

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

LA SIMULACION EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

TESIS DE GRADO

PRESENTADA POR: IRMA BOLIVAR DE MORENO
PRESIDENTE DE TESIS: DR. LUIS FAJARDO ARTURO

PASTO - 1980

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. ~~145~~ ³⁶⁷¹¹ Ej. 1
Valor \$1800- Vol.
Fecha VI-1-81 Don. X
Fac. Cost. Gen. Canje
Libreria Autos Comp.

LA SIMULACION EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

La facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor. (Acuerdo # 108 de 1965 artículo 70 reglamento interno de la facultad.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

17.11.11
D340.12
B689
Ej. 1.

INTRODUCCION

El tema escogido para la elaboración de mi tesis de grado, es el relacionado con la Simulación en la Jurisprudencia colombiana, tema del cual pretendo tocar sus aspectos principales dentro de la génesis jurídica de su institución, en el marco del Derecho Civil.

Indudablemente que el presente trabajo de investigación no podría estar exento de tropiezos y tímidas argumentaciones, ya que el tema abordado es difícil y árido, pues, su interpretación jurídica hasta el momento no ha dejado de mantener situaciones polémicas, ya que esta institución jurídica rebosando el campo puro del derecho, se profundiza dentro de la problemática de índole social, económico y moral.

Pero si bien he escogido este tema a sabiendas de que estará carente de solidez en la metódica jurídica, no por ello podrá carecer de alguna importancia, ya que en él se encuentra una síntesis general de lo que a la figura jurídica de la simulación hace referencia, en una presentación sencilla, matizada con la investigación bibliográfica, el aporte de los textos legales y los conceptos personales, que, como dije anteriormente aún faltando la profundidad jurídica para su enfoque, en lo que respecta a un criterio o fundamento del orden social, estoy segura que he escudriñado el fondo de esa misma realidad, y que adelantándome a posteriores criterios, puedo decir que esta figura jurídica con el transcurso del tiempo se ha superado bastante en cuanto a su concepto se refiere.

Por lo tanto la simulación ha evolucionado a través del tiempo ya que anteriormente se le equiparaba con la nulidad, en la época actual se ha hecho de esta figura autónoma e independiente de la anterior. En efecto, a lo largo del estudio se encuentran las diversas etapas doctrinarias recorridas por la Corte Suprema de Justicia a través de los años y se demuestra, esa evolución jurisprudencial, ha sido cambiante y no siempre acertada.

No se trata pues de una gran obra acabada, sino del fruto de mi constante y apasionante estudio búsqueda del saber, y su objetivo básico es desarrollar como dije anteriormente una síntesis de lo que en la jurisprudencia nacional se le considera a esta importante figura que cada día se va aplicando más y más.

CAPITULO I

DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO

1.- QUÉ es la voluntad.

De todos los elementos psicológicos, la voluntad es sin duda, el que más interesa al derecho. Portalis dijo hace ya muchos años: "El derecho es la voluntad". Las leyes positivas se refieren a ella y le atribuyen efectos de capital importancia. Para el jurista la voluntad es algo tan simple, tan en el conocimiento común que no merece ser definido. Hecho a la exposición minuciosa de los casos que se le someten se be reconocer la voluntad jurídica sobre todo por sus efectos, de lo que la ley habla con detalle. Relega, pues, la determinación y la estimación del acto voluntario al dominio de la psicología el estudio de sus conexiones con el juicio, al de la lógica. No repara en que un derecho justo no puede desentenderse del problema y esgrimir desaprensivamente la sanción y la coacción, sin que nada turbe, en el fondo, la conciencia del hombre. Parecería que su pensamiento, cogido en la red de los códigos, no supiese ir más allá, en busca de los principios fundamentales del derecho privado. Acostumbra ver en las reglas jurídicas axiomas absolutos y suficientes por si mismos y comprueba a diario, que el derecho nos rige aunque el jurista y el filósofo ignoren cual es la esencia de la voluntad.

