece celebrado.

La acción de simulación es distinta de la acción de nulidad ya que esta mira invalidar el acto o contrato, extinguiendo todas sus consecuencias y volviendo todas las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto o contrato anulado, nuestro C.C. en su artículo 1746 estipula: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituida al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo".

De lo anterior podemos deducir que la acción de simulación no pretende la nulidad o anulación del contrato aparente, ya que no se puede destruir lo que no existe, sino demostrar que es ficticio.

No podemos tampoco confundir la acción de simulación con la acción revocatoria, ya que son diferentes, como podemos ver las de la acción pauliana ataca un contrato real con el objeto de reparar los perjuicios por los acreedores con la transferencia de los bienes del deudor a terceros, mediante contratos fraudulentos. La acción de simulación no persigue la reparación del perjuicio ni condena al

demandado al incumplimiento de alguna prestación, su finalidad es la de prevenir el perjuicio que no ha podido producirse, pero que de seguir el contrato fingido amenaza que se produzca dicho perjuicio.

La acción oblicua también la utilizan los acreedores en defensa de sus intereses, pero cuando hay un bien en el patrimonio del deudor no apareciendo jurídicamente en cabeza de éste, nuestro código trata este tema, la cual se caracteriza por ser integrativa, ya que persigue integrar el patrimonio del deudor, C.C. artículos 1295, 1451, 1736, 2026, 2489, y el artículo 413, inc. 1 C.P.C.

2. CARGA DE LA PRUEBA PROCESAL

Las doctrinas de la carga de la prueba constituyen una parte de la teoría del derecho, que nos indica a quien incumbe probar, quien está obligado a probar, quien tiene interés de probar.

La noción sobre carga de la prueba ha tenido a través de la historia características propias, como vemos en el antiguo derecho romano la carga de la prueba correspondía por igual a ambas partes.

Posteriormente surgieron otros principios generales como era el de poner a cargo de quien afirmaba la existencia o la inexistencia de un hecho su prueba ya fuera actor o demandado.

En la edad media reaparece el concepto de carga de la prueba basada en el principio de que incumbe al actor pero dándosele este carácter al demandado tan solo cuando propone excepciones.

En el derecho procesal la palabra carga de la prueba expresa la prueba, expresa la necesidad de desarrollar una determinada actividad dentro del proceso si quiere obtener un resultado favorable, o el peligro de obtener un resultado desfavorable si no se desarrolla.

2.1. REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Nuestro ordenamiento civil ha tratado de reglamentar el fenómeno de la carga de la prueba, en un principio teníamos la disposición contenida en el artículo 1757 C.C. que dice: "Incumbe probar la obligación al que alegue aquellas o estas".

Pero refiriéndose tan solo a obligaciones y contratos; ya que la parte que alega el nacimiento tiene la carga de probarlo y la parte que alegue su extinción, tiene a su vez que aportar la prueba respectiva.

Como podemos ver esto no tiene un alcance general, sin embargo le sirvió a nuestra jurisprudencia para deducir una regla general de la carga de la prueba para cualquier proceso, la cual se tradujo en la teoría del hecho constitutivo o modificativo, lo cual representa un notorio avance, porque no se limita a contemplar la situación procesal de las partes ni la forma como se

presentan lo hechos, es decir, establecer que tiene la carga de la prueba quien alegue el hecho constitutivo, extintivo o modificativo, esta regla, como se puede apreciar, tampoco es de carácter general, claro que puede ser un buen criterio para que el legislador establezca normas de presunción legal por ejemplo, sirve para regular casos especiales situaciones concretas, como la del nacimiento y extinción de obligaciones contractuales. Como conclusión podemos decir que no es una regla general porque no es aplicable a todas las hipótesis que puedan presentarse en la vida real del proceso.

El artículo 177 C.P.C. Dice: "Incumbe a las partes probar el supuesto hecho de las normas que consagran el aspecto jurídico que ellas persiguen". Este artículo es de carácter más amplio que el artículo 1757 del C.C. porque este solo se refiere a las obligaciones, mientras que el artículo 177 del C.P.C. se refiere a todo asunto que tenga relación con la carga de la prueba.

Estas normas son una gafa de gran utilidad, pero como vemos no existe dentro de nuestra legislación un sistema dentro de la carga de la prueba, ya que varía según la forma.

Ejemplo: el C.C. establece "quien tenga título de

propiedad sobre un inmueble del cual no está en posesión, puede reivindicar contra el tercero que se encuentra en posesión de él".

Para que el juez pueda aplicar estos supuestos de hecho de esta norma a un caso determinado son:

1. La propiedad del demandante sobre ese bien, es decir, su título de propiedad.
2. Que el bien que complementa se reivindica en el proceso correspondiente al que relata aquel título es decir, que se identifica el bien.
3. Que el demandado se encuentra en posesión del bien.

Estos son los supuestos de hecho que contempla la ley, los cuales deben probarse por quien persigue el efecto jurídico que ella consagra como es la reivindicación, por tanto corresponde al demandante la carga de la prueba sobre los hechos.

Otro ejemplo con hecho presumido: La ley presume que el hijo de la mujer del marido, lo es de este si ha sido concebido dentro del matrimonio, o durante los 120 días anteriores a éste o si el nacimiento ocurrió dentro de

los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

2.1.1. Presunción de hechos. La paternidad. Este hecho no es necesario para la aplicación de las normas, sino que son supuestos de ella los que contempla como requisitos para que esa presunción opere así:

a) Existencia del matrimonio.

b) El nacimiento que implica la maternidad y que indica el tiempo de la concepción.

El demandante solamente, en este evento, tiene que probar estos hechos que son supuestos de aquella: "La paternidad".

Lo mismo ocurre con los hechos indefinidos sean afirmados o negados y los hechos, eximidos de prueba, y quien alegue una norma que basa en la existencia de un hecho notorio o indefinido, sólo tendrá que probar los demás hechos que forman el supuesto de ella, para que surtan estos efectos jurídicos.

Como conclusión tenemos que la norma del artículo 177 del C.P.C. si es realmente general tal como afirmamos anteriormente, sin que deba considerarse que estos casos

citados de hechos notorios, indefinidos y presumidos constituyen una excepción a su aplicación.

2.2. A CARGO DE QUIEN ESTA LA PRUEBA DE LA SIMULACION

Hector Cámara¹⁸, en su obra "Simulación de los actos jurídicos" refiriéndose al caso de sobre quien recae la prueba de la simulación dice: "Constituye un viejo principio, basado en normas de lógica y seguridad social, al mismo tiempo que quien accione contra otro debe mostrar que su pretensión es fundada conforme; todo aquel que demande el cumplimiento de una obligación necesita. La regla de Onus probandi incumbit actori, conocida por los antiguos hombres del derecho, se aplicaba a la simulación, sea que se impugnara el acto como acción o excepción.

Considerado los contratos normalmente efectivos y reales, los aparentes vienen a constituir la excepción a la regla, por lo tanto a quien aduce dicho vicio le incumbe su prueba; por otra parte afirma Hector Cámara que la doctrina como la jurisprudencia es uniforme sobre el tema".

¹⁸CAMARA. Op. cit. p. 133

Sin embargo como lo han reconocido los tratadistas el principio general no es riguroso y absoluto. No puede aplicarse contra el sentido común, ya que quien afirma la inexistencia del negocio jurídico debe demostrarlo, si el acto es realmente sencillo, a quienes lo realizan demostrar su veracidad.

3. MEDIOS PROBATORIOS QUE SE PUEDEN ALEGAR PROCESALMENTE

3.1. MEDIOS QUE PUEDEN ALEGAR LAS PARTES CONTRATANTES

El C.C. Francés en su artículo 1341 prohíbe la prueba testimonial para los casos en que se trata de probar el contenido de un negocio jurídico de valor superior a 50 francos; el C.C. Italiano prohíbe la prueba testimonial para aquellos negocios superiores a 5.000 libras, y el C.C. argentino en 200.00.

Nuestro ordenamiento civil antes de la vigencia del nuevo código de procedimiento civil, los artículos 91 de la ley 153/87 prohibía la prueba de testigos para las obligaciones contractuales cuyo valor fuere superior a 500.00.

El artículo 1767 del C.C. decía: "No se admite prueba de testigos respecto a una obligación que haya debido consignarse por escrito".

Estas prohibiciones sirvieron para que la doctrina y la jurisprudencia sostuvieron que si por testigos y presunciones no podría demostrarse el contenido de un negocio jurídico, superior a la suma prohibida, ya que resultaba evidente que al reportar la simulación a base de presunciones, era tanto como probar la existencia de un negocio jurídico encubierto.

Actualmente la jurisprudencia nacional acogió la doctrina moderna que enseña que la simulación puede acreditarse por todos los medios probatorios, sin distinguir quien la alega. Antes de la vigencia del nuevo código las personas que pedían a la justicia que se decretase la simulación debían probarla mediante una contraescritura o contradocumento en la que se hubiere dejado constancia de ello o con un principio de prueba por escrito y finalmente mediante la confesión de ambos contratantes. Las partes no podían probar la simulación mediante la prueba de testigos o de indicios.

La simulación debe demostrarse entonces a través de cualquier medio de prueba, sin trabas ni condicionamiento de ninguna especie, es decir, que no interesa que el negocio jurídico simulado conste en escritura pública, esta fuerza probatoria no es obstáculo para que no se puedan atacar.

Hay que tener en cuenta lo prescrito por el artículo 187 del nuevo código según el cual "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicios de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne cada prueba.

Esto indica que le está prohibido al juez rechazar el mérito de determinadas pruebas o exigir una prueba especial allí donde no sea exigible. Hay una excepción y es la relacionada con las solemnidades que se exigen para determinados actos o contratos surjan a la vida jurídica, ejemplo, la escritura pública para la venta o permuta de bienes inmuebles, al respecto dice Valencia Zea:

"El nuevo código de procedimiento civil derogó el viejo sistema jurisprudencial en materia de prueba de los negocios jurídicos simulados". Por tanto la simulación hoy día puede acreditarse por cualquier medio probatorio sin necesidad de distinguir entre pruebas que deban presentar las partes y pruebas que deban presentar los terceros.

La Corte Suprema de Justicia, por sentencia de 25 de

septiembre de 1973 (proceso de Gregorio Ladino contra María Inés Ladino de Prieto) admitió la tesis que se expone, por lo tanto las partes como los terceros pueden acreditar la simulación por todos los medios probatorios.

3.2. LA PRUEBA INDICIARIA EN LA SIMULACION

La prueba indiciaria dentro de la simulación, resulta imposible determinar todos los indicios que pueden ser demostrativos de una simulación, así por ejemplo, tenemos que en un negocio jurídico impugnado de simulación, es de mucha trascendencia el descubrir "la causa de simulandi", o sea el motivo o razón que ha dado generación al acto simulado, de tal forma que, dentro del procedimiento lógico y normal de los acontecimientos aparezca el móvil, que ha podido impulsar a una persona a llevar a efecto un acto simulado.

