

LA SIMULACION

JAIME NEMESIO GIL ORTEGA

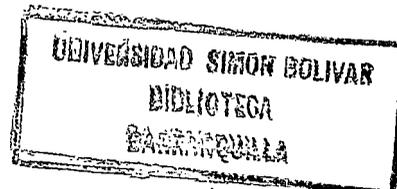
Trabajo dirigido de Grado, para
optar el Título de Abogado.

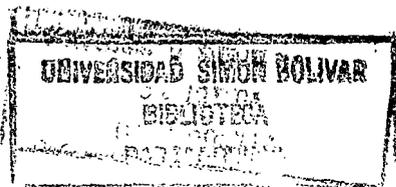
Director:

Dr. Blas Castillo

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1.987





UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

2245344
4250

Nº. INVENTARIO

475

PRELTO

FECHA

20 FEB. 2008

CANJE

DONACION

034250

Doc. 112 718

DR
#0707

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

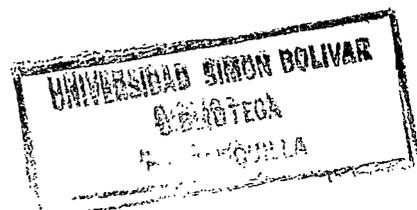
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

DEDICATORIA

Al optar este título, el sacrificio se lo debo a mis padres, Serviliano y Gilda, al apoyo integral que me han brindado mis hermanos y a la colaboración mutua de mis compañeros de estudio.

Para ellos un agradecimiento sincero y una participación de mis triunfos futuros que tan merecidamente son copartícipes.

JAIME.



DIRECTIVA

Rector :
Dr. JOSE CONSUEGRA H.

Decano :
Dr. CARLOS LLANOS S.

Secretario
Académico :
Dra. HELVIRA DE BARCELO

Secretario
General :
Dr. RAFAEL BOLAÑO

Director de
Tesis. :
Dr. BLAS CASTILLO

T
346.02
G.463

Nota de Aceptación

~~Presidente del Jurado~~

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre de 1987

BLAS CASTILLO DIAZ

Abogado Titulado

Calle 36 No. 43-91

Oficina 209

Teléfono: 414054

Barraquilla

Barranquilla, Octubre 15 de 1987.

Doctor,

CARLOS LLANOS SANCHEZ.

Decano Facultad de Derecho,

Universidad Simón Bolívar,

E. S. D.

Apreciado Doctor:

Después de haber efectuado un detallado estudio al desarrollo del trabajo de tesis presentado por el estudiante JAIME GIL CRUEGA, titulado "LA SIMULACION", me permito darle concepto favorable ya que en su elaboración el Egresado ha demostrado dominar el tema escogido, consagración e investigación para lograr el fin deseado.

Una vez más, le expreso mis sinceros agradecimientos por la designación como Director de este trabajo.

De Usted, muy respetuosamente,


BLAS CASTILLO DIAZ,

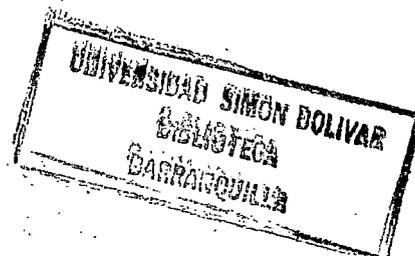
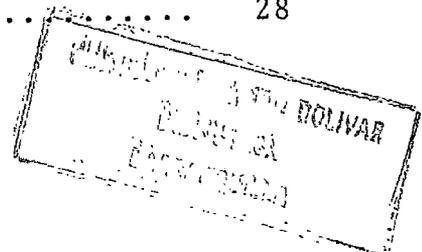


TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	8
1. ASPECTOS HISTORICOS.....	10
1.1. DEFINICIONES Y CONCEPTOS.....	10
1.1.1. La Simulación.....	10
1.1.2. Definición.....	12
1.2. ESCUELA FRANCESA.....	16
1.3. ESCUELA ALEMANA.....	18
1.4. ESCUELA ITALIANA.....	20
2. SIMULACION.....	23
2.1. SIMULACION.....	23
2.2. SIMULACION TOTAL-SIMULACION PARCIAL....	23
2.3. SIMULACION LICITA-SIMULACION ILICITA,..	24
2.4. SIMULACION ABSOLUTA.....	25
2.5. SIMULACION (RELATIVA) DE LA PERSONA DE LOS CONTRANTES.....	27
2.6. SIMULACIÓN RELATIVA POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO.....	28



2.7.	SIMULACION (RELATIVA) DEL OBJETIVO DEL CONTRATO.....	29
2.8.	CLASIFICACION DE JOSSERAND.....	29
2.9.	CLASIFICACION DEL DOCTOR FERNANDO HINES- TROSA.....	31
3.	DIFERENCIA CON ALGUNAS FIGURAS JURIDICAS.....	32
3.1.	LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.....	33
3.2.	EL FRAUDE PAULINO.....	35
3.3.	EL FRAUDE A LA LEY.....	35
3.4.	LOS NEGOCIOS APARENTES.....	38
3.5.	LA FALSEDAD.....	41
4.	LA SIMULACION COMO ACCION.....	43
4.1.	CONDICIONES PARA SU EJERCICIO.....	45
4.2.	CONCEPTO DE PARTES O DE TERCEROS.....	46
4.3.	QUIENES PUEDEN EJERCITARLA.....	49
4.4.	LA ACCION DE SIMULACION Y LA ACCION PAU- LINA O REVOCATORIA.....	51
4.5.	PRESCRIPCION DE LA ACCION DE SIMULACION.	53
5.	LA SIMULACION EN NUESTRA LEGISLACION.....	56
5.1.	EN LOS CONTRATOS SOLEMNES.....	57
5.2.	CONTRATOS NO SIMULABLES.....	59
5.3.	CONTRATOS A ACTOS SIMULABLES.....	59
5.4.	CASO ESPECIAL DEL CONTRATO EN SOCIEDAD..	61

6.	PRUEBA DE SIMULACION.....	63
6.1.	ENTRE LAS PARTES.....	63
6.2.	NO OBTENCION DE LA PRUEBA ESCRITA.....	65
6.3.	CON RELACION A TERCEROS.....	67
6.4.	INDICIOS COMO PRUEBA.....	70
7.	CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE SIMULACION.	75
7.1.	ENTRE LAS PARTES.....	75
7.2.	CON RESPECTO A TERCEROS.....	79
	CONCLUSION.....	82
	BIBLIOGRAFIA.	

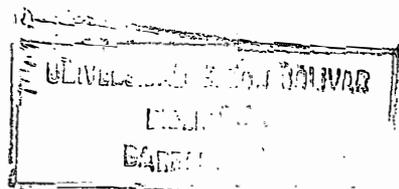
INTRODUCCION

El presente trabajo- tesis tiene la finalidad relevante del estudio jurídico de una figura, que por su apariencia o ficción reviste una característica especial como es la de producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto aquel que realmente se ha llevado a cabo.

La simulación persigue esencialmente, producir falsa apariencia, bien sea inicua o para dañar a terceros, (v.gr de un contrato de compra-venta para encubrir una donación). Por eso es pertinente hacer un análisis cuidadoso con los medios de pruebas, cuando estamos frente a un acto o negocio jurídico presumiblemente simulado, para establecer la mentira jurídica tendiente a distraer o encubrir otra relación jurídica propuesta para tal fin.

Es así como la finalidad primordial del presente trabajo lleva consigo el conocimiento y análisis de los diferentes aspectos técnicos jurídicos y la comparación con algunas acciones y figuras jurídicas similares.

He elaborado este trabajo entendiéndolo como una de las exigencias de la academia, no solo como requisito sino que son para optar el título de Abogado, sino como una muestra de aprendizaje y conocimiento de las ciencias jurídicas.



1. ASPECTOS HISTORICOS

1.1. DEFINICIONES Y CONCEPTOS

1.1.1. La Simulación

Hasta el año de 1935 la jurisprudencia nacional vino trabajando con un concepto de simulación equivalente a nulidad, siendo toda obligación simulada, nula. Se decía que en ella no entraban todos los elementos constitutivos del contrato.

En el año de 1935 y especialmente para salvar a los terceros poseedores de buena fé, se estableció en el país y con humos de gran innovación la teoría de la simulación implica la coexistencia de dos actos jurídicos, el acto público o mentiroso y el acto secreto y oculto, llamado contraestipulación por la Corte Suprema de Justicia, destinado a destruir los efectos del acto público, siendo capaz de atar las voluntades de los contratantes.

La simulación puede ser: Absoluta o relativa.

Absoluta cuando el acto es completamente aparente, sin que exista otro acto jurídico destinado a anularlo o modificarlo, como en las escrituras de confianza, en que existe lo que pudiéramos llamar la nada jurídica. Es relativa cuando el acto público es anulado o modificado por el acto secreto. De esta clase de anulación hay varias especies. En las compraventas que se hacen para encubrir donaciones, el pacto secreto es modificado por el título. El ánimo de transferir el dominio existe, pero a distinto título oneroso y en el secreto a título gratuito.

La simulación siempre es la mentira jurídica destinada a producir falsa apariencia, bien sea inocuamente o para dañar a terceros; por esta razón la jurisprudencia ha optado por reconocer la que tiene origen en la inocuidad para los efectos del contrato. Contra los terceros no opera la simulación, ya que ellos pueden atenerse al acto público o al secreto, según su conveniencia. La acción que se entable en estos casos, es una específica denominada prevalencia del contrato. La corte dice que siempre es la acción de prevalencia la que debe tenerse en cuenta, sea que la simulación sea absoluta o relativa.

En la simulación absoluta, en contra de lo que la corte dice, debe producirse nulidad absoluta, ya que lo que existe

es una nada jurídica y la contraestipulación es difícil determinar. La Corte dice que la contraestipulación está determinada por la contravoluntad. Pero en el derecho colombiano hay maneras de tratarlas, por la vía de nulidad absoluta, que es la única. La corte dice que la prueba de la no voluntad es la contraestipulación. La simulación por sí sola no siempre destruye la validez del contrato, sino que el acto se anula por ilícito, por no ser simulado, como si dos tabure celebran un contrato simulado de muto para encubrir una deuda en el juego. El perdedor demanda al otro ante el juez y si logra demostrar la deuda del juego, se declarará nulo el acto secreto de muto pero no por ser simulado sino por tener objeto ilícito. Lo mismo se puede anular un contrato de compraventa que encubre a una donación mayor de dos mil pesos, si se prueba que no hubo insinuación; pero en este caso el contrato de compraventa no se anula por simulado, sino por falta de insinuación. Se entiende por insinuación la autorización del juez competente solicitada por el donante o donatario en aquellas donaciones en que contravenga ninguna disposición legal.

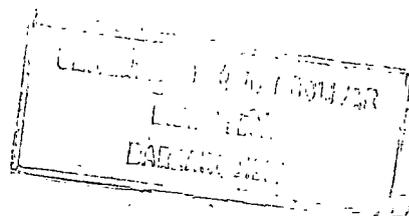
1.1.2. Definición

Antes de entrar a definir la simulación, para dar una idea cabal y comprensiva de ella, se hace necesario determinar

los elementos que la constituyen. A este efecto, habremos de exponerlo que en la autorizada opinión de la mayoría de los contemporáneos contribuye a la formación del concepto desde el punto de vista jurídico, luego de haber sido dilucidadas en el terreno teórico las diversas concepciones de ella, a saber: en primer término, la simulación requiere un acuerdo de parte de los contratantes para que ella se produzca.