Stammler ha tenido ocasión de escribir que la noción misma del de-

recho no es más que un aspecto del problema de la voluntad; que el derecho es pura y simplemente una voluntad que tiende a la consecución de determinados fines, valiéndose de determinados medios u otros para su realización que en la génesis psicológica de la noción de derecho radica en el germen común de toda voluntad.

Los griegos y los escolásticos decían de ella que es una facultad del alma. Puerto de consolación, arribada forzosa de sus búsquedas, los griegos crearon esa entidad metafísica y reversible de las facultades, los escolásticos apartaron y clasificaron después con sorprendente aptitud. Pero la voluntad es insalvable. Los elementos psicológicos no se dan puros en la conciencia. La más íntima correlación los vincula. La reflexión solo puede abstraer del acto voluntario el elemento voluntad, inseparable de otros intelectuales o afectivos. No existe ningún estado que sea pura representación, puro sentimiento, o pura voluntad. Conocimiento, sensibilidad, voluntad, aparecen en cada acto de conciencia y se condicionan sin materializarse. La voluntad que es como la síntesis, no la suma de todas las fuerzas que implican los estados de conciencia, reúne lo diverso y hace del conjunto por su unión, "el contenido de una sola y misma conciencia". De ahí que, en un sentido amplio, podamos concluir con una gran cantidad de autores de los más variados matices, desde San Agustín a Schopenhauer, que toda la vida consciente está gobernada por la voluntad.

En un sentido estricto, el usual, la voluntad supone de la determinación libre y la facultad de elegir entre distintas posibilidades. "Querer dice Ribot, es elegir para obrar".

2.- Naturaleza y proceso de la voluntad.

De todos modos la voluntad es el aspecto activo de la vida consciente. El signo que la denuncia es la acción; su manifestación objetiva, el acto voluntario.

Hay muchas divergencias sobre la naturaleza de la voluntad y hasta sobre el criterio para reconocer el acto voluntario. Hay quienes la consideran como un proceso integrado por más de una etapa que comprende el tránsito de la conciencia al acto, pero hay también quienes suponen que ella despunta y termina en la conciencia del individuo, sea que el acto se realice o no. Y cuando se trata de establecer su naturaleza, hay quienes distinguen la voluntad como un fenómeno íntegramente intelectual, ligado al destino de las representaciones; quienes afirman que por el contrario, prima en ella un elemento afectivo claro y determinan; quienes reúnen los dos aspectos en un eclecticismo que hace participar al fenómeno de ambas, la intelectual y la afectiva, o quienes buscan el refugio de las categorías especiales sui generis.

No son por lo tanto divagaciones sin trascendencia. El jurista tendrá motivo para preguntarse a qué voluntad entendió referirse el texto de la ley y cuál proceso interior reconoció como válido en sus normas. Va en ello la seriedad de la exégesis, la justeza de la interpretación, el camino para descubrir la intención de las partes o el espíritu del acuerdo con que intentaron reglar sus intereses. El intérprete del acto jurídico que es, desde luego, un acto voluntario, obligado a recong

truir su proceso para delimitar sus proyecciones, no podrá desentenderse de la psicología y de la lógica. De donde surge la utilidad de conocer la posición en que el legislador se ha situado, toda vez que hubo de referirse a la voluntad y sus efectos.

Cualquiera que sea el criterio que se adopte, se debe coincidir en un punto de gran importancia jurídica: la voluntad tiene un proceso interno que se rige exclusivamente por la ley de finalidad; toda acción presupone un fin, como todo acontecimiento de la naturaleza presupone una causa. Tras de ese proceso interno viene después la ejecución de su mandato, el hecho se cumple en el exterior, según la ley de causalidad que gobierna los fenómenos físicos. "Por el hecho dice Ihering la voluntad penetra en los dominios del mundo exterior y se coloca bajo el imperio de sus leyes". La deliberación, el propósito, la resolución, son las tres etapas del proceso interno de la voluntad reflexiva que Aristóteles intuyó sabiamente en la Etica Magna.