Siendo la causa simulandi, un elemento de difícil demostración, con su no probación o la sola posibilidad de la existencia de la "causa simulandi", no es suficiente para tener por probada la simulación, sino que debe requerirse otro indicio corroborante para dar la pro acreditada.

La "causa simulandi", puede encontrarse algunas veces, en

los contratos de venta, en el deseo del deudor de sustraer los bienes de la acción de los acreedores. En los contratos de venta para realizar en el fondo una donación; para evitar las sanciones establecidas por la ley, como por ejemplo, en las ventas hechas a la concubina para restar herencia los herederos forzosos.

El vínculo de parentesco y amistad interna entre el simulador y el cómplice, pues generalmente para realizar un negocio jurídico de carácter simulado, se buscan a personas de confianza, pues los extraños no constituirían una garantía suficiente.

Las condiciones de solvencia patrimonial, son sospechosas las operaciones en que aparecen adquiriendo bienes o derechos por sumas considerables, personas que carecen de recursos o entradas.

El estado económico del otorgante del acto que se dice simulado, en la fecha anterior a la realización de aquel, así el deudor que enajena sus bienes, poco tiempo antes de presentarse en concurso, formaliza un acto sospechoso, o que vende cuando se le iba a ejecutar un embargo sobre el bien a enajenar, las ventas hechas por el marido poco antes de la separación de hecho.

El pago del precio con anterioridad al acto en las ventas, el dinero recibido en préstamo con anterioridad al otorgamiento de la hipoteca.

3.3. PRUEBAS QUE PUEDEN ALEGAR LOS TERCEROS

En lo relativo a los terceros, es decir, cuando la simulación era alegada y denunciada por un tercero, la situación no tiene ningún problema, porque para él la simulación no es precisamente un acto sino un hecho jurídico y como tal puede demostrarse por todos los medios probatorios.

Antes de la vigencia del nuevo código de procedimiento civil y después de éste, los terceros pueden alegar con toda clase de prueba, y, en forma especial con la de indicios y con la de testigos para demostrar la existencia de un negocio jurídico simulado.

3.4. PRUEBAS QUE SIRVEN PARA ACREDITAR LA SIMULACION

Hemos dicho que tanto las partes como los terceros pueden disponer de todos los medios probatorios para demostrar un acto simulado. Entre estos medios probatorios tenemos la contraescritura el principio de prueba por escrito, la confesión de la parte contra la cual se ejerce la acción,

los indicios y los testigos.

3.5. CONTRAESCRITURA O CONTRADOCUMENTO

Concepto: Delmacio Vélez Sarfield, de conformidad con la doctrina francesa imperante en la época seguida por algunos modernos ha dicho: "El contradocumento es un acto destinado a quedar secreto que modifica las disposiciones de un acto ostensible"¹⁹.

Refiriéndose a esta definición Hector Cámara en su obra, no acepta porque según él se ha demostrado modernamente, que el contrainstrumento no tiende a modificar el acto aparente, sino tan solo explicar su carácter verdadero mostrando la exacta fisonomía, conforme a la intención de los contratantes; no la modifica ni varía sino que la aclara. No hay dos convenciones que se neutralizan mutuamente, sino que el acto exterior y el contradocumento un todo único, una misma convención cuya naturaleza y verdadero sentido es restablecido por el contradocumento, que reconoce el vicio existente desde un principio; en la simulación absoluta para acreditar que el acto no ha tenido causa alguna, y en la simulación relativa, para

¹⁹Argentina. Primer borrador del C.C. Argentino. p. 3

establecer cuál es el negocio efectuado realmente. Héctor Cámara²⁰ da la siguiente definición: "El contradocumento es un escrito generalmente secreto, que comprueba o reconoce la simulación total o parcial de un acto aparente al cual se refiere".

Valencia Zea²¹ dice: "La contraescritura o contradocumento se trata de un escrito firmado por los contratantes, en el que confiesan o reconocen que determinado contrato que han firmado o van a firmar es simulado en forma absoluta o relativa".

Generalmente, sigue afirmando, Valencia Zea, la contraescritura o contradocumento es un documento privado diferente del que contiene el contrato simulado.

Este último será en la mayoría de los casos una escritura pública pero también puede consistir en un documento privado. Tenemos así que la contraescritura es un documento privado cuya finalidad es dejar sin efecto o darle uno diferente al contrato recogido en una escritura pública o en un documento privado.

²⁰CAMARA. Op. cit.

²¹VALENCIA ZEA. Op. cit. p. 103

3.6. PRINCIPIO O COMIENZO DE PRUEBA POR ESCRITO

El artículo 232, C.P.C. se limita a enunciar el principio de prueba por escrito sin definirlo.

"Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convenio, el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito...".

4. CONCEPTO DE SEMIOTECA

Semiótica de oevalu, hacer una señal, revelar, significar conjeturas o sospechar, ha sido vocablo utilizado siempre como concepto pertinente o alusivo a los seguros, señales, o síntomas, así por ejemplo: la medicina habla de semiología, como ciencia que trata de los signos de las enfermedades desde el diagnóstico y el pronóstico.

Por lo que atañe al derecho, si bien con una designación precisa de este término, no se ha podido hallar históricamente un ejemplo. Pero resulta que el signo, el síntoma y el indicio son una misma cosa, de modo que cuando se emplea la palabra indicio, actuamos de la misma manera que los médicos, cuando pasa el diagnóstico de una enfermedad buscan y analizan síntomas. Esta búsqueda es, dice Muñoz²², una labor típicamente averiguatoria o investigatoria y de ahí que la semiótica podemos incluirla como una de las palabras más esenciales de la HEURISTICA:

²²MUÑOZ. Prueba de la simulación. Barcelona. s.d. p. 53

aquella precisamente que trata del estudio de los indicios.

4.1. CONTENIDOS DE LA SEMIOTICA JUDICIAL

La semiótica escolástica (sobre todo en el derecho intermedio) convierte a todos los indicios arduamente inventariados (tarifado) en auténtica presunción iuris e incluso iuris et iuris que limitarnos al pensamiento lógico del juez dando así origen a la llamada prueba legal o prueba Tasada, reduciendo el papel del juzgador al de una simple máquina.

Ahora la semiótica que expone Muñoz diciendo que la semiótica que propugna ahora es distinta a la escolástica de aquellos siglos, porque al insertarla dentro del marco más amplio de una heurística judicial o derecho probatorio gobernado por reglas y principios de mayor universalidad, le impone necesariamente más límites y controles metodológicos y epistemológico de los cuales careció la antigua semiótica y en segundo lugar porque no aprovechamos de las experiencias que hoy día nos brinda la psicología y otras ciencias, hacemos que gane la extensión y profundidad.

Desde esta nueva perspectiva la semiótica deja de ser un

mero inventario y tarifa de indicios para convertirse en una ciencia auxiliar que estudia:

a) Las fuentes, naturaleza y propiedades de estos indicios.

b) La dinámica inferencial potenciada por los mismos, es decir, la presunción.

c) Su ordenación temática.

d) Su operación judicial.

4.2. SEMIOTICA DE LOS INDICIOS DE SIMULACION

La simulación equivale a una ocultación técnica; el que simula sabe lo que se hace al urdir y crear el negocio ficticio y por ello pone un especial empeño en enmascararlo, es el caso cuando se simula el precio vil escriturando un precio paritario al del mercado, o incluso superior a despecho tal vez de las contingencias fiscales; o que para rehuir el sistema de precio confesado se acusa al artilugio del circular de metálico ante el notario; o que para desmentir la impotencia económica de los contratante se subsimulen previos cotratos de préstamos, o que al objeto de neutralizar la affectio se urdan juicios

de faltas u otros procesos entre el simulador y su cómplice. Los indicios apreciados en conjunto nos puede llevar a descubrir el verdadero negocio querido por las partes.

Muñoz Sabaté²³ trae en su obra treinta clases de indicios que a su vez se subdividen y ramifican en múltiples especies que también expone en forma exhaustiva; además afirma que: "La extracción semiótica es casi toda ella de origen jurisprudencial (en total han sido unos 600 los casos judiciales analizados) si bien se han añadido experiencias particulares de otros abogados y muchas de ellas recogidas de los textos de las demandas y recursos en cuyo caso solemos distinguir las cuotas semióticas con la locución "vid caso..." en vez de citar directamente las señas de tribunal y la sentencia".

La clasificación indiciaria es la siguiente:

NUMERO DE ORDEN	INDICIO	SINTESIS CONCEPTUAL
0	Causa Simulandi	Motivo para simular
1	Neccessitas	Falta de necesidad de enajenación o gravar
2	Omnia Bona	Venta de todo el patrimonio o de lo mejor

²³MUÑOZ SABATÉ. Prueba de la simulación

NUMERO DE ORDEN	INDICIOS	SINTESIS CONCEPTUAL
3	Afecctio	Relaciones parentales, amistosas o de dependencia .
4	Notitia	Conocimiento de la simulación por el cómplice.
5	Habitus	Antecedentes de conducta.
6	Character	Personalidad, carácter o profesión.
7	Interpositio	Testaferro, simulaciones cadena
8	Subfortuna	Falta de medios económicos del adquirente.
9	Moviento Bancario	Ausencia de movimientos en las cuentas corrientes bancarias.
10	Pretium vilis	Precio bajo.
11	Pretium Confessus	Precio no entregado de presente
12	Compensatio	Por compensación
13	Precio diferido	A plazo
14	Inversión	No justificación del destino dado al precio.
15	Retentio Possesionis	Persistencia del enajenante en la posesión
16	Tempus	Tiempo sospechoso del negocio
17	Locus	Lugar sospechoso del negocio
18	Silencio	Ocultación del negocio

NUMERO DE ORDEN	INDICIO	SINTESIS CONCEPTUAL
19	Insidia	Falsificación, captación de voluntad, obras, maniobras torticeras
20	Preconstitutio	Documentación sospechosa.
21	Provisio	Precauciones sospechosas.
22	Disparetesis	Falta de equivalencia en el juego de prestaciones y contraprestaciones.
23	Incuria	Dejadez.
24	Inertia	Pasividad del cómplice
25	Nescientia	Ignorancia del cómplice
26	Dominancia	Intervención preponderante del simulador.
27	Subyacencia	Transparentación de algunos elementos de negocio subyacente.
28	Contradocumento	Falta de contradocumento.
29	Transatio	Intento de arreglo amistoso.
30	Endo Procesales	Conducta procesal de las partes.

A continuación un breve resumen de cada uno de los indicios enumerados en la anterior clasificación a saber:

4.3. CAUSA SIMULANDI

Quién simula, lo hace casi siempre por algo bien concreto, racional y económico. Quien simula lo hace con un interés para sí o para un tercero.