En segundo lugar; una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con el querer interno de los contratantes; y por último la finalidad de engañar a terceras personas, haciéndoles creer en una falsa figura de convenio que no se ha realizado, o que se ha realizado en una forma distinta a como aparece ostensiblemente declarado.

Es necesario no perder de vista que la simulación representa una categoría en el plano de las convenciones y que de consiguiente, lo que primero debe considerarse es que ella requiere un acuerdo previo entre los contratantes interesados en llevarla a cabo. Se trata de fingir una relación de derecho, hacer aparecer como realizar un contrato que no existe, producir una ilusión para por medio de ella conseguir los objetivos que se persiguen.



Planiot y Ripert, representantes autorizados de la Escuela Francesa contemporánea (Tratado práctico de derecho civil. Francés, T. 6 No. 33) definen así la simulación: "Hay simulación cuando se hace convención aparente, por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta".

Por su parte, Francisco Ferrara, (La simulación de los Negocios Jurídicos. Revista del Derecho privado, Madrid 1953 pág. 56, No. 3) la define así: "La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida consistentemente 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.

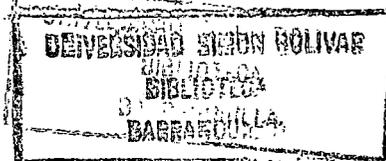
Héctor Cámara, uno de los expositores americanos más recientes (simulados de los actos jurídicos. En Buenos Aires 1944 pág 39 No.9), nos suministra la siguiente definición: "Por ello nosotros diremos, conforme a la de los tratadistas modernos, que el acto simulatorio consiste en el acuerdo de partes de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocentemente, o en perjuicio de la Ley o de terceros, llamándose simulación al vicio que afecta este acto".

Entre los colombianos, el doctor Antonio Rocha, (de la prueba en derecho. Ed. de 1949, pág 266) se expresa así: "Consiste en celebrar públicamente un acto o contrato pero al mismo tiempo, altere o descarte los efectos del acto público que aparente. Suele llamarse el acto aparente u ostensible y el acto secreto o privado, oculto o discreto".

El doctor Fernando Hinestrosa (curso de obligaciones. Ed 1960 pág. 234) expone al respecto: "Entendida la simulación tradicionalmente es especial por la doctrina voluntarista, como disconformidad entre el proceso psicológico de las partes y su manifestación externa, como oposición deliberada entre el querer íntimo de las mismas y su declaración, el fenómeno simulado adquiere sus verdaderas proporciones y explicación nítida al mostrar como consiste en una anomalía negocial en la que las partes, de común acuerdo da al negocio que realmente procuren celebrar una apariencia jurídica diferente, con el propósito de engañar a terceros.

Se presenta en la simulación una dualidad de declaraciones pública y privada, contraposición no entre lo que y lo que se dice, sino entre dos expresiones, la destinada permanecer secreta y la que se muestra a las gentes".

Y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su fallo de



casación de 15 de febrero de 1940 (Gaceta Judicial No.1953, pág 68 y siguiente), se expresa así: respecto a la simulación: "La simulación se caracteriza por una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos uno visible y otro invisible; el segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o naturaleza de el público, y en el lenguaje técnico se llama contraestipulación, la que puede ser verbal o escrita. La declaración ostensible, deliberadamente incoforme con el curso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura de convenio. De cuyo el acto simulado no es nulo: una persona capaz movida por justa causa, puede obligarse ocultamente a otra, desde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre el objeto lícito".

1.2. ESCUELA FRANCESA

Sobre la base de los estudios de Le Ferrière y Pothier que informaron la doctrina del Código de Napoleón, siguiendo muy de cerca los usos y costumbres de la Francia del siglo XVII, los expositores modernos, entre los que se citan preferencialmente, a Planiol y Reppert, que resumen hasta cierto punto el pensamiento de la época de Francia, exponen la escuela jurídica en la simulación de la siguiente manera: "Hay simulación cuando se hace convención aparente, cuyos efectos son modificados, o suprimidos ó descartados por otra convención,

contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta. (Op citada Tomo 6 No. 69). Conforme a lo expuesto por estos autores, escena de simulación radica en una convención aparente seguida de otra secreta y real destinada a modificar o suprimir los efectos de la primera, siendo ambas convenciones coetáneas. Se trata pues, de dos convenciones, la una aparente y la otra real que se deducen una a otra y cuyos efectos se modifican por obra del contenido contradictorio de la segunda de ellas la secreta, que es la que realmente contiene la voluntad de las partes contratantes. De aquí se sigue que mientras no existía una segunda convención firmada por ambas partes en la cual se expresan los términos en que se considere alterada la primera, o suprimida alguna parte de ella, o modifique alguna forma no será posible hablar ni de mostrar la simulación.

De esta consideración se pasó a clasificar las formas de la simulación, según que la convención secreta sustituyera por completo a la convención o acto público, o sólo suprimiera o modificara en parte sus efectos, surgió así la clasificación total y parcial, y de accidente, de medio o de resultado, según se trata de alterar en más o menos el convenio ostensiblemente.

Sintetizado, se puede decir, que conforme a esta doctrina

la simulación se caracteriza por un fenómeno de sustitución o prevalencia de una convención real sobre una meramente aparente.

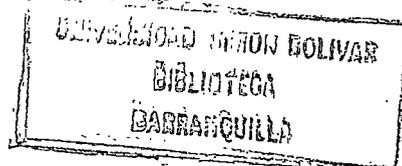
1.3. ESCUELA ALEMANA

Esta escuela, cuyos más dignos representantes son Rover y Kolher, enuncian sus puntos de vista en relación con la simulación de la siguiente manera: según el primer "simular tanto quiere decir como emitir una declaración que contiene como dos partes, de las cuales la una dice que la otra no es un negocio jurídico y debe solamente producir la apariencia de éste. A la persona con respecto a la cual se aspira a producir la falsa apariencia, no se le participa toda la declaración, sino una parte. La otra parte, la que dice que la declaración manifiesta no debe tener efecto alguno, queda escondida. La nulidad se explica por la consideración de que la ley no puede atribuir efecto alguno jurídico a una declaración que dice por sí misma, que no quiere tenerlo" (Op Cit pag 61 citado por Ferrière). Para el segundo "La simulación ofrece el espectáculo de que las partes emiten una declaración dentro del mismo negocio, de suerte que se neutralizan recíprocamente no debe creerse que existen dos negocios que se excluyan sucesivamente: en el elemento de la declaración aunque, se fijó posteriormente por escrito y la una se

neutraliza por la otra; de modo que el negocio en conjunto conduce a un efecto nulo, puesto que lleva el resultado dinámico que se deriva de la totalidad de las declaraciones que compromete. El negocio simulado es un negocio único con dos declaraciones que se neutralizan recíprocamente. Por eso, no es burbula de jabón, una simple forma, por falta de una declaración judicial: al contrario, hay una declaración, pero que, por quedar neutralizado su contenido, no produce efectos. El negocio simulado no es un negocio existente, sino un negocio sin resultado jurídico (Ueberder Willan in Prinvatrech.. Citado por Ferrière, págs 51 y 52).

Según esa doctrina, la esencia de la simulación no descansa, como lo sostiene la doctrina Francesa en la consideración de las convenciones contradictorias que se suceden en el tiempo, de los cuales la segunda tiene por objeto modificar o destruir los efectos de la primera, sino que ella consiste en un solo acto o convención integrado por una declaración y una contradecaración simultánea que por neutralizarse recíprocamente sus efectos, dan como resultado un negocio jurídico.

Sin efecto alguno. La expresión de ser y de no ser al mismo tiempo, puede sintetizar en definitiva el contenido esencial de la simulación conforme al desarrollo de esa doctrina. Como se ve no se da en esta doctrina como en la Francesa un fe-



nómeno de sustitución o prevalencia de lo real sobre lo aparente, sino el de neutralización o esterización de un negocio que aparece tal y que en realidad no lo es.

1.4. ESCUELA ITALIANA

Los Autores Italianos, entre los que descuella con mayor brillo el profesor Francisco Ferrara, en su conocida obra "La simulación de los Negocios Jurídicos", la expone así: "La unidad de la acción de la voluntad excluye la idea de la neutralización, que supone dos términos eficaces y contrarios. Por otra parte, puede añadirse que para que dos declaraciones se neutralicen, precisa que se sucedan en el orden de lo positivo o lo negativo, y así sustrayendo la una el contenido de la otra dan por resultado cero. Pero en la simulación sucede lo contrario, lo pre-ordenado es el fraude al acto simulado es la ejecución de un designio pre-establecido, y si en una contra-escritura que de ordinario, es posterior al acto esto es tan solo a fin de tener en documento de prueba. Pero es cierto, con certeza absoluta, que la ejecución del negocio fingido sigue al acuerdo de la ficción no es que el negocio se paraliza después por efecto de una declaración contraria, es que estaba destinado a la muerte desde antes de nacer. Estas indicaciones sirven también en contra de la doctrina Francesa que considera la simulación como el resultado de la modificación que es un convenio ma-

nifiesto produce un convenio secreto. El contrato simulado no es modificado o destruido por un acto posterior, sino desde que un principio, es un acto no serio, aparente, y la convención secreta está destinada a constatar históricamente esta ficción: La contraescritura no tiene carácter modificativo sino meramente declarativo, como veremos luego.

En cambio en la simulación, a una declaración preventiva que permanece oculta y establece que no se requiere, o, se desea realizar el negocio de que trata, sigue una declaración pública de que se requiere el negocio. Estas dos declaraciones, separadas y autónomas, tienen también en la mente de los contratantes una función diversa; la primera sirve para regular sus recíprocas relaciones, y en esto se agotan sus efectos; la segunda para producir la apariencia entre terceros con propósito de engaños. Hay un acuerdo sobre la no realidad del negocio y la voluntad de producir la ficción; pero este acuerdo resulta ya de la sola declaración de contratar aparentemente (de la contra o antideclaración) y, por su parte, la declaración pública con la cual viene a ejecutarse dicho acuerdo y que tiende a producir la flucción en el público, está en el mismo con un contenido y un fin determinado y no es parte de la primera". (Obra citada, pág 53 a 55).

Conforme a esta doctrina, la esencia de la simulación no consiste como en la doctrina Francesa, en dos convenciones, de las cuales la segunda, que permanece en secreto altera, modifica o destruye los efectos de la primera convención no como en la doctrina Alemana que los hace consistir en un solo acto dividido en dos parte, de las cuales sólo uno se da a conocer al público, quedando la segunda en secreto con un conjunto de circunstancias, determinan la voluntad dando por resultado la neutralización del negocio jurídico; el cual queda sin efecto alguno. La simulación de la doctrina Italiana, consiste en un solo acto de declaración de voluntad constituido por dos elementos distintos e independientes, uno de los cuales permanece en secreto y está destinado a guardar la realidad del convenio llevado a cabo entre los contratantes, mientras que el otro se extiende ostensiblemente para el público y está destinado a producir la ficción o el engaño respecto de terceros.