La deliberación es pausa y es duda, el propósito es ya preferencia y proyecto; preferencia y proyecto; la resolución, en fin concentra toda la actividad del espíritu, mudado de la incertidumbre a la certidumbre y dignificado con el toque precioso de la libertad.

El hombre libre es por definición, el que elige. El hombre que elige manifiesta su voluntad reflexiva. Voluntad entraña, pues libertad. Crisis de la voluntad es también crisis de la libertad, ya sea ésta el absurdo a que alude Taine, o la cabal justificación de la existencia humana.

Grave dilema que siempre se concluye resolver en esa primera napa empírica de la razón que es la cordura, porque si la libertad fuese un absurdo, la voluntad libre también lo sería. Así como el derecho que nos rige, edificado sobre sus pilares.

3.- Voluntad jurídica.

La voluntad jurídica, salva los límites de un problema de psicología individual para proyectarse en ambiente más vasto. Es propio del hombre que vive en sociedad y presupone, por ello la relación y convivencia humanas. Se traduce en el mundo exterior por un hecho perceptible, positivo o negativo, que sería ideal coincidiera siempre con el proceso interno, ya que de otro modo no puede menos de resentirse el carácter voluntario de una actividad manifestada pero no querida por su autor.

La voluntad exteriorizada que se liga a una relación o situación, sea porque de ella derivan las alteraciones de su régimen, sea porque de ella calificase pues, de jurídica. Con más brevedad, bien que usando de una terminología que repugna a los críticos del "voluntarismo", escribe Demogue: "La voluntad jurídica es la destinada a producir efectos de derecho". Su fórmula proclama una relación causal de la que muchos aborrecen, con argumentos que tal vez pueden invalidarse a la luz de la cuestión terminológica que señalamos antes.

Resulta así que en el campo de la voluntad jurídica hay lugar tanto para la actividad desarrollada en los términos que la ley consiente como para la actividad desarrollada

como para la actividad desarrollada en los términos que la ley veda. El acto voluntario lícito y el acto voluntario ilícito caben dentro de su órbita, aunque va de suyo que aquella voluntad que se ajusta a los fines superiores del derecho es siempre protegida y más de una vez estimada, en tanto que la otra, la que se dirige en un sentido contrario, obediendo a móviles que el derecho repudia, solo da lugar a la institución que provenga, sancione y restablezcan el equilibrio afectado por una conducta lesiva de los intereses de la comunidad. La voluntad jurídica abarca, pues, lo que en la terminología del Código Civil llámase acto jurídico, acto voluntario lícito que no sea, empero acto jurídico y acto ilícito.

No toda voluntad exteriorizada es una voluntad jurídica. Queda un apreciable sector carente de toda repercusión en el orden del derecho. Por lo tanto es la voluntad sana, idónea, la que interesa en el negocio jurídico.

La voluntad jurídica exige un sujeto que ostente. El razonamiento más romo nos señala al hombre como titular obligado de esa calidad, pero el extraordinario poder de abstracción de nuestro espíritu, su empuje señorial sobre el mundo que nos rodea, su incontenible y arriesgada fluidez, que lo lleva a proyectarse sobre las seres y las cosas padecerlos a su dominio, dispensarles su protección u ordenar su actividad, extienden en la legislación común el número de los titulares de la voluntad jurídica. La personalidad de derecho se posee por quien físicamente e idealmente es sujeto de esa voluntad. Todo sujeto de derecho resulta, pues, sujeto de voluntad jurídica, porque si la conclusión no es

correcta desde el punto de vista físico y mereca la impugnación de los positivistas, la ley y la doctrina acuden a mil recursos, la ficción, la representación, el reconocimiento de una realidad invisible para validarla sin restos.

Otro está que no todo sujeto de voluntad es sujeto de voluntad jurídica. La capacidad reconoce grados, lógica consecuencia de un proceso de madurez de la voluntad y de alternativa circunstancias que alteren su eficacia, lo mismo que voluntad y personalidad no son conceptos que equivalgan a se presuman en el régimen de las legislaciones.