Es importante, pues, averiguar los motivos, las causas que hayan podido inducir a cabo la simulación.

Ferrara²⁴ define la "Causa simulandi" como el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado, o el motivo que induzca a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe, o a presentarlo en forma distinta de la que le corresponda".

La causa simulandi, es un hecho psicológico, que la accionante siempre debe alegar, y lograr que se defina en auto, mediante los otros indicios, ya que como hecho psicológico de viene una materia "difficilioris probationes".

Como hecho psicológico, la motivación o causa posee una dinámica cuyo estado son los siguientes:

²⁴FERRARA. Op. cit.

- Necesidad
- Obstáculo
- Economía
- Del medio simulatorio

Es decir, cuando supongamos que el individuo se encuentra frente a un impulso o necesidad (v.gr.: Salvar sus bienes de los acreedores) y no puede hacerlo de un modo lícito porque la ley no le favorece, y advirtamos que la simulación se preste idóneamente a suponer tal obstáculo, habremos de concluir, en presencia de otros indicios del síndrome, admitiendo la existencia de una causa simulandi.

Héctor Cámara²⁵, en su obra "simulación en los actos jurídicos" respondiendo a la pregunta de que se entiende por causa simulandi dice: "Que es el interés que lleva a las partes a formalizar el contrato, o sea, el por qué del engaño, el objetivo que induce a formularlo.

La causa simulandi es la utilidad de los individuos que obtienen al concluir el negocio viciado, el móvil o principio de determinante a que han obedecido, porque no es lógico que obren sin razones; este es el primer signo revelador de la ficción, como la demostración de la causa

²⁵CAMARA. Op. cit.

en el crimen, su intención final, sirviendo de brújula o medio de orientación para pesquisa.

Refiriéndose a la causa simulandi, sabemos que existen dos opiniones, una que exige la demostración necesariamente de la causa simulandi, para declarar ficticio un acto; es decir, que para declarar el vicio del acto, si no hay una prueba precisa y conveniente que demuestre el motivo para simular no se puede obtener una decisión favorable de declaración. La otra opinión consiste en no exigir la demostración de la existencia de la causa de simular, sino que es con solo afirmar la procedencia de la declaración de simulación del acto jurídico es suficiente.

4.4. NECESSITAS

Este indicio pretende explicarnos la veracidad de los motivos que; indujeron a celebrar el acto, es decir, buscar establecer, este indicio, la existencia real, nada confabulada.

La "necessitas" es de naturaleza económica, esto es todo aquellos móviles de comportamiento o conducta social guiados por la ley del mínimo esfuerzo, del máximo rendimiento o cualquier otro principio de simular pragmatismo, y fundados en la ganancia del sustento, la

adquisición de la riqueza o en la facultad de acumularla o conservarla.

En las simulaciones que revisten la forma de compraventa, suele frecuentemente conectarse la motivación con las dificultades económicas del supuesto vendedor, partiendo para ello de la base de quien convierte en dinero un bien de otra naturaleza es porque precisa necesariamente y apremia de esa liquidez.

4.5. OMNIA BONA

Este indicio se bifurca en dos especies: La enajenación de todo el patrimonio o de la parte más selectiva del mismo.

La primera modalidad opera cuando el simulador requiere para sus fines un desapoderamiento integral de todos sus bienes. La simulación responde aquí, como vemos, a la ley del todo o nada, lo cual no significa que algunos bienes no puedan quedar al margen de la maniobra comercial simulatoria, pero serán bienes muebles de fácil ocultación.

La segunda modalidad se presenta cuando los bienes que por alguna razón jurídica particular, muy interna o íntima a

la causa simulandi, resultan los únicos afectados por el posible evento que se trata de impedir o burlar. Vr.gr. así el caso de quien simula vender una finca que por haberla heredado sujeta a fideicomiso condicional de no tener hijos y convencido de que no tendría descendencia, la transmite a una persona querida para evitar fuera al designado.

4.6. AFECCTIO

Los vínculos familiares, o relaciones de amistad, dependencia, negocio o de otro modo vinculativas entre el simulador y su cómplice, este indicio es de naturaleza personal, ya que el simulador elige una persona de confianza eliminando todo riesgo y peligro, y responde a ciertas limitaciones electivas, porque siempre le será más fácil seleccionar algún cómplice de entre las personas vinculadas a él por determinado motivo, que no de entre gente extraña.

4.7. NOTITIA

En la conducta simulandi, los simuladores tiene conocimiento de la ficción del negocio jurídico, esto es uno de los requisitos para que exista la simulación, por lo tanto si no llegare a probar la falta de su

conocimiento (difícil de probar), cabría la posibilidad de inferir la auténtica realidad del negocio jurídico, supuestamente simulado.

4.8. HABITUS

Los antecedentes judiciales y extrajudiciales del simulador o su cómplice, han sido considerados como indicio de la simulación antijurídica.

4.9. CHARACTER

El indicio Character, abarca todos los aspectos de la personalidad del simulador y del cómplice, es decir, el conjunto de rasgos característicos en su sentido amplio, que aunándolos a los demás no puede ser valioso por ejemplo, decir que una persona es abúlica o anciana no resulta por si un dato significativo de que existe simulación, pero mirándolo en conjunto con otros indicios nos puede servir para afirmar y demostrar la simulación del negocio jurídico.

4.10. INTERPOSITION

Frecuentemente al simulador que pretende reforzar la apariencia verídica de un negocio jurídico pero a la vez precaverse del riesgo de una infidelidad de su cómplice,

contrata a su vez con la familia o amigo en quienes el simulador deposita mayor confianza.

Como vemos, la primera persona con quien se simula el negocio jurídico, quien aparentemente es desallegada al simulador impidiendo el indicio affectio y luego culmina haciendo uso del interpositio, la definitiva del negocio.

4.11. SUBFORTUNA

Todo negocio jurídico presupone una realidad económica que sin el cual; no podría celebrarse.

Se valora pues el elemento fáctico constituido por el peculio de los autores del acto y que habrá de darnos el índice de su real capacidad económica para atender a las objetivas prestaciones del contrato.

El indicio se forma a partir de la incapacidad económica, el bajo nivel económico al momento del acto.

4.12. MOVIMIENTO BANCARIO

Lo más común de hoy en día que los comerciantes, industriales, profesionales, utilicen los servicios bancarios, para llevar a cabo las operaciones comerciales

contractuales, etc. que conlleva un traslado de movimiento monetario, por eso lo más normal y corriente es guardar sus reservas en los bancos, utilizando también los servicios bancarios. Pero cuando se realiza algún negocio jurídico estas cuentas sufren alteraciones contables, que se traduce en superavit o egresos (cargos) según sea la posición jurídica del titular que ingresa o extrae el dinero depositado en el banco; en el caso de no suceder ese movimiento, constituye pues, un indicio de simulación.

4.13. PRETIUM VILIS

La variedad de motivos inductores de la exteriorización de un precio bajo y envilecido en el negocio simulado, de modo que raro será el supuesto judicial en que nos vemos mencionando en esta referencia.

4.14. PRETIUM CONFESSUS

En los negocios simulados el propio confesado suele hacer un confesionario forzoso de la interacción de otros varios componentes del juego simulatorios; difíciles por tanto de soslayar. Generalmente el precio se confiesa porque el objeto de evitar el indicio pretium vilis, las partes han fingido una mayor partida económica de la cual realmente no disponen para trajinar con ella ante notario, no

cabiendo en consecuencia otra solución que declararla recibida con anterioridad del acto.

4.15. COMPENSATIO

La compensación, o más propiamente, el pago por compensación con otro crédito, puede llegar a veces a convertirse en un indicio de simulación, con caracteres singulares pero muy parecido al *pretium confessus*.

4.16. PRECIO DIFERIDO

Muchas veces el simulador sortea el indicio del precio vil del precio confesado o del compensado, trama una estrategia consistente en aplazar o deferir el pago de la obligación de modo que en el documento se simule una reducida entrega y el resto quede a plazo por un tiempo más o menos dilatado.

Esto permite además escriturar un precio real sin temor al indicio; subfortuna, pues puede afirmarse que precisamente el modesto nivel económico del comprador ha determinado aplazamiento; también ayuda a marginar el indicio movimiento bancario y la inversión, dada que la entrega y movimiento dinerario se estatuye para el futuro, no habiendo pues de preocuparse por la falta de huellas actuales.

4.17. INVERSION

Este indicio se refiere al destino o paradero de los dineros recibidos como contraprestación una vez en poder del adquirente.

La moneda como instrumento de cambio, posee una dinámica que impele a su mediata o inmediata reinversión y que aún en el supuesto de que la reinvierta, existen hoy en día entidades encargadas de la guarda y custodia como son las entidades bancarias (movimiento bancario).

4.18. RETENTIO POSSESSIONIS

Es la ausencia de toda conducta posesoria por parte del otro simulador adquirente de la cosa transmitida, esto es, y cifrándose a una fórmula clásica, a la falta de toda actividad.

4.19. TEMPUS

Se presenta bajo tres modalidades:

1. Existe un tempus coyuntural. En las simulaciones de insolvencia aparece bien claro que la causa simulandi no surge como motivación de una maniobra engañosa en tanto

el peligro de una ejecución patrimonial devenga harto lejano o prácticamente inexistente. El indicio tempus exige, una cierta aproximidad entre la simulación y el elemento perturbador patrimonial pero el tempus coyuntural no es un indicio solo característico de la simulación de insolvencia sino que igual se puede manifestar en el caso de las liberalidades encubiertas, siquiera aquí el evento próximo a la simulación tenga generalmente una típica y única naturaleza: Suma ancianidad o la enfermedad grave del causante que hagan prever un cercano desenlace. Tenemos ejemplo, de un pleito o la inminencia de una ejecución, es el caso del deudor que se ve amenazado de una ejecución inminente y realiza la venta antes de formularse la demanda.

2. Tempus celeritas. Hace referencia a la velocidad inusitada con que dentro, naturalmente del periodo sospechoso se desarrolla el negocio simulado o alguna de sus consecuencias. El indicio Celeritas se compone por tanto de un tempus suspecto, en el sentido aproximado al evento determinado de la causa simulandi, y de una prisa que ha de ser inusitada, es decir, fuera de lo normal y corriente. Una ausencia además de infirmaciones hábiles contribuirá a corroborar la operancia indiferencial de este dato.

3. Tempus oculante. Es una modalidad del siglo que debe procurar todo simulador para mimetizar o esconder ciertos aspectos de la operación que pudieran impedir o desenmascararla, y en este sentido correlaciona con el locus silencio y la insidia.