2. SIMULACION

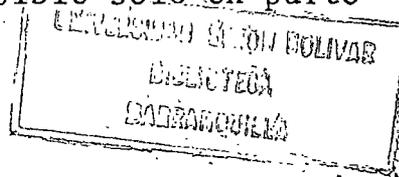
2.1. CLASES

Atendiendo al aspecto especial bajo el cual se la considere la simulación reviste diversas formas o determinaciones, como vamos a ver:

2.2. SIMULACION TOTAL- SIMULACION PARCIAL

La clasificación de la simulación en total o parcial, sólo se predica respecto a la Escuela Francesa lo cual es muy puesto en razón por cuanto el resultado de dos convenciones contrapuesta de cuyo choque una de ella debe quedar total parcialmente destruída o modificada según el contenido de la contraestipulación, puesto en relación con el acto obstensible o público.

Se dice, según la Escuela Francesa que la simulación es total cuando los términos de la estipulación desplaza o destruye; completamente los efectos del acto público; y que es parcial cuando los efectos del acto obstensible solo en parte

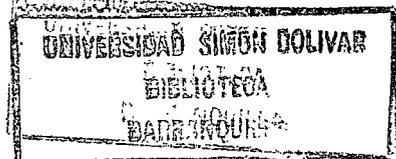


son desplazados por el acto privado u oculto, quedan en pie todo lo demás; o bien cuando quedando en pie su naturaleza específica se modifica sus efectos en sentido y extensión no determinados en el acto público.

2.3. SIMULACION LICITA - SIMULACION ILICITA

La ciencia contemporánea tras una copiosa elaboración doctrinaria y jurisprudencia, ha llegado a convenir que la simulación en sí misma considerada carece de sentido ético específico, que es una figura incolora, ya que si bien es verdad que ella implica engaño, no se sigue de ahí que necesariamente tenga por objeto o finalidad dañar a nadie y que por lo tanto su colaboración ética la suministra si va dirigida a perjudicar con ella. De ésta suerte, la simulación si va dirigida a perjudicar o defraudar a alguien, sea quien fuere, tendrá un contenido ético de licitud, porque su objeto resultaría ilícito; pero si en cambio ella se dirige a la consecución de otros fines distintas de la defraudación, no habrá inconveniente en reconocer que tal forma la simulación es lícita.

En ésta materia la simulación no hace otra cosa que seguir las normas generales de los actos jurídicos de los cuales no es más que una categoría. Antiguamente la simulación era



considerada como esencialmente ilícita, porque se decía que al valores del engaño, su finalidad no podría ser otra que la de defraudar, ya que son el fraude y el crimen y no las acciones buenas las que buscan la complicidad de las sombras para actuar en la vida de relación, manera de considerar que ha sido refutada en los últimos tiempos, porque se han llevado al convencimiento de que el engaño ni implica necesariamente daño, desde que parte obtener fines perfectamente lícitos y hasta plausibles desde el punto de vista moral, se recurre muchas veces a la forma simulada de contratar por consideraciones muy justas y puesta en razón, y que desde la acción sea lícita, ningún inconveniente puede haber en que se encubra con una aficción, pues nadie está obligado a hacer conocer de todo el mundo el objeto de su determinación de voluntad, ni nadie puede gastarlo por objeto de la curiosidad ajena.

2.4. SIMULACION ABSOLUTA

Existe cuando se celebra un acto jurídico sin contenido real alguno, esto es, tan sólo en apariencia debido a que el acto oculto contra estipulación anula totalmente los efectos del acto público considerable u ostensible:

En la intensión real de las partes no se opera ninguna modi-

Se suele llamar a ésta categoría de simulación, completa, integrario de esencia.

Según Francisco Ferrara, es un negocio absolutamente simulado al que exigiendo en apariencia carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren al acto, sino tan solo la ilusión exterior que el mismo produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público; a un fantasma, como dice Kuntza. (Op. Cit página 173, número 22). Los negocios afectados de simulación absoluta son generalmente tres:

- 1). Negocios que tienden a menoscabar en apariencia los bienes que constituyen la prenda general de los acreedores esto es a disminuir el patrimonio. Los sistemas más usados son: ventas de confianza, acciones en pago por deudas simuladas, arrendamientos y usufructos fingidos.

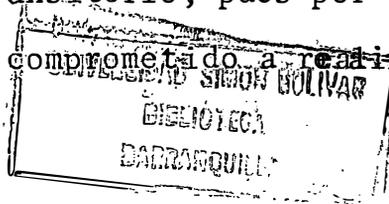
Me referiré mas a espacio a las ventas de confianza ya que al fingir transacciones título oneroso constituye la forma mas usual de la simulación. Un deudor en mala situación de negocios, concierta con una persona de su confianza a realizar una venta ficticia, con tal fin otorgan la escritura correspondiente y en ella aparece el deudor enajenando el bien que quiere sustraer aparentemente de su patrimonio,

y el comprador recibiendo la cosa y pagando un precio por ella. Como la realidad no es esa, las partes llevan a cabo la otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta; en esa por deudas de juego, haciendo aparecer que acepta dicho instrumento como proveniente de una operación comercial de otra índole; o también cuando se acepte el instrumento por una suma mayor que la recibida realmente.

2.5. SIMULACION (RELATIVA) DE LA PERSONA DE LOS CONTRATANTES

La simulación relativa en cuanto a los sujetos del contrato se les conoce con el nombre de interposición de personas y tiene lugar que realmente se ha llegado por la relación jurídica. En Francia principalmente se le conoce con el nombre de Fréta-nom (presta-nombre).

El contrato por interpuesta persona no siempre constituye simulación, en algunos casos asume un carácter jurídico distinto: el tercer intermediario puede entrar a la relación jurídica como un contratante, efectivo o simplemente como contratante ficticio. En el primer caso formará el vínculo en su propio nombre y se convertirá como consecuencia en el verdadero titular de los derechos que por el contrato adquiere, ~~aun~~ cuando tal titularidad sea transitorio, pues por otro contrato obligatorio-negativo, se ha comprometido a realizar



un acto de interés de un tercero, como por ejemplo, hacer una adquisición contraer una deuda, realizar una enajenación, destinar remitir una deuda, etc., en el segundo caso no adquirirá ningún derecho porque el contratante ninguno le conferirá, su aparición en el contrato es puramente ficticia puesto que ni un sólo momento será titular de lo que se afirma le ha sido transferido, coopera únicamente de un modo nominal como un testaferro, ya que la verdadera relación jurídica se ha formado entre otras personas distintas a él. Es la primera interposición, real y verdadera, el intermediario es titular efectivo para que pueda cumplir con la misión que se le ha encomendado; pues no podrá transferir a un tercero un mayor derecho del que él mismo tuviera; en la segunda no es sino un aparente contratante, por cuanto privadamente la relación se ha logrado entre quienes son verdaderas partes en el acto. En el primer caso el vínculo ha tenido lugar en contenido u objeto en la obligación; a los nombres de las partes contratantes; o finalmente se simula una cláusula accesoria del contrato, como un modo, o a la fecha, etc.

2.6. SIMULACION RELATIVA POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO

Se lleva esta a cabo esta forma de simulación, cuando se oculta un contrato bajo la forma jurídica de otro de naturaleza diferente esta es la forma más extendida de ejercitarse la simulación relativa y se utiliza para defraudar a terceros,

al fiso o bien para disimular liberalidades perfectamente lícitas como cuando se quiere ocultar un determinado objetivo que pudiendo conseguir mediante o una forma normal se recurre a ello para evitar la curiosidad ajena, o para prevenir celos o envidias familiares, etc., siendo la forma más usual la donación disfrazada con un contrato de venta.

2.7. SIMULACION (RELATIVA) DEL OBJETO DEL CONTRATO

Se opera este, cuando se cambia el contenido de la prestación. La forma más utilizada en la vida corriente de los negocios, es la de alterar el precio de una venta contratada, ya haciendo figurar una suma mayor que la realmente estipulada con el fin de aumentar el patrimonio de una determinada persona o bien haciendo figurar otro menor, para de este modo escapar a los pagos de los derechos en la cuantía de vida.

La simulación del objeto se opera igualmente por medio de la simulación de la causa, dado que en los contratos bilaterales la prestación a que se obliga uno de los contratantes, no representa otra cosa que la causa de la obligación de su contratante; tal ocurre por ejemplo cuando una persona suscribe un instrumento negociable.

2.8 . CLASIFICACION DE JOSSE RAND

Loouis Jossesan, según la gravedad del engaño cometido por las partes; hace la siguiente clasificación de la simulación:

- 1). "El acto puede ser completamente simulado; es el caso de las ventas de confianza, desde el acto oculto neutraliza de tal manera los efectos del público que no hay negocio de ninguna clase, pues poniendo por ejemplo el caso de una compraventa, ni el vendedor tendría el ánimo de entregar, ni el comprador de pagar el precio".

- 2). "La simulación afecta la naturaleza del contrato: se dona con la apariencia de una venta.

- 3). "Se requiere ocultar alguno o algunos de los participantes en el negocio, y para alcanzarlo se disimula su identidad por medio de una interposición de personas".

- 4). "La simulación recae únicamente sobre las condiciones y cláusulas del contrato ejemplo; se oculta parte del precio; del negocio con el fin de pagar menos por la constitución del acto. (Derecho civil, Oesch y Cía. Ed. Buenos Aires).

2.9. CLASIFICACION DEL DOCTOR FERNANDO HINESTROSA

El doctor Hinestrosa al hablar de la clasificación de la simulación expone "dos criterios primordiales orientan la clasificación de los casos que se presentan en esta figura: el punto preferencia entre las dos declaraciones y la función que cumple el ocultamiento.

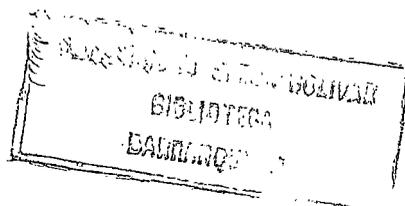
Por el primer aspecto se anotan los cambios de la naturaleza negocial (donación disfrazada de compraventa), de persona interviniente (interposición) de accidentes (disminución de precio, aumento de capital, declaración falsa de pago total).

Desde el segundo punto de vista se contempla la contraposición entre el caso que altera los efectos de una disposición que de todas maneras habrá de cumplirse y el evento de enervación absoluta de toda consecuencia cuando se dice simulación absoluta para designar la hipótesis en que las partes disponen de sus intereses con el único objetivo de crear la apariencia cuando realmente ningún valor es estipulado, y simulación relativa cuando se aspira a un cambio efectivo de situación pero distinto del que se muestra (encubrimiento de donación con compraventa o renta vitalicia).

3. DIFERENCIAS CON ALGUNAS FIGURAS JURÍDICAS

Partiendo de la base de las características de la simulación y la nulidad que son los temas que voy a entrar a comparar he llegado a la siguiente conclusiones:

La nulidad es un vicio de los actos jurídicos que ocasiona su ineficacia, ya por la falta de uno o varios de los elementos esenciales para su constitución, o de formalidades legales. La simulación propiamente dicha, no es un vicio sino una categoría de las convenciones, que se caracteriza por finjir lo que no se ha realizado o por ocultar una situación jurídica nueva que se ha efectuado. La nulidad cuando no es ocasionada por defectos de forma, mira especialmente a los vicios de la voluntad, en tanto que la simulación contempla una forma de expresión independiente considerada de los vicios que pudieran afectarla intrínsecamente. Con la nulidad los actos o contratos son nulos con la simulación son inexistentes. De ahí que la acción que se ejercitan en cada una de estas cuestiones o figuras jurídicas tengan un objetivo diferente.