Los sistemas de derecho se ven, pues constreñidos a delimitar una voluntad jurídica; a establecer cuales son los sujetos que la ostentan; a seguir el proceso de su madurez; a señalar los vicios que puedan invalidarla; a suplir, en fin sus eclipses y conjurar sus defectos naturales o patológico.

Nuestra ley civil, acorde con la doctrina universalmente admitida sobre el particular, en los artículos 1502 y 1503, determina los requisitos necesarios para poder celebrar un negocio jurídico. Estos requisitos son:

- a.- Debe ser seria y recta;
- b.- Provenir de persona capaz;
- c.- Debe manifestarse ya sea en forma expresa, tácita o presunta;
- d.- ser congruente.

SERIA.- Es decir que debe ser objetiva, como quiere que tienda a la realización de un fin con repercusiones en el campo jurídico. Por esto, no pueden tenerse en cuenta las manifestaciones hechas en broma o las que proceden de persona incapaz.

PROVENIR DE PERSONA CAPAZ.- Nuestra ley civil requiere que el sujeto de voluntad sea capaz conforme a la ley, definiendo al efecto que la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra, definición que abarca todo con tanto, por expresar con toda precisión y claridad un concepto de autonomía tan completo que no requiere más explicación. Sentando como principio general que toda persona es capaz, exceptuando aquellas a las cuales la ley declara incapaces. Dentro de esta excepción señala dos categorías; la de los absolutamente incapaces y la de los relativamente incapaces, artículo 1504.

MANIFESTACIÓN.- La voluntad siendo seria y proveniente de persona capaz, una vez formada, debe ser manifestada al exterior o lo que es lo mismo, debe ser declarada, a fin de que siendo conocido por los demás a quienes vaya dirigida, despierta en estos las reacciones necesarias para la producción del acto jurídico. Expresa, cuando la voluntad se determina o manifiesta por signos sensibles como la palabra o la escritura. Tácita, en cambio de lo anterior, que se realizan actos que muestran íntimamente ligados con una determinada inclinación de voluntad de modo que ésta se deduce por un proceso lógico de asentimiento. En determinadas situaciones, el silencio puede también tenerse como signo de una voluntad tácita, cuando debiendo hablar una persona no lo hace.

CONGRUENTE.- Se exige que la manifestación externa está de acuerdo con el querer interno de quienes la emiten. La declaración de voluntad en sentido jurídico, es un acto complejo integrado por una serie de representaciones psíquicas que desembocan por así decirlo, en un acto último de volición que viene a ser como la causa determinante de la voluntad encaminada a la obtención del objetivo apetecido. La declaración viene a ser como la versión al mundo exterior de ese acto interno, y siendo lo así, está fuera de toda duda que ella debe reflejar exactamente el acto psíquico a que obedece, sin lo cual no puede tenerse el acto declarativo como la expresión libre la voluntad.

SANA.- Es decir que la voluntad para que produzca efectos jurídicos debe ser sana, es decir que no adolezca de vicios. La jurisprudencia ha sido unánime al establecer que los vicios que pueden afectar la voluntad en el campo jurídico son los siguientes: el error, la violencia y el dolo, a los cuales puede agregarse también la lesión.

4.- Teoría del negocio jurídico y del contrato.

La doctrina moderna distingue en razón de su importancia la figura del negocio jurídico, en la que envuelve todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho como tales, de la del contrato, que representa solo una especie del género negocio. De la teoría del negocio jurídico, y por ende de los problemas y principios comunes a la totalidad del campo de la autonomía privada se ocupa la doctrina general del derecho Civil, mientras que de la teoría del contrato, que a su turno constituye una figura general y abstracta respecto de los va-

rios tipos de contratos, se trata a propósito de las obligaciones y como parte preliminar del estudio de los principales contratos en forma de planteamientos de problemas y búsqueda de soluciones propias de tal materia.