4.20. LOCUS

Pertenece este indicio al grupo de los indicios procuradores de ocultación, su contenido lo integran conductas encaminadas a soslayar toda publicidad del negocio jurídico simulado en un medio físico que por sus escasas dimensiones pudiera acceder fácilmente a dicha noticia, así cuando no es aconsejable que se difunda la noticia de la maniobra tendiente a procurarse una insolvencia cuando los acreedores aún no han accionado judicialmente.

4.21. SILENTIO

Es un indicio tendiente, también a mantener oculto el negocio simulado en el periodo del perfeccionamiento del negocio jurídico; junto con el indicio tempus ocultante y el locus, forma este indicio un cuadro de clara interconexión, aunque de forzada auxialidad.

El silencio abarca todas aquellas conductas que sin quedar comprendidas en la esfera de los otros dos indicios citados equivalen de algún modo a ocultación o mimetización el negocio simulado, ya que su ocultación resulta sólo contingente y provisional, mientras que el negocio disimulado no se trata de silenciar, porque éste siempre permanecerá oculto.

4.22. INSIDIA

Equivale al dolo específico y al engaño o asechanza típica este indicio; la simulación es de por sí un acto doloso y la insidia es naturalmente engañar o atraer engañosamente a alguno para ejecutar algo, aunque el objetivo de la simulación es siempre el engaño valiéndose ya sea de maniobras para engañar a terceros.

4.23. PRECONTITUTIO

Cuando se elaboran virtuosismos contractuales, tan excesivas que desprenden indicios de coartada. La preconstitución suspectiva es aquí en este caso preconstitución en sentido estricto, es decir, documental y además generalmente se estampa exre ipsa como ejemplo tenemos dentro de la preconstitución simulatoria el caso en el cual se otorga en forma pública y solemne de negocio

jurídico de esa cuantía o de cosa mueble la cual no necesita o es de desacostumbrada escrituración.

4.24. PROVISIO

Se da más frecuentemente en las liberalidades encubiertas, es el caso en que el donante teme que después de su muerte pudiera impugnarse el negocio simulado, quedando en tal caso frustrada la finalidad de favorecer al donatario. Para evitarlo refuerza la simulación otorgando, casi siempre por vía testamentaria un acto de liberalidad digamos a cielo cubierto, es decir, instituyendo al donatario. De este modo dicho beneficiario ostenta dos posiciones jurídicas; la de adquirente por causa onerosa y subsidiariamente la de causa habiente por título testamentario, Aquí los simuladores quieren asegurarse hasta el máximo de que, fallare lo que fallare, no se frustrara la finalidad perseguida por el negocio simulado.

4.25. DISPARENTESSIS

Parte de un principio muy elemental "nadie se pretende mal así mismo al menos en tanto conserve conciencia de sus actos, y de que por tanto, cualquier conducta auto perjudicial no obedece más que a una mera apariencia o sea una contrapartida mayormente gratificante.

En derecho los contratos onerosos, hay recíprocas prestaciones que guardan un equilibrio; y donde veamos contratos desequilibrados hondamente sin circunstancia alguna que lo justifique habrá de ser fingido y simulado.

4.26. INCURIA

En los negocios simulados las partes saben que el negocio que se simule no es en serio y que lo único que interesa es que salvaguarda la meta defraudatoria mediante la sola mecánica, haciendo el mínimo esfuerzo y haciendo de un modo inconsciente, ocupadas a veces incluso en despreocupado sentimiento de seguridad. Se coligen así muchos detalles que aunque superfluos dan origen a un desprendimiento de indicio de incuria en su contra en cualquier contienda judicial que se presente.

4.27. INERTIA

La pasividad del cómplice en casi toda especie de negocio simulado es una consecuencia natural del mero papel de compararse, que para complacer al autor de la simulación se ve limitado a desempeñar: y además diremos que los desempeña a gusto, pues tras solicitar a una persona su "prestación de nombre" no se le va a molestar con las incomodidades que traería el fingimiento de una actitud

más activa y participante. Tan solo aquellos que a la vez figuran en la simulación como beneficiarios pueden llegar a ejecutar conductas de mayor iniciativa, particularmente si su intervención ha sido decisiva para lograr la prestación que los beneficia.

4.28. NESCIENTIA

Se desprende este indicio de la notoria ignorancia revelada por el cómplice contrayente acerca de la naturaleza o contenido alguno de los elementos del negocio jurídico sin que exista empero necesidad de que aquella ignorancia recaiga sobre los elementos esenciales, ya que en la conciencia de un contratante normal, tanta preponderancia puede adquirir estos elementos como los meramente accidentales.

Esta ignorancia puede abarcar diversos aspectos del negocio jurídico. Así uno de ellos, suele ser el referente al objeto contractual. En la motivación psicológica que resulta inverosímil imaginar que el contratante lo desconozca.

4.29. DOMINANCIA

Viene a detectarnos este indicio, de una forma harto

sutil pero elocuente, los diversos roles dominantes del autor principal de la simulación en contraste con los de su cómplice, y ello especialmente en aquellos actos que normalmente debiera de haber una paridad, o incluso una preponderancia adversa.

Las circunstancias determinantes del indicio son, como decimos, muy sutiles y variadas. A veces se ha encontrado una significativa dominancia en el hecho de haber redactado el documento/.

4.30. SUBYACENCIA

Este inicio revela de una forma inmediata algún específico elemento negocial del acto subyacente. Se desprende del propio negocio simulado, reflejando o transparentando una parte del negocio simulado, hata tal punto que comparando el elemento del negocio encubierto que ha sido invocado o inducido por aquel, parece que el uno sea un calco del otro con sólo las variantes técnicas impuestas por el camuflaje, este insomorfismo conserva su valor semiótico, no solo cuando el elemento negocial simulado resulta ilógico o desusado, sino en todo supuesto de nítida transparencia (particularmente si se trata de cifras).

Diríase que un elemento retrata al otro elemento. Tal es

el caso, por ejemplo, del causante que para burlar los impuestos de la herencia simula vender a su esposa e hijos todos los bienes.

4.31. CONTRADOCUMENTOS

El indicio de contradocumento es en realidad el indicio de falta de contradocumento, ¿qué es el contradocumento? Todo documento destinado a revelar el verdadero carácter de una operación jurídica aparente y al restarle las consecuencias que de haber sido real hubiese ella producido. El contradocumento no tiene una específica naturaleza instrumental sin indiciaria. Instrumentalmente el contradocumento no es más que un mero documento.

4.32. TRANSACTIO

Este indicio presenta naturalmente una gran dificultad de fijación ya que las propuestas de arreglo amistoso no suelen jamás documentarse, quedando casi siempre reducida a estampaciones personales que habrán de canalizarse, luego por la vía testifical.

El testimonio de allegados y asesores puede ser más decisivo, aunque respecto a estos últimos no pocas veces estará coartada por el secreto profesional.

4.33. INDICIOS ENDOPROCESALES

El proceso de simulación viene a ser una prolongación más de la propia simulación.

Diversas modalidades de los desprendimientos endoprocesales:

- Normalidad
- Tono
- Coyuntura
- Conducta oclusiva
- Conducta hesiativa
- Conducta menda
- Conducta excrementativa

5. LA HEURISTICA

5.1. CONCEPTO DE LA HEURISTICA JURIDICA

Etimológicamente la voz Heurística viene del griego euriskein que significa hallar, encontrar (casualmente o después de buscar), descubrir, mostrar, revelarse.

El diccionario nos la define como aquella ciencia de la investigación y deducción aplicadas al ramo particular de la lógica.

Para el estudio de la historia, la heurística representa el conocimiento o ciencia de las fuentes, cuyo contenido a su vez comprende la narración oral o escrita, las imágenes y los restos del pasado. Para la lógica se suele hacer alusión a la heurística cuando se habla de métodos verificatorios o demostrativos de estos mismos problemas.

Luis Muñoz Sabaté en su obra, que fuera de estas dos disciplinas la locución heurística no ha obtenido mayor

audiencia y que los motivos que lo han inducido a predicar su aplicación en la esfera del Derecho y más concretamente sobre el área procesal de la prueba a pesar de los nullos precedentes, es que los máximos intentos realizados hasta la presente para dar a la prueba judicial una categoría autónoma y científica dentro del Derecho se ha quedado a mitad del camino, desde que se ha llegado a confesar que a esa disciplina, a ese derecho probatorio no le interesa para los problemas de investigación o de averiguación.

Carnelutti²⁶ decía: "No pertenece a la prueba (Derecho Probatorio) el procedimiento mediante el cual se descubra una verdad no afirmada sino por el contrario, pertenece aquel procedimiento mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada".

Afirma Luis Muñoz en su obra, que la prueba es sólo demostración de unas afirmaciones y que si el Derecho probatorio se desentiende de todo lo que no sea prueba, concebida ésta como actividad verificadora es obvio que dentro de ese Derecho no pueda implicarse principios y técnicas de notorio carácter metajurídico. Por ejemplo,

²⁶CARNELUTTI. Derecho probatorio. s.d. Revista del derecho procesal, 1947.

la medicina legal, que sirve para investigar y demostrar al mismo tiempo.

Sostiene además que por estar concebida como una actividad verificadora la prueba seguirá quedando al margen de los estudio forenses, algunas disciplinas absurdamente desdeñadas por su carácter metajurídico. Qué sucede por ejemplo cuando el abogado quiere repasar una acción de simulación de una venta? No le basta con saber que la carga de la prueba gravita sobre la parte actora, ni que los documentos deben presentarse en la fase preclusiva de la demanda, ni siquiera le bastará con tener experiencia de los procesos psicológicos de valoración o estimación de la prueba en la mente del jugador.

El abogado se hará muchas preguntas, que tal vez no se las conteste ni el mismo derecho probatorio concebido tan estrictu sensu (estricto sentido): cómo averiguar que realmente el adquirente conocía las circunstancias del vendedor y que hubo tanto consiliun fraudis? Que indicios convencerán más al juzgador y dónde habrá de buscarlos? Cómo demostrará que vendedor y comprador eran íntimos amigos? De qué modo hará frente a una posible coartada de simulacro de la entrega del precio ante el notario?. Ciertamente que todo esto no es derecho porque no es normativo ni encuentra respuesta en ningún apotegma jurídico, pero

no es menos cierto que el no hallar contestación a tales interrogaciones pudiera significar no tan solo la frustración de muchos procesos, si no incluso, es un estado completamente procesal, la renuncia a interponer múltiples acciones.

Añade, Sentis Melendo²⁷: Que no se puede pensar en la verificación aisladamente, con prescindencia de la averiguación.