3.1. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Llámase negocios fiduciarios a la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige esa transmisión, las partes los llevan a cabo para alcanzar una finalidad económica determinada y surge como medio de suplir la falta de elasticidad de la normal legal ante tal situación se combinan varias formas aceptadas legalmente, produciéndose un nuevo molde que colma los anhelos de los contratantes.

Esta figura se diferencia de la simulación en que son contratos serios mientras que estos no siempre ocurre tal cosa, porque al menos en la simulación absoluta la convención es totalmente ficticia y no se persigue efectos jurídicos alguno, en cambio que la relativa se oculta a la vista por medio de la apariencia, porque aquí si se persigue una consecuencia en Derecho.

"Atendiendo la seriedad que revisten los contratos fiduciarios muchos autores opinan que ellos son de todos ajenos a la simulación, pero si bien esto puede ser cierto en principio y entrándose de la situación absoluta no puede decirse los mismos respecto de la relativamente simulado conforme a lo que ordinariamente ocurre en la práctica en la que en casos considerando como disimulación relativa se descubre la

presencia de un pacto fiducia causa. En cambòs negocios se persigue la formación de una apariencia distinta en la realidad y la oposición entre el fín económico perseguido y el medio empleado, por lo que se ha estimulado que estas clases de negocios caben dentro de la órbita de las simulaciones relativas.

Finalmente se puede anotar que uno de los efectos de esta clase de contrato es el de vernir el difuciario con el carácter de verdadero propietario, si bien sometido a ciertas limitaciones relacionadas con la modalidad de encargo del fiduciante, lo que trae importantes consecuencias, entre la cual se destaca la que en caso de faltar el fiduciario a la confianza depositada por el fiduciante, el acto de disposición que haga aquel se tenga por realmente efectuado, no quedando a este sino una acción persona para que le sean resarcidos los perjuicios causados por el incumplimiento, y esto como sanción, para quien desechando los caminos que le brinda la Ley, por incómodos que sean, se decide a traspasar a otro sus propiedades para alcanzar un fín que no se justifica al riesgo que es expuesto. El fiduciante ha creado una situación jurídica, atípica, debe sufrir como consiguiente las consecuencias de sus actos.

3.2. EL FRAUDE PAULINO

Es reconocido generalmente que el origen de la simulación se remonta a la intención inicial de perjudicar a terceros, especialmente cuando estos los constituyen los acreedores, en cuyo caso se recurría a menoscabar la prenda generalmente de los bienes del deudor en aquellos pero de que esto hubiera sido su origen, no se diga de ellos su necesidad, habiendo llegado a establecerse su diferencia específica.

No hay que considerar también que el objeto que se persigue con el fraude es el perjuicio efectivo para aquel cuyo intereses económicos o jurídicos que habitan sobre el patrimonio del deudor y que para tal finalidad se recurre a negocios absolutamente serios y reales, capaces de producir el fin deseado mientras que la simulación sólo se persigue crear una ilusión, o engaño mediante la declaración que nada tiene de real y como inexistente que es, en nada puede a la postre afectar el patrimonio de terceros.

3.3. EL FRAUDE A LA LEY

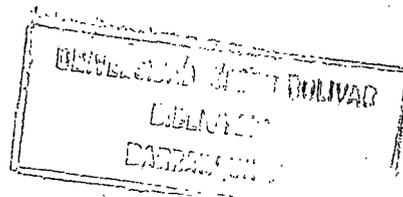
Es acto fraudulento que tiende a impedir el cumplimiento de una norma legal. El Dr. Fernando Hinestrosa (Op. Cit., página 252), expone su significado en la forma siguiente: El

concepto de Fraude es genérico, pertenece a las ideas comunes y suscita siempre la idea de algo reprobable ejecutado sinuosamente.

Según Ripert: Defraudar la ley, es eludir la aplicación; de una ley que normalmente debería aplicarse por cuanto esta ley constituye un estorbo para las voluntades o para los interesados o intereses. Defraudar la Ley no es descartar su aplicación en virtud de medio legal, es eludir su observancia en los casos que se tiene obligación de respetarla. (La regla moral en las obligaciones civiles).

La esencia del fraude a la Ley está en ejecutar un acto jurídico a sabiendas de que no se cumple con el deber que se tiene de respetar la norma. La Ley sin embargo no se ataca directamente, no se desconoce su imperio de una manera abierta y franca, por el contrato, generalmente se hace uso de facultades otorgadas en la misma Ley para llegar a un fin prohibido, la existencia del fraude es imposible encontrarla en el acto para su descubrimiento es necesario acudir a la intención de Agente; si ésta es palpable es decir de mala fé habrá fraude; en caso contrario no existirá.

Siguiendo los lineamientos generales (Op. Cit.) señalará el campo de acción del fraude a la Ley.



En el Derecho Internacional. En este campo la teoría anula el matrimonio celebrado en el extranjero con el fin de eludir la Ley Nacional; en este caso no existe la bigamia cuando se ha hecho anular o se ha efectuado el divorcio en otra Nación por ser prohibido en el país de origen y se ha contraído un nuevo vínculo. Pero al ser ineficaz el segundo matrimonio, no tiene el mismo tratamiento que se daría si fuera válido, respecto a la comunidad de gananciales, etc.

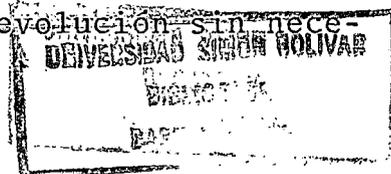
En el negocio simulado hay una contraposición entre el querer y el acto que se presenta en los ojos del público, ello que dicha apariencia no sea querida por las partes sino en cuanto representa un gredio para ocultar su verdadera voluntad. En el negocio fraudulento por el contrario, no hay apariencia de ninguna clase, los actos jurídicos celebrados para eludir el cumplimiento de la Ley son reales y verdaderas, las partes los quieren tal y como han sido llevadas a cabo. Cuando se simula para ocultar un acto lícito, se viola franca y directamente a la Ley, el ropaje con que se cubre la violación no le da otro carácter al acto, vale decir que no le conviene en fraudulento. Todo viene a consistir entonces en demostrar la simulación, provocando lo que se ha comprado con la caída de un velo, para así dejar escueta la reveinción verdadera. Si esta resulta ilícita la sanción letal le dará su merecido, en el negocio celebrado en Francia

a la Ley no se le oculta al público el acto por el contrario se deja visible con la seguridad para los terceros de que no existe más de los que todos ven sucede que el acto ilícito en sí, se ha convertido en fraudulenta por obra de las partes que están tratando de huír sesgadamente de la aplicación de la Ley.

3.4. LOS NEGOCIOS APARENTES

Antiguamente el Derecho evolucionaba simultáneamente con las relaciones jurídicas interpersonas. Esto daba como consecuencia de que muchas veces no se adecuaban las normas jurídicas con el momento o las circunstancias y, por ende no podía regular la cantidad de conflictos originados con el desarrollo y el ensanchamiento tanto de la comunidad o sociedad y el comercio.

La Legislación se aparta de cada vez más de la realidad de la vida y los juristas ninguna solución presentaban, pues existía un exagerado respecto por la omnipotencia de la Ley. Esto motivó que las personas suplieran las necesidades del comercio mediante el empleo de las únicas formas aceptadas, a fin de colocar bajo la protección legal de las nuevas relaciones jurídicas. Así se llegó a crear instituciones distintas aceptadas a las exigencias de la evolución sin nece-



sidad de violar la Ley antes por el contrario, aplicándolas fielmente.

Todo consistía en emplear la institución a fines de los que eran propios.

Los principales ejemplos de estas clases eran de altos se hayan en la antigua forma del derecho Romano, como la stipulatio la injurecacio y la mancipatio.

Para citar un caso, tratarse de mancipatio, institución que siendo para ser enajenaciones solemnes, dió lugar al nacimiento de las siguientes formas jurídicas:

- Para fines de garantía se transmitía fiduciariamente la cosa al acreedor, con la obligación para éste restituirla una vez hecho el pago.
- Dio lugar a una forma de matrimonio la nuncupatio era una mancipatio simbólica, por la cual el pater-Familias vendía a su hija a un hombre para que la hiciera su esposa.
- La adopción. El Hijo era enajenado por su padre a quien quería adoptarlo.

- El testamento. El testamento consistía en la emancipación que de sus bienes hacía el causante a quien quería instituir heredero.

- El depósito. La fiducia era una institución mediante la cual se transfería la cosa a una persona para obtener su custodia. Esta figura servía además para él.

- El nexum. Institución por medio de la cual el deudor se daba garantía a su acreedor.

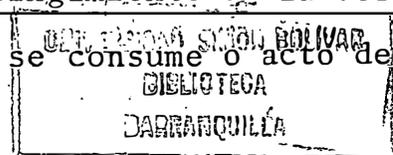
Si bien la distribución de los actos aparentes y los simulados tienen simplemente una importancia secundaria que es donde el punto de vista puramente histórico, conviene precisar la diferencia en estas dos clases de negocios, que consiste en el acto simulado la divergencia, el interno querer y la manifestación exterior resulta de un propósito deliberado de las partes interesadas en los actos aparentes de la divergencia o apariencia se deben en cambio a la necesidad que tienen las partes para alcanzar el fin deseado ya que la legislación carece de la forma adecuada al logro de su objetivo, las partes se ven precisadas quereránlo o no a usar un procedimiento adecuado al logro de sus fines. En el derecho moderno esta distinción prácticamente no tiene

ya cabida y solo en ocasiones excepcionales se llevan a cabo negocios de esta naturaleza.

3.5. LA FALSEDAD

El cambio o alteración de la verdad, que es lo que en términos generales significa la falsedad ha sido objeto de confusiones con la simulación, en sus dos excepciones conocidas, a saber la materia y la ideología. La primera se caracteriza desde el punto de vista documental, o sea, por el hecho de contrahacer la verdad que aparece escrita en un documento determinado a servir de constatación o de prueba de un acto jurídico, y se lleva a cabo de ordinario sustituyendo en su totalidad el instrumento escriturado por otro completamente contrario al primero, o bien cambiando al tener la literal de éste en sus cláusulas principales o palabras, suplantándolas por otra de distinta significación. La intelectual o ideología se presentan en todos aquellos casos en que no hay suplantación material del texto escrito, sino cuando se han hecho constar es el que no han sucedido, o se hacen aparecer como compareciendo al otorgamiento del acto por personas que no han intervenido en el.

En lo que respecta a la falsedad material, puede decirse que la distinción con la simulación no ofrece duda alguna, puesto que en tanto que esta se trate del fingimiento de la verdad, mediante un convenio, en aquellas se consume o acto de



suplantación material de un escrito. Pero en lo que respecta a la falsedad intelectual no puede decirse lo mismo, ya que las opiniones de los autores y expositores han sido encontradas, sosteniéndose por algunos que se trata de figuras netamente diferenciadas, mientras que la mayoría se inclina a haber una completa identificación entre ellas, al menos tratándose de la simulación ilícita, por que en ambas figuras se contradicen la realidad. En mi concepto no es posible confundir ambas figuras, por que la simulación se refiere a una forma de convención, en tanto que la falsedad, así sea la ideología se refiere a un simple hecho.

4. LA SIMULACION COMO ACCION

Quienes sostienen que no existía la acción de la simulación razonan diciendo que ninguna legislación la ha reconocida como tal luego, que teniendo como objeto el reconocimiento de una relación inexistente, dicha finalidad se obtiene mediante el ejercicio de otras acciones reconocidas, y que sobre por tanto crear una categoría de acciones de carácter negativos. Ciertamente no todas las legislaciones han reconocido la existencia de la acción de simulación, por ello no puede significar que no debiera también predicarse de la figura misma de la simulación, la que no siempre fué reconocida por las legislaciones sino después de un largo período de gestación doctrinaria y jurisprudencial.