La doctrina del legislador es distinta: se mantiene dentro del sistema tradicional y se limita de ese modo a regular la disciplina general de los contratos en el libro cuarto, título XIII, que trata de las obligaciones en general y de los contratos.

Debemos tener presente que la figura del contrato, constituye la categoría más ampliamente difundida y más representativa del negocio jurídico y que solamente con relación al contrato se cuenta con una disciplina normativa común a toda materia, lo cual facilita la construcción de una teoría unitaria y armónica en todos sus puntos. Con esto no queremos rechazar, como lo plantea una reciente doctrina, la propia validez de la noción y de la teoría del negocio jurídico, ya que para nosotros está se apoya solidamente en el fenómeno general y unitario de la autonomía de los particulares y encuentra así su propia razón de ser y su explicación en la comunidad de los problemas que se plantean para todos los negocios.

La moderna elaboración doctrinal de la figura del negocio, constituye uno de los capítulos más fructuosos de la dogmática moderna. El debate abarca puntos y aspectos tan variados como son los problemas fundamentales que la teoría del negocio debe resolver, en especial, lo decimos para dar orden a la exposición, el aspecto y los problemas de la

estructura, la función y la eficacia.

Con relación a la estructura, la doctrina todavía predominante se inclina a la concepción del negocio como declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, cuando menos efectos prácticos tutelados por el derecho. Según ésta la voluntad constituye la esencia misma del negocio, mientras que la declaración identificada con la mera posibilidad de reconocer el querer interno, representaría el otro elemento constitutivo del negocio, en el sentido de que soñotravés suyo puede -- considerarse realizada la voluntad.

El problema que esto plantea, son las discusiones que se suscitan cuando hay contratos entre voluntad y declaración y viene siendo resuelto por regla general atribuyéndole predominio a la voluntad, salvo que el vicio del querer sea imputable al declarante, o a menos que, excepcionalmente se conceda valor a la protección de la confianza del destinatario, propugnada por el criterio opuesto.

En cuanto respecta a la función, se insiste en que todo acto de voluntad significa negocio, sino solamente aquel que corresponde a una causa adecuada según el ordenamiento y así viene a delinearse este otro elemento esencial del negocio jurídico que se suele agregar a los ya considerados voluntad-declaración para completar el análisis de la figura, combinando sus varios aspectos.

El problema de la eficacia, superada ya la antigua discusión sobre la eficiencia causal de la voluntad privada o de la ley, la doctrina --

concuerda en su mayoria en la configuración del negocio, según el esquema lógico formal de supuesto de hecho jurídico, del cual se sirve para realizar una más amplia y definitiva noción del negocio, tomándolo como conjunto de elementos, presupuestos y requisitos que commúnmente son necesarios para la realización de los efectos requeridos por las partes.

La concepción tradicional hasta aquí referida, no siempre uniforme es objeto de censuras en sus diferentes aspectos, tan vivaces que en los últimos tiempos han llegado a dirigirse incluso contra la propia teoría del negocio. La crítica se endereza principalmente contra el valor y el significado del elemento voluntad como factor esencial de la figura, para asumir una posición adversa a la definición del negocio como declaración de voluntad, a la que se replica diciendo que la expresión VOLUNTAD, (querer, queriendo) es de suyo equívoca, que por otra parte no es apta para resumir la esencia normativa del negocio, y que en fin, no puede explicar una serie de configuraciones del negocio, para los cuales se proyecta fórmulas irreales y artificiosas, por ej: la idea de una fusión de voluntades para explicar el negocio que es obra de dos partes. A un mismo tiempo equívoca y genérica, si que también contradictoria, la noción de declaración de voluntad debe ser considerada en conjunto, en cuanto se apoya según sus propios autores, en sus dos elementos constitutivos, uno interno, síquico y otro externo formal, que como tales aparecen antitécnicos y por lo general no pueden reducirse en forma correcta a la unidad.

5.- Concepto y límites de la autonomía negocial.