Refiriéndose al proceso Sentis, a la teoría de Muñoz, concluye: "Es posible que a estas alturas yo también piense, como el autor que ambas actividades no se pueden separar ni pueden ni siquiera representar dos momentos desvinculados de la esclavitud juzgadora no se verifica bien aquello en cuya averiguación no se ha tomado parte. Por eso cuando en la prueba de confesión o en la de testigos se pide la razón de lo dicho, o en la de peritos se piden aclaración al dictamen y específicamente en la de cotejo de letras, se ordena al juez que lo realice por sí mismo, paralelamente a la actividad pericial; y en la de reconocimiento judicial se hace constar en acta lo observado por el juez con intervención de las partes, o

²⁷ MELENDO, Sentis. Existencia y delimitación del Derecho Probatorio en Estudio de Derecho Procesal. Buenos Aires., s.d.

indudable que exista una iniciativa juzgatoria del juzgador que tiene carácter averiguador y que se combinará el día de mañana con función verificadora que tiene tanto de pasiva".

La definición que formula provisionalmente Luis Muñoz del concepto heurístico judicial o procesal es "Disciplina o método tendiente a la averiguación procesal de los hechos en vista de su ulterior afirmación en autos y consiguiente fijación a través de la prueba "sitúa pues el profesor Muñoz a la heurística en una esfera preprocesal y la concibe como técnica metajurídica, marginándola por lo tanto ingrediente normativo.

5.2. INTEGRACION DE LA HEURISTICA Y EL DERECHO PROBATORIO

El derecho probatorio abarca las siguientes materias;

1. El concepto de prueba (lo que se ha de probar).
2. Las fuentes y los medios de prueba (cómo se ha de probar, problemas de ilicitud, admisibilidad y pertinencia).
3. Los sistemas probatorios (Inquisitivo, dispositivo o libre inmediación).
4. Los cargos (quién ha de probar).

5. La adquisición procesal (para quién se prueba).
6. El procedimiento probatorio.
7. Apreciación y valoración de la prueba.

Todo esto inegraría la parte general del Derecho Probatorio, vendría a ser completado por una parte especial dedicada al estudio concreto de los diferentes medios de prueba.

Y concluyen que todavía quedan a la espera de conectar con la prueba todas aquellas parcelas de la actividad averiguatoria, generalmente, aunque no siempre de carácter preprocesal y que incluimos como materia de la heurística Estrictu sensu.

Es decir, todo lo concerniente a la información que deba procurarse al futuro litigante y la técnica de la coartada.

La planificación y proporción de la prueba (formula heurística); los estudios de fiabilidad instrumental (crítica de testimonio, autenticación de documento, etc.) el ancho campo de las diversas técnicas periciales, y último d ela semiótica o ciencia de los indicios.

Hacia una integración de todas estas materias es a lo que debe orientarse un futuro Derecho Probatorio.

6. EL METODO HEURISTICO

6.1. INFORMATIVA

La averiguación de los hechos comporta un proceso informativo que habrá de desarrollar el abogado contando con los datos iniciales que le proporcione el cliente. Este proceso informativo se inicia generalmente a partir del momento en que, realizada ya una diagnosis jurídica del problema, al menos con carácter provisional, debe pasarse el encaje del supuesto de hecho normativo con los datos fácticos proporcionados en la consulta.

No siempre, el autor, la información comporta una actividad averiguatoria o heurística, pues es factible, que el cliente a la vez que informa de los elementos constitutivos del supuesto de hecho, suministra los materiales para su fijación en autos, pero esto nosucede siempre de esta manera, siendo por el contrario muy frecuente que tras una información incompleta se deje en manos del abogado toda la compleja labor de buscar los

medios instrumentales para su debida prueba en la litis, esto en el trabajo investigador objeto de nuestra disciplina heurística.

La primera técnica que debe aplicar el abogado es un hábil interrogatorio del cliente en busca precisamente de las fuentes de averiguación y de los consiguientes materiales probatorios.

Ahora bien, este proceso heurístico que se inicia con la información dada por el cliente, debe proseguirse luego a través de una etapa procesal en la cual el abogado despliega una serie de actividades investigatorias, bien por el mismo, o bien merced a la colaboración de otros profesionales (detectives, gestores, agencias de información, notarios, etc.) buscando datos y preconstituyendo aquellos otros que luego pudieron deteriorarse con ocasión del pleito.

El abogado no siempre tiene las puertas abiertas de los registros y archivos, ni puede interrogar con efecto vinculante a las personas que se niegan voluntariamente a responderle. Es evidente que tan solo con el auxilio procesal para averiguar.

6.2. PRECONSTITUCION DE PRUEBA

El concepto de prueba preconstituida, Benthan, lo atribuye a aquellas especies de elementos, documentales o no, que se constituye con un específico destino probatorio, otros autores hablan de prueba peconstituida como sinónimo exclusivamente de documentos cualquiera que fuere su tipología.

Muñoz Sabaté, no está de acuerdo con esta última concepción debido al carácter estricto que se otorga al documento y sostiene que no todos los instrumentos son documentales y en cambio nadie ignora que se produce en periodos prelitigios diversas actividades PRECONSTITUTIVAS con vista a la prueba. Tal es el caso de la preconstitución de percepciones, de la provocación de indicios y en sentido negativo incluso de las propias coartadas.

Quien días antes de una inspección oculta, por no explotación de un predio, transplante árboles se halla indudablemente preconstituyendo una prueba que sabe que de otra manera conrrerá el peligro de no poder probarlo.

Sostiene además que excluyendo por ahora la coartada que viene a representar el lado fraudulento de cierto tipo de

preconstitución, nosotros definiríamos a esta última como la fijación instrumental intencionada de un hecho anticipándose a su posible desaparición o negación en auto o concluye "La preconstitución importa una actividad tendiente a la documentación de declaraciones, a la suscitación de confesiones extrajudiciales o de testimonios y a la provocación y conservación de indicios. No es, pues pura actividad fijativa sino a la vez conducta provocativa o desencadenando de aquello que se fija. Aunque los medios de que se sirve pueden ser privados, los más usuales son actualmente los actos notariales, la conciliación y la querrela heurística.

6.3. TECNICA DE COARTADA

Para los clásicos la coartada representa la típica excepción de ALIBI consistente en demostrar que a la hora del crimen, el acusado que fue visto en otro sitio determinado y por lo tanto, resulta imposible que pudiera hallarse en aquel momento en el lugar donde se cometió el delito.

Pero todos sabemos, dice Muñoz, que la coartada se puede ad-hoc (de-hecho) lo que nos induce a hablar técnicamente de una técnica de contraprueba.

La técnica de coartada es precisamente eso, preparación, preconstitución de indicios excriminatorios. Lo único que añadimos nosotros es el carácter fraudulitivo de esa elaboración y su destino a servir de contraprueba.

Y contestando las objeciones que las prácticas le hacen a la temática acusándola precisamente de propiciar la técnica de coartada sostiene que esto puede ser cierto, no resulta por ello demasiado inquietante. Aparte de que, a la postre, tampoco sería exclusivo de la semiótica descubrir experiencias que luego pudieran ser utilizadas dolosamente. De admitirse otra opinión, jamás debiera haberse inventado la pólvora por temor a que la descubrieran los enemigos.

Pero lo esencial, sigue diciendo, más que disculparse a base de designaciones, es llegar a darse cuenta de los múltiples factores que cooperan, de una forma que podríamos llamar natural, a impedir o desenmascarar la coartada convirtiendo a esta en una técnica difícil y vulnerable. Los factores a que vamos a referirnos son independiente de toda planeación y aunque no es necesario que concurren todos a la vez la presencia de una o dos elementos.

Sus efectos, operan, bien impidiendo el nacimiento de la

coartada o bien denunciando su existencia una vez producida. Veámoslo seguidamente:

1. La dificultad. Esta dificultad, que en algunos casos de sinónimia de imposibilidad, si no absoluta, al menos relativa, se refiere a los medios de preconstitución disponible por el autor de la coartada. Hay pruebas que humanas o materiales no se pueden fabricar, o que sus resultados serían demasiados burdos para permitirnos hablar con propiedad de verdadera prueba.

2. El costo económico. No todas las coartadas son rentables, ya que la preconstitución fraudulenta de prueba exige un determinado superavit económico. Por ejemplo, si para defraudar los derechos del acreedor de \$50.000.00 se provoca un estado de insolvencia a través de la simulación de la venta de un inmueble fiscalmente avaluado en \$10.000 los derechos reales de la operación ascenderán ya más que el crédito burlado.

3. La inexperiencia. No todo el que urde una coartada se halla capacitado para procurar al máximo su perfección, siendo posible que se le escapen múltiples elementos o suele contar con un asesoramiento técnico no perfecto y muchas veces sucede en los negocios civiles, que no siempre se acude a la consulta antes de preconstituirse la prueba.

4. El riesgo. La preconstitución comporta a veces para el interesado o sus cómplices diversos peligros de carácter penal que no desean afrontar, en la esfera civil no es raro que la técnica exija la colusión de otro, en el caso que se hiciera una escritura pública de venta de sus bienes con la complicidad del notario autorizante.

5. La fatiga. La técnica de coartada, sobre todo en la esfera civil, requiere a veces una serie de actuaciones que por su incomodidad resulta altamente inhibitoria y fatigan bien pronto a sus autores, es por ejemplo, de pensar en el cansancio que reportaría para el comprador simulante "ocupar" indefinidamente la finca supuestamente enajenada o lo fatigoso que resultaría para enervar un desahucio por no uso posesión trasladarse cada día a la vivienda desocupada con el objeto de encender la luz eléctrica y abrir los grifos del agua.

6. Indicios de precoconstitución suspectiva. Refiriéndose a aquella clase de preconstitución que por realizarse interpone supecto y viene a revelar a las claras su origen fraudulento.

7. El condicionamiento. Realizar una coartada equivale a transformar artificialmente una situación de hecho, que al tener que introducirse en la historiografía del caso,

desplaza por presión los demás elementos ficticios. No se trata de cambiar una pieza, sino que todas ellas se ven transformadas, es el ejemplo, de quien para destruir un indicio de realización efectiva con el titular de un crédito hipotecario simulado finge una agresión, queda de tal forma atado a este hecho que luego ya no puede justificar la no ejecución de dicho crédito ni mucho menos la falta de tradición y desocupación de la finca adjudicada.

8. Contraefecto. El descubrimiento de una coartada, aún suponiendo que la misma no fuera delictiva, añade un indicio incriminativo más a la presunción que se está formando en la litis.

9. Planificación de la prueba. En su obra probatoria Muñoz Sebatié habla de una forma heurística y la define como un conjunto de complejas actividades intelectuales y materiales elaboradas por el abogado de la parte proponente y que cristaliza en la ordenación sintética de las pruebas, consideradas como necesarias²⁸ dice cómo debe empezarse a elaborar la forma heurística, y en las primeras consultas del cliente una vez perfilado el tema

²⁸MUÑOZ SABATE. Op. cit. p. 69

probandi, pues de este modo podrán determinarse las necesidades averiguatorias o propiamente heurísticas de carácter procesal.