Conviene aclarar que el objeto de esta acción no es otro que despejar una situación, aclarar lo que aparece de lado por la apariencia que es el contenido real de la voluntad. Es pues una acción de constatación antes que todo, ya que es definitiva no se propone destruir, modificar ni alterar situación jurídica alguna, sino simplemente revelar su auténtica realidad.

Conocido su objeto, se puede determinar su naturaleza y desde luego, dentro de las categorías de las acciones reconocidas por el derecho, se puede decir que se trata de una acción declarativa pues que no puede ser otra desde que se limita a la constatación de lo existente.

Mucho se ha discutido acerca de que si se trata de una acción real, personal o mixta, habida cuenta de la tradicional clasificación derivada del derecho Romano a partir del Emperador Justiniano, la mayoría se inclina a juzgar que, en principio se trata de una acción personal, puesto que no se refiere de manera concreta a los bienes patrimoniales sino a una determinada relación respecto de dos personas que por uno u otro concepto tenga que ver con las cosas o derechos afectados por la simulación, opinión que parece ser la más aceptada.

En lo que respecta a la naturaleza de caracteres de la acción de que se trata conforme a la jurisprudencia nacional, fué en la sentencia del 27 de julio de 1935 (G.J. No. 1899, pág 366), la que reconoció validez a la disposición del artículo 1766 del C.C. y con ello a dar personería jurídica a la figura de la simulación y su correspondiente acción, independizándola de la nulidad y rompiéndose así el dique de contención que se había formado con la doctrina tradicional.

De dicho fallo de casación civil extractamos, en cuanto hace relacionar al tema que nos ocupa los siguientes:

"El artículo en 1766 del Código Civil, implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir en el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es la Ley de las partes conformes al artículo 1602 y el ostensible, por voluntad de ellas carece de valor. Este principio se aplica también a Santiago Sardí, porque es virtud del artículo 1155 del Código Civil ocupa el lugar de Otilia Garcés V. de Sardí".

Y en el fallo casación de fecha 30 de septiembre de 1938 (G. J. No. 1911, página 930), la Corte se expresó así:

"Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir la de prevalencia del acto oculto sobre el cual sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el acto simulado.

4.1. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO

En esta materia, la jurisprudencia acorde con la doctrina universal, no ha hecho cosa que reconocer como requisito único del ejercicio de tal acción lo que se exige respecto de

todas o sea, que existe un interés jurídico por parte del acto capaz de obligado a protegerlo.

Pero no basta que existe un derecho o una situación jurídica que merezca ser protegida por el poder público, esa protección o positiva, pues si a pesar de la incertidumbre e inminencia de tal amenaza no alcanza ella a ocasionar un perjuicio cierto o por la existencia de especiales condiciones, la necesidad de protección deja de ser tal para convertirse en una aprehensión sin resultados prácticos.

En la acción de simulación tales requisitos llegan a concretarse, porque la simulación en si misma, no siendo esencialmente fraudulenta, entraña un estado de incertidumbre y de peligro potencial capaces de herir a determinadas relaciones y al respecto de las partes que la llevan a cabo o ya en relación con terceros que van comprometidas a causa del engaño que determina la apariencia sus legítimas expectativas o derechos.

4.2. CONCEPTO DE PARTES O DE TERCEROS

Conviene hacer una ligera aclaración de lo que se entiende por terceros, ya que tratándose del ejercicio de la acción de simulación así como en lo referente en la acción al sis-

tema probatorio y a los efectos de la declaración de simulación, reciban distintos tratamientos las partes y los terceros.

El concepto de terceros es diverso según el punto que se adopta para determinarlo, por tercero puede entenderse la persona que no interviene en la celebración de un acto, o sea que dicho acto la afecta legalmente o no la afecta, esto representado en el mismo o no lo este así considerado en problema lo que caracteriza el tercero en su no intervención en el acto. Desde otro punto de vista, los terceros son las personas que no solo intervienen, si o que además o están representados legalmente o convencional en el acto, por tal circunstancias este no le favorece ni los daña.

Tratándose del ejercicio de la acción procesal, la Ley considera como terceros a los facultados para obrar como tales en el proceso, a todas las personas que o sean ni autor ni demandado. Déban considerarse como terceros en lo relativo al ejercicio de la acción cualquier persona que no figure en el proceso como actor o como reo, incluso las partes en sentido formal lo dicho anteriormente puede aclararse con lo que al respecto trae el doctor G. Fernando Hinestrosa sobre la noción de terceros.

"Uno de los conceptos más difíciles de precisar es el tercero, quien lo es, cuando deja de serlo, de qué manera se afecta y vincula al negocio, son interrogantes que con la mayor frecuencia se formula a los cuales no es posible, la más de las veces, responder de una manera precisa y general".

Una solución fácil de la primera cuestión afirmado que terceros es todo aquel que no es parte en el acto dispositivo. Pero así no consigue una noción empírica y no muy certera del problema. En vigor, partes, son el negocio quienes regulan sus intereses, los titulares de las relaciones que allí se definen pero como hubo de abstenerse en mayor oportunidad personas que contribuyen a la construcción del trato puede llegar a ocupar el sitio de los celebrantes, dejar de ser extraños para quedar incluidos dentro de una noción de parte de tal suerte ampliada.

Con estos aportes puede avanzarse en el discernimiento de las posiciones y afirmarse que dentro de la idea global de parte se comprende tanto a los titulares de las relaciones a que el negocio se refiere, como quienes derivan en forma inmediata y directa su posición de ellos, y que terceros y actos de autonomía es todo sujeto a quien interesa y por motivos varios la definición que él contiene, sin que participe allí. Estas naciones habrán de precisarse y complementarse con el

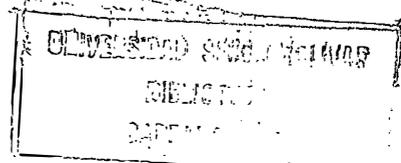
recuerdo de la disposición legal de efectos que en seguida se procede (Op. Cit. página 231).

Más adelante hablando concretamente de las situaciones el doctor Hinestrosa, expresa "Terceros en rigor vienen a ser los acreedores, los herederos forzosos el cónyuge no interviniente que obra para la sociedad". (Op. Cit. Página 242).

4.3. QUIENES PUEDAN EJERCITARLA

En prometer términos encontramos a las partes contratantes, que son precisamente que por medio del acto simulado han precedido a formar el estado de incertidumbre y de peligro con relación a sus propios bienes, y a quién como es lógico, es preciso reconocer que les asiste un interés jurídico para demandar la simulación, a fin de que se aclarezca el verdadero contenido y alcance de esa voluntad hasta fecha muy reciente de esta acción les fué negada bajo el concepto de la ilicitud esencial de la simulación, negación que extrañaba una sanción acorde con el principio muy ocurrido que nadie pueda valerse de su propio dolor, para producir un provecho.

El derecho colombiano después de haber sostenido el mismo erróneo principio en su legislación optó por delegarlo mediante el artículo primero de la Ley 50 (1°) de 1936 que aun-



que referente a la nulidad se entiende también aplicable a la simulación, y más todavía, por, cuanto a virtud del artículo 1766 del C.C., que habí mantenido por tanto tiempo en las sombras y sin aplicación que se había reconocido en las escrituras privadas o escrituras hecha para alterar lo pactado públicamente eran válidas entre los pactos.

Tenemos en segundo lugar los causa-ambienes a título universal de los contratos, o sea sus herederos. La doctrina ha estimulado que ha esto le asigne o asiste interés legítimo para demandar la simulación, en razón de ser ellos los continuadores de la personalidad jurídica y de sus causantes, y sucederles a estos y todos sus derechos y obligaciones transmisibles entre lós cuales se encuentra el derecho de acción por referirse a los bienes patrimoniales de los mismos.

Viene por último los terceros entendiéndose por tales todos aquellos que no han tomado parte én la celebración del negocio simulado, sea porque no concurrieron directamente o porque no detuvieron representados y que en virtud de este hecho no pueden ser estimados como partes tales como los subadquiriéntas casionarios, arrendatarios, comodatarios, usufructuarios, etc., en lo que representa a la titularidad de sus derechos o situaciones jurídicas que deben ser protegi-

dos por el poder público. Entre éstas categorías merecen mención los acreedores a quienes la doctrina y la jurisprudencia han reconocido verdaderos intereses jurídicos para así ejercitar la acción de simulación.

4.4. LA ACCION DE SIMULACION Y LA ACCION PAULINA O REVOCATORIA

Hasta cuando la simulación fué considerada como esencialmente fraudulenta, la acción destinada a la reintegración del patrimonio del deudor o insolvente cuando era ejercitada por los acreedores corría la misma suerte de la acción Paulina, y de consiguiente, se estimaba que ambos casos se resolvían ejercitando esta última acción únicamente. Sólo más tarde, cuando la simulación se destaca como una figura autónoma es cuando comienza a encontrarse las diferencias que separan la acción de simulación de la Paulina.

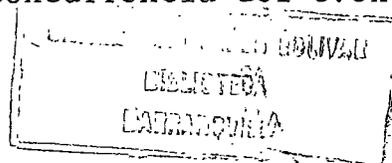
Entre las analogías que tienen estas dos acciones merecen señalarse las siguientes: tanto la acción Paulina como la de simulación se reconocen a los acreedores para atacar actos que contribuyen a determinar la insolvencia del deudor y ambas igualmente, se proponen la reintegración del patrimonio del deudor, haciendo desaparecer los efectos que presentaban los bienes de éste como si hubiera salido de su patrimonio.

Pero frente a estas analogías se señalan numerosas diferencias surgidas, ya de la naturaleza jurídica de cada acción, como de sus objetivos, de las condiciones de ejercicio, de las personas que pueden ejercitarla y de aquellas contra quienes se dirige, así como respecto de la competencia.

En cuanto a la diferencia doctrinal entre las acciones de simulación y la Paulina, nuestra jurisprudencia, luego de evolucionar hasta el reconocimiento de la figura jurídica de la simulación ha reconocido que esta figura conlleva una acción Paulina, aunque reconocen que una y otra corresponden igualmente a los acreedores. A este propósito merece transcribirse el texto de la sentencia de fecha 10 de junio de 1946 (G.J. No. 2062 Página 441 que en lo pertinente se expresa así:

No obstante se observa que la diferencia, no siempre fácil de establecer, mencionada por el Tribunal al aludir a la ineficacia del acervo probatorio aportado en este caso por el demandante, entre la acción de simulación y la Paulina cuando un acreedor se acoge a la primera y que a pesar de la semejanza de sus respectivas estructuras y de la identidad de finalidad que puede presentar ambas acciones, discrepan entre si esencialmente porque:

- La acción Paulina requiere la concurrencia del even-



tus demni y del fraude, sea en relación con el causante y causa-habitante, sea solo respecto del primero, según que el acto sea anerso o gratuito (Artículo 2491 del C.C., numerales 1º y 2º), al paso que la anección de simulación presupone solo el perjuicio del acreedor suficiente para dejarle del interés jurídico para legitimar su causa (artículo 1766 del C.C.).