La figura del contrato se basa en el fenómeno de la autonomía de los particulares el cual debe orientarse en definitiva al análisis y en el que encuentra su explicación adecuada. La noción de autonomía privada o negocial no se identifica dentro de esta nueva perspectiva con la libertad del querer, tal como pudiera pensarse por quien se adhiera a la concepción voluntarista, sino que a su más correcto significado y precisión de la posición de principios que quiera adoptarse frente al concepto de negocio, alude al poder de los particulares para darse por sí reglas en el campo de las relaciones económicas sociales, (distinguiéndose así esta autonomía de la libertad interna y moral del sujeto). En el estado actual de la evolución del derecho a esta aptitud de los particulares disciplinar sus propias relaciones le está atribuido de suyo relevancia jurídica. La noción del negocio jurídico sirve para expresar a cada individuo, fuera de los antiguos límites formales, en este sentido como categoría lógica descriptiva de la materia en su integridad.

Desde este punto de vista en nuestro ordenamiento jurídico hay una norma que estipula que los particulares pueden determinar con arreglo a su propio criterio el contenido del contrato, solo que dentro de los límites impuestos por la ley, cosa que exige, tratándose de un momento negativo, por lo menos en apariencia, una explicación de como puede conciliarse el principio de la autonomía negocial con esas limitaciones y más específicamente, de como puede influir la disciplina en la autorregulación de los intereses particulares sin cercenarla.

En concreto resulta sencillo explicar como la actividad de los particulares en tales campos permaneciendo libre ha de someterse a la disciplina dictada por el ordenamiento jurídico, que le impone una serie de cargas y límites por ej: (requisitos subjetivos, objetivos etc.), a los cuales ha de ajustarse sin vacilaciones los interesados, si es que quieren alcanzar sus propias finalidades dentro del derecho.

é.- Teorías sobre la voluntad real y la voluntad declarada.

Un problema de vasta resonancia en la teoría del contrato es la protección de la voluntad del sujeto, y para ello hay necesidad de remitirnos a la posición adoptada por la doctrina tradicional, que ve en la voluntad el elemento esencial del negocio y pretende resolver de acuerdo a este criterio, todos los problemas de su reglamentación.

Por este aspecto se contemplan los casos de ausencia total de voluntad (o de voluntad del acto), de divergencia entre voluntad y declaración (o falta de voluntad del contenido), y en últimas los vicios del consentimiento.

La teoría de Savigny considera que la voluntad es el elemento principal del negocio jurídico: lo que el derecho realiza y dota de consecuencias jurídicas es el querer del individuo, mediante el cual se manifiesta la propia autonomía en el campo de la vida social. Sin embargo la voluntad como estado interno necesita explicarse, hacerse sensible y la declaración sirve a esta función exteriorizadora. La declaración es un medio de revelación, de manifestación; pero lo esencial, lo jurídicamente eficaz, es la voluntad.

La declaración de la voluntad surgió como una justa reacción contra los efectos nocivos derivados de la aplicación absoluta de la teoría volitiva, reacción impuesta por las necesidades crecientes del comercio y de la vida moderna, que exigían mayor seguridad y rapidez en las transacciones y sobre todo, el respeto a la buena fé de los contratantes que habiendo contratado sobre la creencia en la sinceridad de la contraparte se veían muchas veces expuestos a su malicia y mala fe, aprovechándose de los subterfugios que les deparaba la aplicación rigurosa de la anterior teoría.

El contenido de la teoría de la declaración parte de la vida de relación del hombre, éste materializa sus pensamientos íntimos a través de sus manifestaciones externas; desde luego si aparecen claras, no hay razón para juzgar que ellas no sean el producto de su voluntad, pues el hombre no se liga con sus semejantes a través de sus simples voliciones psíquicas, sino de hechos sensibles. Por lo tanto la manifestación de la voluntad destinada a surtir efectos entre la esfera jurídica, lo único que tendrá validez, una vez que el derecho no reconoce eficacia sino a la voluntad exteriorizada.