Pero su formación definitiva no llega sino hasta el momento en que trabada la litis y centrados los hechos, deban las partes proponer las pruebas.

10. Fiabilidad instrumental. Habla de instrumentos y lo equipara a los medios de prueba y dice que no hay más instrumento de plasmación histórica que el documento, el tetigo y la pieza, quienes están sujetos a maliciosas adulteraciones y a naturales deterioros que nos impiden por esta causa darles absoluto crédito hasta tanto habernos cerciorado de su correcto grado de fiabilidad.

11. La prueba pericial. La diferencia entre: Mediatización: esto es interferencia por una serie de elementos extraños que hacen que los resultados no sean los mismos que debieran de efectuar este trabajo en condiciones de vacío absoluto.

7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SALA DE CASACION CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO MURCIA BALLEEN

Bogotá, D.E., veintiseis de enero de mil novecientos setenta y siete.

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 4 de marzo de 1976, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso ordinario instaurado por FRANCISCO RESTREPO IDARRAGA frente a NELLY DEL SOCORRO LOPEZ DE RESTREPO.

7.1. ANTECEDENTES

1. Joaquín Pablo López y María del Carmen Ospina contrajeron matrimonio católico el 5 de abril de 1948, en la Iglesia parroquial de Támesis, Departamento de Antioquia.

Dentro de esta unión conyugal los contrayentes procrearon

a Nelly del Socorro López Ospina, cuyo nacimiento ocurrió en esa misma ciudad el 25 de enero de 1956.

2. El 22 de julio de 1972, mediante escritura pública número 182 que en esa fecha se otorgó en la notaría de la ciudad Antioqueña de Támara, y que se inscribió el 21 de agosto siguiente en la oficina de Registro de allí, se ajustó entre Francisco Restrepo Idarraga y Nelly del Socorro López Ospina, representada ésta en dicho acto por su madre Carmen Ospina de López, el contrato de compraventa cuyas cláusulas fundamentales son las siguientes:

a) El primero expresó vender a la segunda, y ésta comprar a aquel 32 hectáreas de la finca rural denominada "Alhacena" y una casa de habitación ubicada en el área urbana de esa población, inmueble comprendido dentro de las especiales alindaciones consignadas en el respectivo título escriturario.

b) Expresó el enajenamiento que el dominio sobre los dos inmuebles que transfería los había adquirido así: Por compra que hizo a Antonio Domínguez, según escritura número 337 del 19 de octubre de 1969, el primero y el segundo, por adjudicación que se le hizo en el proceso sucesorio de su esposa María Isabel Restrepo.

c) Acordaron los contratantes como precio de la venta convenida la suma de ciento treinta mil pesos (\$130.000) que en ese acto el vendedor declaró "tener recibidos decontado de manos de la compradora a su entera satisfacción, en dinero efectivo".

d) Mediante la cláusula quinta de dicho pacto, manifestó el vendedor que "desde esta fecha, hace entrega real y material de los bienes vendidos a la compradora con todas las mejoras y anexidades correspondientes y con todos los usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas que tengan legalmente constituidas.

3. Francisco Restrepo Idárraga, a la sazón viudo y de ochenta (80) años de edad, según lo expresa el acta respectiva, se unió en matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica el 26 de julio de 1972, con la menor Nelly del Socorro Ospina, cuya edad frisaba entonces en 16 años.

4. Mediante escrito de 30 de julio de 1974 dirigido al juzgado promiscuo del circuito de Támara, la menor Nelly del Socorro López de Restrepo, asistida por el curador ad-litem que al efecto ella designó, demandó en proceso de separación de bienes a su esposo Francisco Antonio Restrepo Idárraga, afirmando que éste había abandonado

totalmente sus deberes de esposo.

7.2. EL LITIGIO

1. Así las cosas, mediante libelo del 21 de octubre de 1974 y que por competencia correspondió conocer al mismo juzgado Promiscuo del Circuito de Tâmesis, el mentado Francisco Restrepo Idârraga citó a procesoi ordinario de mayor cuantía a su esposa Nelly del Socorro López de Restrepo, a efecto de que la justicia hiciera las siguientes declaraciones:

a) Que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 182 de 22 de julio de 1972, de la notaría de Tâmesis, ajustado entre el demandante como vendedor y la demandada como compradora, es relativamente simulado.

b) Que el verdadero acto contenido en ese instrumento escriturario es una donación.

c) Que dicha donación es absolutamente nula en cuanto excede a la suma de dos mil pesos, por falta de insinuación.

d) Que se decrete la cancelación del registro de la escritura referida.

e) Que se imponga a la demandada las costas procesales.

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, el demandante invocó como fundamento de sus pretensiones los que sustancialmente quedan sistematizados en los siguientes:

a) Restrepo Idárraga y la menor Nelly del Socorro López establecieron, a principios del año de 1970, relaciones amorosas que culminaron en 1972 con la celebración del matrimonio católico entre ellos.

b) Cuatro días antes de contraer dicho matrimonio y en consideración a él, demandante, por la referida escritura 182 de 22 de julio de 1972, expresó vender a favor de la demandada los dos inmuebles que el citado instrumento relaciona por su titulación y linderos.

c) Muy a pesar de que para entonces los bienes tenían un valor comercial superior a \$250.000.00, en la referida escritura se hizo figurar como precio total de ellos la suma de \$130.000.00, precio éste que, sin embargo de haberse expresado lo contrario, Restrepo Idárraga no recibió de la aparente compradora, ni de la madre de ésta pues no hubo de parte del primero intención de enajenar, ni de la segunda intención de comprar. "Fui movido a

firmar la escritura de que se viene hablando -asegura el demandante en consideración a la celebración del matrimonio con Nelly del Socorro", el cual evidentemente se llevó a cabo cuatro días después.

d) Mediante el hecho sexto de su demanda, expresa el demandante que por la época del otorgamiento de la sobredicha escritura número 182 tanto de la demandada, como sus padres, no tenían capacidad económica suficiente para adquirir los inmuebles a que se ha hecho alusión, puesto que "apenas si poseían y aún poseen un solar pequeño con casa de habitación, con un avalúo catastral de \$13.000.00 además las rentas del padre no ascendían a más de \$100.00 semanales; María del Carmen igualmente carecía de renta y la menor Nelly tampoco poseía patrimonio ni renta".

e) Que la armonía en el hogar formado por Restrepo Idárraga y la menor Nelly del Socorro fue muy fugaz, ya que bien pronto se presentaron las desavenencias, debido al total abandono de los deberes de esposa de la demandada".

3. En su oportuna contestación de la demandada, por conducto del curador AdO-litem que ella designó, luego de aceptar como ciertos la mayoría de hechos afirmados por el

actor, se opuso a todas las súplicas de éste.

Expresó que la compraventa que el demandante califica de simulación es real, que tuvo el precio que la escritura indica, el cual ella pagó, y que aceptando, "en gracia de discusión, que el contrato que celebró el demandante, fue el de donación", ésta es válida por cuanto no requería de insinuación, dado que las donaciones por causa de matrimonio entre cónyuges, se rigen por normas especiales.

4. Durante la etapa probatoria del proceso el juzgado del conocimiento, a instancia del demandante quien expresó fundarse en la preceptiva del artículo 83 del código de procedimiento civil, dispuso la citación de María del Carmen Ospina de López, quien intervino directamente en el acto jurídico plasmado en la escritura pública No.182 de julio 22 de 1972, materia del sub-índice.

La así citada al proceso; por conducto de apoderado dio contestación a la demanda en los mismos términos en que lo había hecho su hija demandada.

5. Replicada pues la demandada, con aducción de pruebas por parte de los litigantes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juez de la causa puso fin con su sentencia del 12 de agosto de 1975, mediante el cual

resolvió la controversia así:

a) Declaró la simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura número 182 del 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támeis.

b) Resolvió que el verdadero contrato contenido en el citado documento es una donación.

c) Estimó que éste se hizo entre cónyuges y por tanto se abstuvo de decretar la nulidad del proceso.

d) Dispuso el pago de los impuestos de donación.

e) Ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y el registro de su sentencia.

f) Finalmente condenó al demandante al pago de las costas causadas en la instancia.

6) Como efecto de la apelación interpuesto por ambas partes contra lo así decidido, el proceso subió al tribunal superior del Distrito de Medellín, al que, en sentencia de 4 de marzo de 1976, decretó la alza así:

a) Confirmó las decisiones contenidas en las letras a), b)

y e) del fallo apelado; revocó todas las demás resoluciones de la sentencia recurrida, y en su lugar decretó la nulidad de la donación que descubrió en la precipitada escritura No.182, en lo que excede de \$2.000.00 disponiendo por tanto que la donataria "seguirá en carácter de comunera con su legítimo esposo Francisco A. Restrepo sobre los bienes descritos en la referida escritura, en proporción de \$2.000.00, para la señora y de \$120.000.00 para el varón demandante", y finalmente condenó a la demandada al pago de las costas causadas en las dos sentencias del proceso.

7.3. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDO GRADO

1. Después de compendiar los antecedentes del litigio y el desarrollo del proceso el Tribunal inicia las motivaciones en su sentencia con algunas consideraciones de orden general en torno a diferentes aspectos de la teoría de la simulación de los actos jurídicos.

Y apoyando su aserto tanto en el petitum como en la causa petendi expresados en la demanda inicial del proceso, afirma el sentenciador que las súplicas principalmente deducidas en ésta se contraen a la declaración de simulación relativa del contrato contenido en la escritura pública No.182 de julio de 1972, otorgada en la notaría de

Támesis, pues se busca la declaración de que hubo compraventa, como reza dicho título, sino una donación.

2. Observa en seguida el juzgado ad-quem que como al contestar la demanda, y luego al absolver un interrogatorio, la demandada aceptó que lo realmente acordado en el acto atacado fue la donación, el debate se reduce a saber si éste es o no jurídicamente eficaz, o, en otros términos, "si hubo escritura pública, por tratarse de inmuebles, y si hubo permiso judicial en caso de necesitarse".

Orientado pues por este razonamiento, asevera el sentenciador que sí se observó el requisito de la escritura; pero que como se omitió la formalidad de la insinuación a que se refiere el artículo 1458 del C.C., la que a su juicio era legalmente necesaria en la donación hecha, debe aclararse la nulidad deprecada y que el a quo negó.

3. Considera el Tribunal, son estos los argumentos que esgrime para rechazar la tesis sostenida en el fallo de primera instancia, que si el artículo 1845 del C.C. preceptúa que las donaciones por causa de matrimonio "están sujetas a reglas generales de las donaciones", debe concluirse que "necesitan del mismo modo el permiso judicial", que el artículo 1463 ibidem, según el cual no

requiere insinuación "las donaciones que, con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales" es inaplicable en el presente caso, porque, dice el ad-quem este precepto regula únicamente las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales" y a su alcance no puede excederse más allá de lo contemplado en sus términos y en su espíritu".