- La acción Paulina, por ser revocatoria, se ejerce en orden a abolir por entero los efectos del acto fraudulento o dañoso, al paso, que la simulación puede proponerse para descubrir el acto oculto, y acogerse a él según se deduce del artículo 1º 1766 citado.

El tratamiento de las dos acciones en el aspecto probatorio es diferente, en consecuencia, y el acreedor no puede interpretación judicial de su demanda conduzca al resultado final apetecido, porque, como es obvio el planteamiento de la acción y sus probanzas son variables según el linaje de la que en realidad y seguramente se promueva.

4.5. PRESCRIPCION DE LA ACCION DE SIMULACION

Una distinción bastante característica entre las acciones de simulación y la Paulina lo determina el término del ejerci-

cio de la acción. La acción Paulina es de aquellas que prescriben en corto tiempo (un año en nuestro derecho, al tenor del artículo 2491 del C.C.), mientras que en la acción de simulación siendo en principio imprescriptible, prescribe al cabo de veinte años).

El Doctor Fernando Hinestrosa al hablar sobre este punto se expresa en la siguiente forma:

"Los términos fijados para el ejercicio de las acciones que cuentan desde el momento en que pueden incoarse, lo que equivale a mencionar el día en que surja el interés para demandar el contratante de negocio simulado no pensará en descubrir el pacto oculto, por el contrario procurará la continuidad del fenómeno simulatorio, en cuanto la contraparte sea fiel a las promesas hechas. Tan pronto como medie el conflicto entre ellos se plantea la necesidad de sentencia, provocada por el desconocimiento de la estimulación oculta hasta entonces admitida y cumplida consecucionalmente la pretensión. Entonces comenzará el cómputo del tiempo de prescripción de acción ordinaria, (2356); hoy fijado en veinte años (Ley 50 /56, 1º).

"Los terceros se efectúan con el propio acto dispositivo y para ellos la prescripción desde sus fechas, aún en el caso

de los herederos quienes no concretan y especifican esa posición sino a raíz de la declaración de la herencia, (1013) (Op. Cit Página 244)".

5. LA SIMULACION EN NUESTRA LEGISLACION

El convenio de obligarse a obtener ante terceros una ficción de contrato para preservar una situación jurídica determinada y con fines lícitos es un acto jurídico tan perfecto como puede serlo cualquier otro, puesto que:

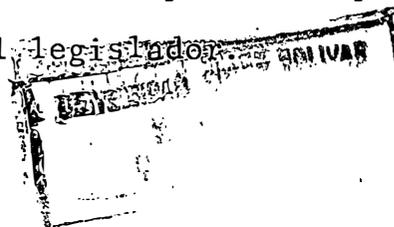
- Es un acuerdo de voluntades para obligarse a hacer alguna cosa, que en el caso de la simulación absoluta es el producir y sostener una ficción (Artículo 1495 del Código Civil).
- Este convenio tiene un objeto determinado, que es preservar o conservar una situación jurídica que no se quiere ver afectada, la cual es un hecho tanto físico como moralmente posible, desde que no es contrario al orden público ni a las buenas costumbres, ya que la misma ley lo ha autorizado mediante el Artículo 1766 (artículo 1618 del Código Civil); tiene causa real y lícita que se destaca por el fin que se persigue.
- Existe un perfecto consentimiento desde que las partes

conciertan el acuerdo, previo conocimiento y ponderación de su contenido, de sus modalidades y de sus fines quedando el contrato como mera ficción; y hay capacidad en los contratantes, desde que se suponen que los lleven a cabo personas que no necesitarían de la autorización de otras para obligarse(Artículo 1502 del Código Civil).

El acto jurídico así considerado resulta ser pues un contrato perfectamente válido, y precisamente porque lo es. La Ley le reconoce efectos entre las partes contratantes. Otra cosa es que no pueda tener efectos contra terceros, a causa de la voluntad expresa de la Ley, lo que no sino la consecuencia obligada de su naturaleza específica.

5.1. EN LOS CONTRATOS SOLEMNES

Se vendía sosteniendo por algunos autores que la simulación no podía existir en los contratos solemnes; consideran los propugnadores de ésta tesis que en los contratos solemnes la forma lo es todo y que el consentimiento de los contratantes necesariamente tienen que ceder ante la formalidad escritural prescrita por la ley, como indispensable para la constitución de ciertos actos, en tal virtud, el molde viene a serlo todo, considerándose válido y serio el acto por el simple hecho de observarse lo dispuesto por el legislador.



Nada más lejos de la verdad y nada más contarle a la evolución del Derecho... hoy se predica el lema de la libertad de formas, el negocio solemne constituye la excepción y los requisitos extrínsecos se informan en las aspiraciones de destacar la importancia de ciertos actos, de proteger los propios intereses, de brindar oportunidad a terceros de conocimiento de su celebración de sus términos, de subordinar la eficacia de la disposición al reconocimiento administrativo (por motivos de seguridad), (Fernando Hiestrosa, Op.Cit: Página 126).

Si la escritura fuera todo en lo contrato, sobrarían las normas que permiten la declaración de nulidad cuando faltase alguno de los requisitos exigidos por el Artículo 1502 del Código Civil. El legislador no puede contradecirse tan fácilmente, y no es posible tampoco que normas principalísimas del Derecho tengan que ceder su sitio a otros cuya importancia, si bien no es despreciable, es mucho menor. Tal ha sido la opinión de nuestra Corte Suprema de Justicia.

Al respecto se puede ver las sentencias del 30 de abril de 1922 y las dictadas por la Corte de 1936.

Como si esto fuera poco, el mismo Código Civil se encarga de combatir las enérgesis de los formalistas autores de la

Doctrina que se ataca; en efecto, el artículo 1766 es claro cuando prevee la posibilidad de que se pacten en escrituras privadas cláusulas contrarias a las estipulaciones en Escritura Pública.

5.2. CONTRATOS NO SIMULABLES

Hemos visto que la simulación no puede existir en los actos bilaterales; sin embargo, hay convenciones que por su naturaleza, o por la manera de llevarse a cabo por prohibirlo la ley, no son susceptibles de simulación, por estar de por medio el orden pública reclaman firmeza, impidiendo por consiguiente que alguien se presente a demostrar una voluntad oculta, diferente del acto aparente. Tal es el espíritu de nuestra legislación, que se manifiesta en lo referente a la observancia de las leyes, cuando por el Artículo 16 del Código Civil, se prohíbe a los particulares derogar las leyes en cuyo cumplimiento se encuentran interesados el orden público y las buenas costumbres.

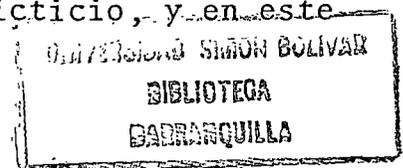
5.3. CONTRATOS A ACTOS SIMULABLES

Son susceptibles de simulación casi todos los actos que son motivos de convenciones privadas. La disconformidad entre lo querido y lo de aclarado que se produce en los actos bilaterales es lo que forma la llamada simulación. De acuer-

do con ello, tanto el que simula como el que obra con reserva mental manifiesta voluntariamente una cosa distinta de la que realmente quiere. En la simulación son dos partes que se han puesto de acuerdo para hacer aparecer algo que en el fondo no es la reserva tácita, por otro aspecto no puede engendrar los efectos jurídicos de la declaración. Están de acuerdo a los autores de afirmar que este postulado es base del comercio jurídico y la mayor defensa que la ley puede hacer en la buena fé de los terceros.

Además de esto, la reserva que es percibida por la otra parte anulada declaración, por cuánto el destinatario de una declaración no puede atribuirle valor jurídico de ninguna especie cuando le conste que la declaración no responde a una verdadera voluntad. (Von Thur. Tratado de las obligaciones. Tomo 1, No. 34).

El argumento principal de quienes la tesis de la simulación en los negocios unilaterales es el siguiente: no convierte el acto unilateral con reserva mental en simulación, el hecho de saber la persona en cuyo gavor se lleva a cabo el acto unilateral, el carácter aparente del mismo. A ello se puede responder; en nada se cambia la situación, por cuanto lo único que se podrá conocer es la reserva mental, lo cual no creen la simulación. El concepto de éste implica el de particular en la realización del acto ficticio, y en este



caso sólo una persona interviene en ello.

Por otra parte existen actos unilaterales que no pueden ser susceptibles de simulación, ni siquiera de reserva mental. Entre otros, el reconocimiento de un hijo natural por ser un acto irrevocable, al tener el Artículo 2o. de la Ley 45 de 1936; la confesión, por el mismo hecho, salvo el caso de error de hecho o de que el confesante no estuvo en el uso completo de su razón al tiempo de hacerla; la aceptación de una asignación, la cual no puede revocarse sino por carácter de uno o más de los requisitos señalados en el Artículo 1502 de Código Civil o por lesión grave, etc.

5.4. CASO ESPECIAL DEL CONTRATO EN SOCIEDAD

Por mandato legal no existe la simulación en las Sociedades. El Artículo 468 del Código de Comercio dispone que: No se admitirá de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en el cumplimiento del Artículo 465, (se refiere a la obligación de constituir las sociedades por Escritura Pública), ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella. La norma citada es la única oposición que en nuestro Derecho se hace expresamente a lo dispuesto por el Artículo 1766 del Código de Comercio. En ella se consagra íntegramente la teoría declarativa, ya que supone ser

la voluntad real de los socios la misma que se expresa en las escriturās por medio de las cuales se constituyen, reforma o liquida una sociedad.

En tal virtud, ni los socios, ni nadie, será admitido a demostrar que en la escritura se consagró únicamente una apariencia.

6. PRUEBA DE SIMULACION

La admisibilidad y eficacia de los diferentes medios probatorios consagradas en la Ley varían según que la simulación se equivoque por alguna de las partes o por un tercero.

6.1. ENTRE LAS PARTES

La seguridad del comercio exige que cuando las partes van a demostrar la inseguridad de una declaración, se le exige para ello determinados medios de convicción por eso la jurisprudencia, interpretando claras normas legales, exige que las partes cuando van a destruir lo declarado en el acto ostensible y por consiguiente a pedir que prevalezca el privado que contiene su verdadera voluntad, presenta una prueba de igual o superior fuerza de convicción a la que se comprenda del instrumento donde consta la escritura del negocio público. Si el acto aparente no celebró verbalmente por permitirlo la Ley, las partes pueden recurrir a toda clase de pruebas para demostrar su secreto.

Por regla general, si el contrato visible consta por escrito, sea porque lo exige la Ley *Ab solemnitate* o simplemente *Ab probationam* a quien ser obligatorio la escritura, las partes lo han realizado en esas formas la prueba del acto o culto debe tener tanto valor probatorio como el instrumento en el cual consta.

Es bueno entender que el contrato será válido y el hecho de no constar por escrito solo perjudican su probanza, puesto que en éste caso la escritura no exige como requisito para la validez y eficacia del negocio, sino para su prueba que son deos cosas completamente distintas.

Sobre el tema dijo la Corte de sentencia de 30 de septiembre de 1936 (G.J. Tomo 48 pág. 330), "Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación cuando al contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que aparece en el artículo 1766 del C. de C.

En resumen puede decirse que entre las partes, y tratándose de destruir, alterar, modificar o esprimir los efectos de un acto jurídico contrario que tuviera tal virtualidad, y por eso no se conoció inicialmente otro medio de pruebas que la contraestipulación escrita. Más considerando luego que una

declaración vertida sobre un papel escrito no implicaba el hecho de una confesión de parte de los interesados, se aceptó que con igual fuerza debía admitirse la confesión ya sea judicial o extrajudicialmente, ya bajo formas de posiciones, y quedando descartada la prueba testimonial, así como también las presunciones.