Añade la sentencia que como en la escritura No.182 "nada se dijo sobre que se trataba de una donación por causa de matrimonio, sino más bien de una compraventa, y por ello, el descubrimiento de la gratitud (sic) y no haberse expresado la causa, no debe tratársele como donación con causa onerosa en razón de matrimonio, sino como donación enteramente gratuita", y por tanto, sometida al requisito de la insinuación establecida por el artículo 1458 ajusdem.

7.4. EL RECURSO EXTRAORDINARIO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la parte demandada, en la respectiva demanda y dentro de la orbita de la causal primera del artículo 368 del C.P.C. la recurrente fórmula contra dicho fallo dos cargos, los que la corte entra a estudiar y despachar en el mismo orden en que vienen propuestos.

CARGO PRIMERO:

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal de quebrantar, por aplicación indebida, los artículos 1443, 1458, 1461, 1766, 1845 del Código Civil y 267 del C.P.C.; 1849, 1857, inciso 2 y 1602 de la primera de estas dos codificaciones, por falta de aplicación, como consecuencia de errores tanto de hecho como de derecho cometidos en la apreciación de la prueba.

2. En la sustentación del cargo el impugnante, después de recordar que frente a la súplica principalmente deprecada en la demanda el sentenciador ad-quem se limitó a aseverar que la simulación relativa estaba confesada por la demandada Nelly del Socorro López de Restrepo, y que con base en ese razonamiento confirmó la resolución respectiva, expresa que evidentemente este reconoció, la demandada tanto al contestar la demanda, como en los interrogatorios por ella absueltos el 25 de septiembre de 1974 y el 20 de enero del año siguiente.

Añade la censura que no obstante ser esto cierto, el atribuir pleno valor y eficacia probatoria a esa confesión el tribunal cometió un error de hecho, primero y luego uno de derecho.

3. Hace consistir el yerro fáctico en que el ad-quem, al razonar así, no tuvo en cuenta que según el acta correspondiente a Nelly del Socorro López nació el 25 de enero de 1956, es decir, que para las fechas en que contestó la demanda y absolvió los interrogatorios a ella formulados era menor de edad, y que sí aún entonces había adquirido la calidad de habilitada de edad que por Ministerio de la ley vino a corresponderle después, a raíz de haber entrado en vigencia el artículo 46 del Decreto 2820 de 1974, lo que ocurrió el 4 de febrero de 1975 que fue cuando ese estatuto fue promulgado.

Concretando el yerro de jure que denuncia, dice el censor que éste consistió en que el Tribunal, infringiendo la primera de las reglas del artículo 195 de C. de P.C., le dio validez y le atribuyó pleno mérito probatorio a la confesión de una persona, que, cuando la hizo, carecía de capacidad legal para ello y de poder dispositivo sobre el derecho que resulta de lo confesado.

Si, pues, como se deja demostrado, dice el censor - el Tribunal se fundó en una prueba que carece del requisito exigido por la regla 1. del artículo 195 del C. de P.C, para su validez y desde luego para su eficacia, quiere decir entonces que es falsa la premisa menor del silogismo acogido por el Tribunal, y ello sólo es suficiente para

privar de toda fuerza dialéctica y jurídica a la declaración o conclusión del aludido silogismo, esto es, la de que se realizó la simulación invocada en la demanda. Con semejantes razonamientos no podía el Tribunal declarar que el acto contenido en la escritura 182 era una donación y no una venta, ni declarar tampoco a renglón seguido que la donación así descubierta era nula por falta de insinuación y en la medida en que excedió de la suma de \$2.000.00.

4. Rematando la formulación de la censura, aclara el impugnador que todo lo que deja dicho en torno a este primer cargo, es bajo el supuesto de que la confesión que el Tribunal tuvo en cuenta fue la demandada; pero que en el evento de que hubiera considerado esa confesión como hecha no por ella sino por su curador, entonces también habría incurrido en error de derecho al quebrantar al artículo 70 de ese mismo estatuto, conforme el cual los curadores ad-litem carecen de facultad para disponer del derecho en litigio y por ende, de capacidad para confesar.

SE CONSIDERA:

1. La confesión, como medio de prueba, consiste en manifestar que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria. Y puede ser, según lo

indica el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, judicial y extrajudicial: reviste el primer carácter si se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, que no necesariamente deba ser el que conoce el proceso en que dicho medio se aduce como elemento de convicción; y adquiere el segundo cuando se efectúa en cualquier otra ocasión.

Ahora se trata de la judicial o ya de la extrajudicial, para que la confesión sea legalmente válida y pueda por tanto producir efectos jurídicos, es menester que se ajuste a los requisitos que para ella exige el artículo 196 ibidem. El primero de ellos consiste, a términos del numeral 1 de esta forma, en que la confesión sea hecha por quien tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

Y como el precepto legal transcrito exige dicho requisito sin distinguir la capacidad absoluta de la relativa, debe seguirse que la validez de la confesión como medio de prueba requiere que el confesado no sea capaz absolutamente ni especialmente.

2. De lo anterior resulta que cuando quien confiesa carece de capacidad, la confesión no es válida por falta de ese requisito.

3. Por cuanto confesar una obligación es tanto como enajenar o disponer de un derecho, la confesión del apoderado judicial sólo obliga a su mandante cuando aquel haya recibido de éste expresa facultad para hacerla, aun cuando, según dice el artículo 197 ejuadem dicha autorización se presume para la demanda, las excepciones y las correspondientes contestaciones.

Los curadores ad-litem, desde luego que el artículo 70 ibidem, norma especial y por tanto de aplicación preferente, estatuye que aquellos tendrán las mismas facultades que asisten a los apoderados judiciales, salvo las de sustituir, recibir y disponer del derecho en litigio.

Lo cual significa que la confesión del curador ad-litem no produce efecto jurídico en contra de su representantes; además la corte ha dicho, el curador ad-litem no tiene calidad de representante legal de la persona respecto de la cual ejerce las funciones de curador ad-litem.

4. En el caso de este proceso el Tribunal de Medellín para dar por demostrada la simulación del contrato contenido en escritura pública No.182 de 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támenesis, se apoyó en la confesión que al respecto hizo en la contestación de la demanda el curador

ad-litem de la menor demandada Nelly del Socorro López de Restrepo; y en la que ésta misma efectuó al absolver los interrogantes que a ella se sometieron el 25 de septiembre de 1974 y el 20 de enero del año siguiente.

Pero si, como lo tiene averiguado la doctrina, el error de derecho se configura cuando el sentenciador, sin alterar la realidad objetiva que las pruebas ostentan, el ponderar la validez de éstas faltas a la fidelidad jurídica que las pertinentes normas legales establecen para ellas, se impone aceptar que en el presente caso el Tribunal incurrió en el yerro de la estirpe dicha, puesto que contrariando los mandatos de los artículos 70 y 195 del C. de P.C., atribuyó mérito demostrativo a la confesión del curador ad-litem de la menor demandada; y a la que esta misma hizo cuando aún era menor y por tanto carente de capacidad para confesar.

El error de derechos se concreta, entonces, en haber otorgado validez a la confesión de quienes a la sazón no tenían capacidad para hacerla, ni por el mismo poder dispositivo sobre el derecho que resultó confesado.

5. Pero si bien el error de derecho denunciado frente a la apreciación de la confesión se encuentra ciertamente configurado, no es él sin embargo suficiente para

aniquilar la sentencia impugnada, puesto que muchas otras pruebas que el proceso tiene estructuran las bases indestructibles para apoyar en ella la declaración de simulación contractual deducida en dicho fallo.

Con apoyo en la normación positiva contenida en el artículo 374 del C. de P.C., en doctrinas que son muchedumbres, ha sostenido exhaustivamente la corte que para que un error de apreciación probatoria iniciada en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la que la ley sustancial establece para el caso litigado; o lo que es lo mismo, que no es posible quebrantar la sentencia combatida cuando el error de derecho demostrado frente a una prueba, o el de hecho, no trasciende a las demás que el proceso contiene y que autorizan y aún impulsan al juez a proferir idénticas resoluciones.

6. En el caso de este proceso acontece, que en efecto, que aún prescindiendo de las referidas confesiones cuya apreciación evidentemente se hizo contrariando la ley probatoria, otros elementos de convicción conducen a demostrar eficazmente que el contrato contenido en la sobredicha escritura número 182 de 22 de julio de 1972 es relativamente simulado; que no corresponde ciertamente a la compraventa que en él se describe, sino que lo plasmado

en dicho instrumento escriturario es una donación.

Eso es, exactamente, lo que en forma razonada y concorde exponen los testigos Carlos Cárdenas, Alonso Martínez, Roberto Montoya. Todos estos declarantes, dando la razón de la ciencia de su dicho aseveran categóricamente que por la época en que se otorgó la referida escritura pública tanto la menor Nelly del Socorro López, como los padres de ésta carecían de capacidad económica para adquirir bienes por el valor de que dicho instrumento habla; que "toda la vida han sido pobres", "que el señor López tiene una casita y una media cuadrada de tierra, pero que tiene que trabajar al jornal para sostener a su familia", y que dada su pobreza, no tenía, ni remotamente medios económicos; para adquirir en 1972 bienes de valor considerable.

El mismo padre de la menor demandada, al absolver el interrogatorio que a él sometió el demandante en enero de 1975, después de reconocer su pobreza, al responder una de las preguntas formuladas sin ninguna evasiva aseguró que "Don Francisco le regaló a su hija Nelly López esa finca y esa casa.

Aceptada como lo está por la jurisprudencia de la corte la libertad probatoria en materia de simulación, los anteriores testimonios dan base suficiente para mantener

la decisión contenida en la sentencia del Tribunal de Medellín.

Además de los anteriores elementos de prueba, obra también en el proceso la confesión de María del Carmen Ospina de López, madre de la menor Nelly López y quien también fue demandada, la que en el interrogatorio de parte expresó: "eso no se lo compramos a él se lo regaló a ella, nosotros no teníamos dinero para comprar esos bienes.

Todos los elementos de prueba referidos, y otros más que el proceso contiene y que resultaría superfluo compendiar, conducen inequívocamente a demostrar, como lo deduce la sentencia impugnada, que la escritura No.182 de 22 de julio de 1972, otorgada en la notaría de Támesis, contiene en realidad un acto de donación y no uno de compraventa como allí aparece.

7. Corolario de lo antes expuesto es el de que el cargo que aquí se estudia resulta ineficaz; de consiguiente, así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutive de este fallo.

CARGO SEGUNDO:

1. Con éste el impugnador acusa la sentencia de ser

directamente violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 1456, 1461, 1460, 1740, 1741, y 1845 del Código Civil; y del precepto 1463 ajuadem, por inaplicación.