6.2. NO OBTENCION DE LA PRUEBA ESCRITA

Así la imposibilidad puede ser física o moral. En caso de ser imposible de obtener el instrumento necesario para la prueba del acto que debe constar por escrito.

No dice la norma a la cual imposibilidad se refiere, extendiéndose por parte de los expositores que puede ser tanto física como moral.

En esta última existen cuando por razones de índole social, de conveniencia o de simple delicadeza resulta forzado para el simulante exigir a la otra parte la prueba escrita del convenio secreto. Generalmente se presenta la imposibilidad moral en los negocios celebrados entre parientes o entre personas ante las que hay lazos de dependencia, es decir, entre los ligados por vínculos efectivos o de subordinación que no se atreverían a solicitar la contraescritura donde conste la

verdadera esencia del negocio llevado a cabo.

Al fallador corresponde en cada caso apreciar las circunstancias constitutivas de la imposibilidad moral, resolviendo de acuerdo con su criterio si es el caso de exonerar a quién hace la petición, en ésta petición se debe obrar con toda la prudencia del caso, pues de lo contrario se establecería una regla general peligrosísima y llegaría a derogar una disposición establecida para salvaguardar los derechos de las personas que llevan a cabo el litigio.

La imposibilidad física se presenta cuando a pesar de haber existido el instrumento, no puede ser presentado por pérdida o destrucción debido a fuerza mayor o caso fortuito. En este caso la prueba que se exige a quien debe presentar el instrumento existió pero que desapareció por un hecho que no le es imputable. Sobre el tema reza la siguiente doctrina de nuestra corte. En fallo de mayo de 1963; "La exigencia del Tribunal es claramente explicable, pues aún admitido que el contrato existió con la confesión del parte obligada en el documento, no habiéndose traído éste al expediente, es necesario que la parte interesada en aducir la prueba escrita explique satisfactoriamente la pérdida de ella, no siendo suficiente la de haberlo sin la debida custodia, de manera que una persona de por ejemplo de la casa como

dijo el intesado, lo haya destruido o traspapelado, sino por caso fortuito imprevisto o derivado de fuerza mayor, en una palabra, de un acontecimiento imprevisible del cual se originó la pérdida del documento que constituía el principio de prueba por escrito requerido. Y no solamente debió probar así satisfactoriamente la pérdida, sino en forma plena indudable el contenido mismo del documento extraviado. Es decir, los principales documentos que constituyen la parte dispositiva del documento extraviado.

Con la confesión se demostró que el documento existió; faltó demostrar a que se debió la pérdida del documento, prueba que en efecto se dió aunque se pretendió al principio alegar que dentro del servicio interior de la casa se había traspapelado el documento; explicación perfectamente insatisfactoria.

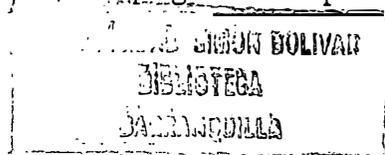
6.3. CON RELACION A TERCEROS

Al contrario de lo que ocurra con la prueba entre las partes, la prueba de la simulación por terceros no conoce restricciones. Para éstos, el hecho simulado no tiene como convención ningún valor obligatorio sino de simple hecho del cual pueden extraer en su favor pero que en manera alguna puede perjudicarles. Se trata de una "Resinter Allios Acta". Al tra-

tar de la naturaleza de la simulación se vió como una de las características de esta figura jurídica es el secreto del elemento oculto para poder conseguir los fines de engaño. Sería algo más que exagerado exigir la prueba del acto oculto en forma literal a personas que no han intervenido en un acto de tal naturaleza, no que acaso tuvieran el más leve conocimiento de la simulación llevada a cabo. Siendo así que por otra parte del acto del engaño por los contratantes ha sido urdido precisamente contra aquellos, no siendo por tanto lógico esperar que las partes tuvieran la candidés de revelar el secreto a quienes precisamente pretenden sorprender con el acto simulado, debiendo por el contrario esperarse que debieron poner todo el costo tendiente a mantener en las sombras de la prueba la simulación. Puede suceder que en un caso dado los terceros llegarán a tener en sus manos esa prueba, pero esto es una excepción, por lo cual, unánimemente la doctrina como la jurisprudencia, han que para ellos no cuentan las restriccciones impuestas a las partes contratantes en materia de prueba y que gozan de la consiguiente libertad a ese respecto.

Entre las disposiciones que concretamente tienden a proteger la buena fé de los terceros, se puede decir el artículo 1934 del C.de C. que reza así:

"Si la escritura de venta se expresa haberse pagado el pre-



cio, no se admitirá prueba en contrario sino la nulidad de la escritura, y sólo en virtud de ésta prueba habrá acción contra terceros poseedores". Clara aplicación de la teoría declarativa, ésta disposición tiende a la protección de los terceros ya de la seguridad al Comercio Jurídico; constituye por el C. de C., referente a los contratos y con relación a los terceros ajenos a su constitución. Este artículo no deroga la posibilidad de hacer contraescritura de acuerdo con el artículo 1760, ni tampoco suprime la efectividad de dichas estipulaciones, las cuales si están legalmente celebradas constituyen una ley para las partes, pueden entonces los otorgantes de un instrumento probar en contrario la declaración contenida en el documento, y con ello o se vio la norma alguna lo que pueden es hacer valer la contraestipulación contra terceros poseedores de buena fé.

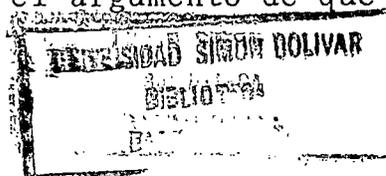
Para finalizar esta parte es bueno aclarar que, siendo la simulación un proceso de discrepancia interna, ante lo declarado y lo realmente querido acordado ante las partes, por su naturaleza misma, se sustrae a la prueba directa, y es por tanto a prueba indirecta la verdaderamente eficaz para distribuirla con éxito, puesto que es a través de un proceso similar aquél basado en indicios y presunciones y mediante una labor de inducción y deducción como se logra a cabalidad su descubrimiento. Es necesario no perder de vista la consideración de que la simulación se trama en la sombra,

que se rodea de todo secreto necesario para producir el engaño, y que en tales circunstancias será poco menos que imposible lograr desentrañarla de parte de los terceros por medios directos que aquellos que se cuidan muy bien de dejar disponibles para la prueba. De aquí el que se haya sometido siempre por todos cuanto han tratado la materia la tesis de que en definitiva es la prueba de indicios y presunciones la única capaz de permitir a terceros la demostración de la simulación.

6.4. INDICIOS COMO PRUEBA

Se ha visto de que existe restricción a la prueba testimonial entre las partes. Se pregunta ahora si esta misma restricción subsiste respecto de las mismas partes en relación con la prueba de indicio, dado que la ley habla únicamente de la restricción de la prueba testimonial más no de la prueba indicaría, coligiéndose de esto que a esta materia es aplicable el principio de lo que no está expresamente prohibido por la ley es lícito hacerse, o mejor, si está permitido, y en consecuencia la prueba de indicios si es admisible.

Al respecto debe apuntar que en algunas legislaciones como la en la Francesa, se rechaza terminantemente la admisión de esta clase de prueba, fundándose en el argumento de que

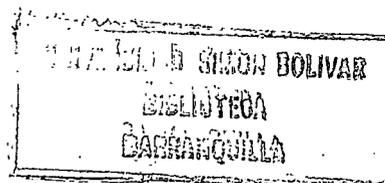


la prueba inducía no se acredita sino por medio de la prueba testimonial. Nuestra ley civil, guarda silencio sobre el particular, siendo esto lo que ha dado motivo a la controversia, juzgamos que no hay razón jurídica valedera para aceptar por entero una tesis, ya que si por indicios se entiende el rastro o señal que dejan los hombres de sus actos tratándose de actos jurídicos, y si tales rastros o señales son de naturaleza que por si mismo esto es, sin necesidad de acudir a la prueba testimonial hagan ver la existencia del acto u obligación que trata de demostrarse sería temerario afirmar en primer lugar que todo indicio se demuestra con testigos, y en segundo que la prueba indicaría en general deba desentimarse.

Parece muy valedero el argumento de que si la Ley rechaza la prueba testimonial y razón del peligro que ella entraña por causa de su fragilidad, como se halla expuesta a las mil eventualidades de la venalidad de los testigos, o a motivos diversos de o falsa defectuosa percepción de los hechos, siendo una prueba directa, con mayor razón debe ser deseñada una prueba indirecta que, como la de indicios necesita ser acreditada por medios indirectos en la mayoría de los casos por la prueba testimonial. Pero se puede anotar que este argumento pudiera tener valor respecto de los casos en que los indicios deberían ser acreditados con la

prueba testimonial, porque entonces sería realmente ésta la prueba que en definitiva vendría a producirse, más no sería posible aceptar que por ésta circunstancia deba ser desecha por entero la prueba de indicios y menos aún cuando éstos no necesitan de la prueba testimonial para su demostración. A parte de esto se puede argumentar en favor de la prueba indiciaria diciendo que cuando su existencia se demuestra como prueba testimonio ella no se refiere al acto jurídico mismo que se trata de demostrar, sino a un hecho o signo que sirve para revelarlo, puesto que el indicio en sí mismo se identifica como el acto jurídico en que se refiere, sino simplemente a un signo material, a la humila que ésta ha dejado sostener lo contrario equivaldría a confundir una relación de derecho con un simple hecho, esto que lo uno representa el acuerdo de voluntades en todo que el indicio solo se refiere a un signo indicador del primero.

Sobre el particular puede anotarse, que la jurisprudencia nacional rechaza en forma terminante la prueba de indicios en relación con la simulación, cuando el debate se realiza entre las partes contratantes, según puede verse por el contenido del fallo del 14 de octubre de 1964, (G.J. No. 2147 páginas 867 a 871) según el cual "Cuando la acción de simulación se ventila entre las mismas partes que celebraron el contrato impugnado, únicamente puede admitirse como pruebas

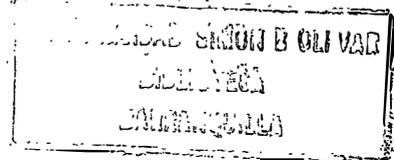


idóneas para demostrar la simulación absoluta o relativa predícada las siguientes:

- 1). Otra escritura pública debidamente registrada, por medio de la cual se descubriera la simulación en cualquiera de sus formas.
- 2). La contraescritura privada a que se refiere el artículo 1766 del C.C.
- 3). Un principio de prueba por escrito, completado por testimonios, indicios, etc.

Los meros indicios son pruebas de que sólo puede hacer uso al tercero que intente la acción de simulación, porque como extraño que es el contrato, esto no tiene más significación para él, que el de su simple hecho, cuyo valor puede destruir los medios comunes de prueba".

Si se considera conforme al texto del artículo 1766 del C.C la ley autoriza la labor de desentrañamiento de la voluntad de las partes para conocer el sentido y la dirección concreta de ésta en los actos jurídicos simulados, y que en ésta clase de actos donde juega papel preponderante el indicio, a causa precisamente de la naturaleza de la simulación, que de ordinario no deja huella directa perceptible sino que se



mueve en las sombras para lograr su objetivo, se hecha muy de menos la elasticidad en la doctrina de la Corte respecto del empleo que éste género de prueba, siendo así que por otra parte de la ley no ha prohibido en forma expresa. Juzgo que en materia probatoria, la doctrina cuando no la ley, debe adaptarse a admitir los medios probatorios que estén en consonancia con la naturaleza de la relación o de los hechos que traen de demostrarse, antes que asumir una posición estrecha. Porque únicamente sí podría lograrse el objetivo de desentrañamiento del contenido real de la voluntad. Prohibir el empleo de la prueba indiciaria para acreditar la simulación entre las partes, vale tanto que desconocer la naturaleza jurídica de la simulación y rechazar el medio más expédito y adecuado a su descubrimiento.

Pero sea cual fuere la tesis que se adopta o llegue a adoptarse en definitiva, es lo cierto que la prueba indiciaria, se le estima inadmisibile como prueba principal más a preciso advertir que no encuentra dificultad alguna su admisión cuando se trata de esgrimirla como prueba complementaria del principio de prueba por escrito y en los casos en que se demuestre la imposibilidad de exhibir la prueba escrita.

7. CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE SIMULACION

Es necesario distinguir según el debate judicial que se haya llevado a cabo entre las partes mismas, o entre estas y terceros, o finalmente entre estos mismos, puesto que los efectos de la declaración cambi6 según los supuestos contemplados así mismo se hace preciso distinguir según que se trate la simulación absoluta o de la relativa, ya que estas dos categorías de la simulación dan margen a distintos efectos y consecuencias en el campo del derecho.

7.1. ENTRE LAS PARTES

Ha sido muy discutido en la doctrina el tema de la naturaleza específica del acto aparente y de sus efectos, merced a la novísima teoría de la inexistencia, sustentada especialmente por los juristas y expositores franceses y conforme a la cual, el acto bbstensible no sería simplemente nulo, sino inexistente, puesto que por faltarle los elementos constitutivos no ha llegado a existir siquiera a diferencia del acto nulo que al menos formalmente si reúne los requisi-

tos para su formación jurídica, aunque su validez se haya comprometido por mediar un obstáculo de carácter legal. Se dice; lo nulo existe pero contrahecho, mas lo inexistente es la nada o casi la nada; y por ello, mientras en el acto nulo si hay una realidad jurídica que destruir y hasta contravalidar, sea por acto voluntario de las partes o por el simple transcurso del tiempo. Aún tratándose de la nulidad absoluta, en el acto inexistente no hay nada, porque no habiendo llegado a constituirse, nada hay que destruir en el, ni convalidación, ya que la nada no se destruye ni puede ser susceptible de convalidación.

En cuanto a los efectos, se anotan iguales diferencia, pues mientras que el acto inexistente no es susceptible de producir ninguno, por lo mismo de su inexistencia, el acto nulo en cambio si lo es, porque aún cuando herido de muerte, a causa del vicio que conlleva, puede llegar a consolidarse como acto jurídico y producir todos los efectos que le son naturales, subsistiendo como, una realidad jurídica mientras no sea declarada su nulidad; y aún declarada esta puede repercutir en cuanto a la extensión de sus defectos, como puede verse en numerosos casos señalados por la ley a través de la variedad e instituciones jurídicas; así, en el, matrimonio por ejemplo, a pesar de la declaratoria de nulidad la ley reconoce ciertos derechos a favor del cónyuge de buena fé, y además respecto de la prole cuando la ha habido, legi-

imando a los hijos nacidos en tales uniones y reconociéndoles todos los derechos a tal estado con las siguientes obligaciones para los padres; en cuanto a la simulación, inoponibilidad que los terceros de buena fé, cuestión esta que, dicen, no podría explicarse satisfactoriamente si se tratara de un acto inexistente.

Cabe decir que si bien en el campo puramente teórico puede admitirse esta distinción entre el acto inexistente y el acto nulo, no puede sostenerse en el campo práctico y legal, ya que nuestra ley no reconoce la inexistencia y además los efectos de ambas categorías se confunden, desde que para ello tanto da que el acto no hubiera existido por faltarles los elementos constitutivos, como que los tuviera con violación expresa la ley; y en el caso que nos ocupa, o sea tratándose de la simulación, parece más lógico y jurídico sostener que se trata de un acto nulo antes que inexistente, a causa precisamente de lo anotado antes.

En la simulación absoluta, una vez establecida mediante la prueba pertinente, ninguna de las partes ha derrivado derecho ni acciones provenientes del acto aparente, a causa precisamente de la nulidad absoluta de este acto que no ha alcanzado a modificar la esfera jurídica de las partes que lo han llegado a cabo; de manera que el que figura como acree-

dor no puede invocar su calidad de tal para exigir aparentemente contraídas, ni este último caso puede verse compartido ni sentirse obligado a la ejecución de las mismas. Los bienes afectados al acto nulo no han salido del patrimonio del supuesto vendedor donante o mandante ni el supuesto comprador, donatario ni mandatario los ha recibido en forma jurídica alguna, si para dar la apariencia de realidad al negocio ficto, se han puesto en manos del simulante comprador, donatario o mandatario, este deberá restituirlos justamente con todos los frutos que hubiera percibido y cuanto a las expensas y mejoras que hubiera hecho en el interino, tendrá solo derecho a las prestaciones que determina la Ley para los poseedores de mala fé, que tales su situación frente a las prestaciones y ya establecidas por la ley entre las partes.

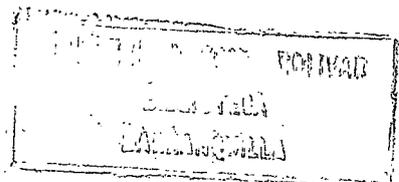
Si ha entrado en posición por algún tiempo, no será considerado como poseedor sino como simple detentador, sujeto a la reivindicación por su dueño. Y así mismo el se ha llevado un aparente pago de una deuda no debida. Tendrá derecho el que se ha negado a repetir lo pagado.

En síntesis volverán a quedar las causas en el mismo estado en que se encontraban antes de la celebración del acto contrario, nulo, como si no se hubiera celebrado ningún acto de tal manera, o naturaleza.

En la simulación absoluta nada queda en pié puesto que en la desaparición de la apariencia, la constatación de la ficción se ha esfumado todo lo que había en el concierto de las partes contratantes; no pasa lo mismo que en la simulación relativa, en que por una parte desaparece la apariencia, en tanto de que otra surge la realidad de una relación jurídica que modifica las relaciones de los contratantes. De ahí que esta clase de simulación hubiera sido calificada por los autores como de acto Negativo-Positivo, puesto que de un lado desecha una apariencia y de otro se afirma una realidad.

7.2. CON RESPECTO A TERCEROS

El respecto de la buena fé de los terceros de un principio que no se discute en la ciencia contemporánea y solo se trata en la época de fijar las condiciones; en que se considera cumplida para merecer el amparo de derecho escrito. Pero al contrario de lo que ocurría en el derecho antiguo, el fundamento de principio de respecto a la buena fé de los terceros ya no es lo mismo, esto es ampararlos para sustraerlos a las consecuencias de fraude, de las partes contratantes, sino que no siendo que un hecho que pueden derivar de consecuencias varían al comprometer con el engaño las relaciones jurídicas de otros que han obrado basadas en sí, las partes que han dado ocasión a tales consecuencias deben responder



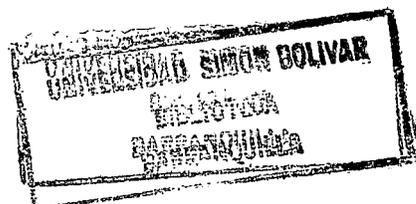
de su acto, desde que voluntariamente se expusieron lanzándolos al comercio jurídico, sabiendo o debiendo al menos preveer que podría tener repercusiones más allá de los límites que se propusieron señalar. Es pues, el principio de la responsabilidad, el que espera en este campo para fundamentar el principio de la inopinabilidad de la simulación contra terceros, pudiendo decirse lo mismo respecto de las demás situaciones, de la ley que reconoce el respecto de la buena fé de estos.

Por la distracción neta que tanto en la jurisdicción en la doctrina se ha hecho al fin entre la simulación y la nulidad se ha fijado igualmente el campo de acción de los efectos de una y otra figura jurídica reconociendo que en la nulidad tiene completa cabida de máxima *nemo plus juris in alium transferr potest quam ipse habet*¹.

Ya que se trata de terceros de buena fé o de mala fé en tanto que la simulación máxima o principio se detiene ante terceros de buena fé, respecto a los cuales se considera que cesa sus defectos, ya que por disposición expresa de la ley, las escrituras privadas para alterar pacto en escrituras públicas no produjeron efecto contra terceros por manera que si bien se reconoce que tratándose de caso de simulación el acto ostensible se considera absolutamente nulo, no es una

causa de esta consideración que el acto secreto resulta ino-
ponible a terceros, sino a consecuencia de la simulación de
que forma parte.

A continuación transcribiré lo que nuestra ley ha consigna-
do en la materia de que tratamos, a cuyo efecto tomamos el
texto de cuyo artículo.



CONCLUSION

Analizada la simulación como una figura en la cual se encierra aparentemente la realización de un hecho o acto jurídico que no corresponde a la realidad por concurrir en ella acuerdos de voluntades tendientes a demostrar esa finalidad simulada concluye este trabajo intitulado "LA SIMULACION EN NUESTRA LEGISLACION" con el propósito de contribuir en especial con aquella comunidad que me antecede, a que profundicen sobre este aspecto de mucha importancia dada su constante práctica en los negocios y actos jurídicos.

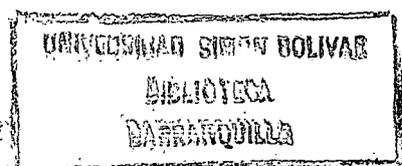
Este trabajo-tesis representa un estudio serio-aún cuando no extenso y que corresponde a los principales criterios y doctrinas de eminentes juristas expuestos a través de los tiempos en torno a este tema.

La simulación es en síntesis la declaración de un contenido de voluntad no real, aparente, con fines de engaño para fingir un verdadero negocio jurídico, que no existe o distinto al querer de las partes.

Es por ello que esa relación o vinculación de la manifestación previa que corresponde al acuerdo de voluntades y la forma viciosa que presenta el acto objetivamente, son los elementos que constituyen la Simulación como figura jurídica autónoma.

De allí que no puede faltar cualesquiera de los elementos que la integran, para hablar de simulación, ya se trate de las diferentes formas en que ella se presente, es decir, total, parcial, lícita, ilícita, absoluta o relativa.

Así pues, que la simulación partiendo del principio que nos orienta. "Es una manifestación de voluntad acorde de un fin determinado".



BIBLIOGRAFIA

CAMARA, Hector. Simulación de los actos jurídicos, Buenos Aires. 1950.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Gaceta Judicial.

FERRARA, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos Madrid.

MUÑOZ SABATE, Luis. De la Prueba de la Simulación.

PLANICOL y RIPERT, Tratado práctico de Derecho Civil. Francés.

PEREZ VIVES Luis. Teoría General de las Obligaciones.

RIPERT Georges. La regla moral de las obligaciones.

ROCHA Antonio. De la Prueba en Derecho. Bogotá 1960.

SALAMANCA, Hernán. Derecho Civil. Contratos curso IV 1979 Universidad Externado de Colombia.

VALENCIA ZEA Arturo, Derecho Civil, Obligaciones Ed. Temis 1964.