2. Estima el censor, y así lo asevera en sustentación de este cargo, que al contrario de lo que la sentencia impugnada sostiene en el punto, es procedente hacer extensiva a las donaciones por causa de matrimonio la exoneración de la formalidad de la insinuación judicial que el artículo 1463 del C.C. consagra para las donaciones hechas en capitulaciones matrimoniales.

Explicando la tesis que pregona y cuyo prohijamiento por la Corte implora, asevera el recurrente que ella "encuentra positivo apoyo en razones de orden lógico, pues no es razonable que, tratándose de todos modos de donaciones por causa de matrimonio, la circunstancia de que una vaya incluida en la escritura de capitulaciones, y la otra no, sea motivo bastante para que la primera no exija insinuación, y la segunda si la reclame sopena de nulidad, tanto más cuanto que el artículo 1771 no es opuesto a que las capitulaciones matrimoniales tenga como finalidad exclusiva las donaciones entre los esposos"; que el control cuantitativo de las liberalidades excesivas, ejercido a través del requisito de la insinuación, "puede tener razón respecto a las donaciones comunes entre vivos

reguladas en el título 13 del libro tercero del Código Civil, pero no la puede tener tratándose de las donaciones por causa de matrimonio que se hagan los esposos entre sí, pues para ellas si existe una limitación cuantitativa que las prohíbe y hace nulas cuando sobrepasan" la proporción indicada por el artículo 1844 ibidem, o sea cuando exceden "el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad de aportare".

3. Cree la censura que en nada se opone a la tesis que ella predica la preceptiva del artículo 1461 del C.C. ni la del texto 1845 ibidem.

No la primera, dice, porque, aquel precepto se refiere a las donaciones con causa onerosa, "entre las cuales no pueden figurar las donaciones entre esposos por causa de matrimonio, las cuales no son onerosas o modales, sino gratuitas aunque condicionales (artículo 1845, inciso segundo) y tampoco la segunda, es decir, la del texto 1845 porque este precepto es una "norma remisoria, que no precisa cuales reglas generales de las donaciones son las que manda que se apliquen a las donaciones por causa de matrimonio, y que por lo mismo deja al intérprete toda definición al respecto". De lo cual que si el artículo 1483 "exime a todas las donaciones por causa de matrimonio de la formalidad de la insinuación, es imposible hallar

en el artículo 1845 base para sostener que tal insinuación si les es indispensable, y por lo mismo esta última disposición resulta indebidamente aplicada en el caso considerado en la presente oportunidad".

SE CONSIDERA:

1. En el panorama de los negocios jurídicos aparece, como una clara proyección del atributo de disposición que caracteriza el derecho de propiedad, la donación entre vivos, la que dice el artículo 1443 del Código Civil consiste esencialmente en el acto por el cual una persona se obliga a transferir, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta.

Pero el derecho positivo en Colombia sólo reconoce como válidas las donaciones entre vivos que se hagan con observancia de ciertas formalidades y dentro de ciertos límites, lo que, como lo tiene averiguando la doctrina y la jurisprudencia, se justifican por motivos de orden superior; bien por el interés del propio donante que exige evitar la ruptura del plano de equilibrio, correspondencia y proporción de la liberalidad con las facultades del donante, quien como es natural debe conservar medios adecuados a su futura congrua subsistencial; o bien por interés de la familia del donante, cuyos parientes más

próximos llamados a recibir su herencia, pueden verse privados de las asignaciones forzosas, por obra de donaciones que absorban la totalidad de su patrimonio; o bien por el interés de los acreedores a quienes, a través de donaciones excesivas pueda comprobarse la prenda general que tienen sobre los bienes de su deudor.

2. Dentro de las formalidades requeridas por la ley para la validez y eficacia de la donación entre vivos surge perfil de singular relevancia la insinuación, cuyo origen arranca del derecho Romano en el que se le atribuyó como fin especial el de asegurar en interés de terceros, la publicidad de las donaciones y proteger, al mismo tiempo, al propio donante y a su familia contra liberalidades ruinosas o determinadas por, motivos ocultos.

Según el artículo 1458 del C.C. "La donación entre vivos que no se insinuare, solo tendrá efectos hasta el valor de dos mil pesos, y que será nula en el exceso. Se entiende por insinuación la autorización de juez competente solicitada por el donante o donatario.

El Juez autorizará las donaciones en que no se contravenga ninguna disposición legal.

No obstante el carácter general que mediante la norma transcrita al legislador atribuyó a la obligatoriedad de la insinuación para las donaciones de más de mil pesos, dicha formalidad aparece requerida expresamente para algunas donaciones específicas; así ocurre, según lo preceptúa el artículo 1551 C.C., se denominan "donaciones con causa onerosa", dentro de las cuales se enlistan las que se hagan por "razón de matrimonio"; con las llamadas donaciones a título universal (artículo 1454); con las que, según lo requiere el artículo 1457 revistan el carácter de donaciones fideicomisarias y también, según lo manda el artículo 1491, con las donaciones remuneratorias, en cuanto ellas exceden el valor indicado atrás.

En cambio, por disposición expresa del artículo 1463 ibidem no hay necesidad de esa formalidad de la insinuación para la validez de las donaciones que, "con los requisitos debidos, se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales cualquiera que sea la clase o el valor de las cosas donadas".

3. De la preceptiva legal contenida en el numeral precedente claramente resulta que las donaciones hechas "por razón del matrimonio", se requieren para su eficacia el requisito de la insinuación judicial (artículo 1461) y que en cambio, no se necesita dicha formalidad para las

donaciones que se hagan "los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales". (Artículo 1483).

Mirados tales textos legales con la estrictez jurídica que el caso aquí litigado requiere, no puede decirse inequívocamente, como lo pretende la censura, que por ser contradictorios entre sí el segundo recoge lo que el primero dispone en cuanto a las donaciones por razón de matrimonio; ni menos que aquél sea el único aplicable, cuando quiera que se trate de donaciones en las que el futuro matrimonio haya sido el motivo que impulsó al esposo donante para hacerlo.

A más de cada una de dichas dos normas se haya concebida en términos diferentes y alude a circunstancias fácticas distintas por lo que la apuntada contradicción resulta más aparente que real es lo cierto que la doctrina nacional funda en el contenido de tales dos disposiciones, siempre ha distinguido, a efecto de dar a cada cual el tratamiento jurídico que le es propio, las donaciones entre esposos y las que se hacen éstos por causa o razón de matrimonio.

4. Al decir del artículo 1463 citado, las donaciones entre esposos es decir, entre los que van a casarse, para cuya validez no requieren insinuación, son las que estos se hacen "uno a otro en las capitulaciones matrimoniales y no

en ocasión diferente.

La propia definición que la ley da de las capitulaciones matrimoniales, expresa que éstas pueden referirse a las donaciones y concesiones que los contrayentes quieran hacerse el uno al otro (artículo 1771). De suerte que en las dichas capitulaciones los esposos pueden hacerse donaciones, las que, si bien quedan sujetas a la condición de que se celebre el matrimonio, no están sujetas a insinuación por así expresarlo el precipitado artículo 1463, ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o valor de las cosas donadas.

No, se expresa el motivo determinante, se consideran como donaciones gratuitas", locución esta que significa que solo valen como donaciones puras y simples y por tanto sometidas al régimen general de las donaciones entre vivos, antes que el especial de las que tienen causa onerosa.

6. Si, pues, como quedó dicho en las consideraciones del numeral 4. de esta providencia, el régimen exceptivo que en relación con la insinuación judicial consagra el artículo 1483 del C.C. que solo rige para las donaciones que se hagan los esposos en las capitulaciones

matrimoniales como clara y terminantemente lo expresa dicho texto, debe seguirse que tal precepto es inaplicable en el presente caso, por cuanto la escritura pública número 182 de 22 de julio de 1972 no contiene estipulación alguna que autorice asimilarla al pacto de capitulaciones matrimoniales. Consecuencialmente no puede decirse inequívocamente que el fallo impugnado quebrantó por inaplicación dicho precepto legal.

No aplicó el tribunal en su fallo la primera parte del artículo 1416 ibidem, que aunque, sin examinarlas del requisito de la insinuación reglamenta especialmente las donaciones por causa onerosa. Por ello resulta inadmisibles acusar la sentencia por aplicación de una norma sustancial que no se hizo actuar en la decisión combatida. En efecto, ~~que~~ como en la escritura pública 182 nada se dijo sobre que se trataba de una donación por causa de matrimonio sino más bien de una compraventa, y por ello al descubrirse la gratitud y no haberse expresado la causa, no debe tratársele como donación con causa onerosa en razón de matrimonio, sino como donación estrictamente gratuita.

Descubierta que fue por el sentenciador la donación contenida en la sobredicha escritura 182, concluyeron que la censura acepta en este caso, ante el rechazo que aquel

hizo de ser donación hecha por un esposo a otro en capitulaciones matrimoniales, y también de serlo de causa onerosa, no queda otra alternativa que considerarla como evidentemente la estimó la sentencia, como donación gratuita, pero en consecuencia someterla al régimen general de la insinuación requerido por el artículo 1458 del C.C. no hubo, pues, quebranto de esta norma.

Por lo dicho este segundo cargo resulta también infundado.

DECISION

En mérito a 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, NO CASA la sentencia de fecha 4 de marzo de 1976, proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso extraordinario por razón de la rectificación hecha. (Artículo 375 C. de P.C.).

BIBLIOGRAFIA

ABELILLE, Jean. La simulación en el derecho de las sociedades. París, 1928.

BRASIL. Código Civil. Brasileño. s.n.d.

BELLEZA DOS SANTOS. Simulación en el derecho Civil. Brasil: Colimbra, 1921.

CABALLENAS, G. Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires: Omega, 1973.

CARDOZO IZASA, Jorge. De las pruebas judiciales. Bogotá. ABC, 1969.

CAMARA, Hector. Simulación de los actos jurídicos. Bogotá: Temis, 1958.

CARNELUTO, Francisco. En revista de Derecho Procesal, 1949

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil. Comentado por Jorge Ortega Torres: Temis 1972.

COLOMBIA GOBIERNO NACIONAL. Código de Procesamiento Civil comentado por Jorge Ortega Torres, Bogotá: Temis 1975.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Penal. Comentario por Jorge Ortega Torres. Bogotá: Temis 1972

COLIN, Capitán. Curso elemental de Derecho Civil. Madrid. Traducción Española. S.D. 1932.

DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Simulación, Nulidad, inexistencia" en revista Nº 247 y 248, Bogotá, 1983.

COLOMBIA, GOBIERNO NACIONAL: Código de Procedimiento Civil, comentado , por Alfonso Jaramillo Castañeda, Bogotá, 1987.

MORALES, Hernando. Derecho Procesal Civil, Bogotá: Temis 1969.

HINESTROZA, Fernando. Curso de Obligaciones. Bogotá: Temis, 1969.