El fundamento jurídico de esta teoría se fija en la responsabilidad moral que asume un contratante ante la otra parte y ante los demás, al emitir una declaración destinada a tener repercusiones jurídicas, pues, no sería moral, ni jurídico que quien contrata confiado en la palabra del emitente, sufriera después perjuicios por su causa, la buena fe de los terceros y de las partes deberá ser protegida a todo trance por el derecho.

Al hacer primar en la teoría volitiva el elemento suprasensible de la voluntad interna y al considerar en la declarativa la sola manifestación interna, se comprende que ambas teorías parten de bases completamente opuestas, como que su principio último o razón de ser descansan en concepciones filosóficas y sociales antagónicas, puesto que la primera se funda en el concepto de la individualización de la supremacía de la voluntad individual, en tanto que la segunda se apoya en una concepción socialista, en la que los hechos sociales de la declaración son la única fuente de todo derecho en materia de convenciones.

Las anteriores teorías son defectuosas, en cuanto no aprecian en general las diversas funciones que ejercita la voluntad en las varias especies de los negocios jurídicos. Nace por lo tanto una tercera teoría denominada de la responsabilidad, que trata de encontrar una solución que satisfaga por igual los intereses de ambos contratantes, puesto que así lo exige la justicia, que resumiendo el concepto fundamental de la responsabilidad que tiene todo emisor de emitir una declaración de voluntad por el solo hecho de hacerlo, establece que en caso de disconformidad entre voluntad interna y la declaración, debe prevalecer la primera, ya que no es posible admitir una declaración sin intención en la misma medida en que no sería posible dar validez a una intención no manifestada, y que en tal virtud, el negocio será nulo, menos cuando los motivos de esa nulidad sean imputables a la culpa del declarante, pues que entonces la declaración es perfecta, ya que nadie puede aprovecharse de su culpa ni de su dolo para atentar contra la buena fé de la persona con quien contrata.

Dentro del derecho Civil Colombiano el problema de la declaración de voluntad ha sido delucidado de acuerdo al artículo 1746, o sea que se mantiene en un término medio, conforme al cual se apuran por igual los intereses individuales y los sociales, reconociendo de una parte que es la intención de los contratantes la que debe ser tenida en cuenta en materia de interrelación de las declaraciones de voluntad, pero que por graves motivos de seguridad y de amparo a la buena fé de los terceros, hay ocasiones en que debe estarse a la declaración literal, pero todo lo cual es necesario que se consulte en cada caso las circunstancias específicas en que se celebró el acto e indagar la buena o mala fé de las partes y a la vez de los terceros, ya que el amparo de la ley les dispensa a éstos, según el propio texto legal, no obedece sino al concepto de su buena fé.

CAPITULO II

SIMULACION.

1.- Conceptos.

La palabra simulación se deriva de la voz latina Simulare que significa fingir o hacer aparecer lo que no es la realidad. En lenguaje corriente significa hacer aparecer lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe. Simular es hacer similar, dar aspecto y semejanza a lo no verdadero.

Consiste, pues, este proceder en mostrar como real una cosa que no existe, en engañar a terceros haciéndoles ver como real lo que es sólo una ilusión. Se trata entonces, de una ficción que puede presentarse en todos los campos de la actividad humana: en lo material, en la esfera de lo moral y en el orden de lo social. "El fingimiento nos dice el profesor Mario Guerrero - ha sido y será siempre una de las formas más socorridas de actuación del espíritu humano en la lucha por la existencia y en el plano cada vez más creciente de las relaciones políticas, económicas y sociales".

El Dr. Valencia Zea define la simulación diciendo que: "La simulación es el acuerdo de las partes de emitir concordantes declaraciones de voluntad contrarias a lo que realmente quieren con el fin de engañar a terceros".

En su tratado de derecho civil francés, Planiol y Ripert sostienen que: "hay simulación cuando consientemente se hace una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente cuyos efectos son modificados o su-

primidos por otra convención, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta!"

Igual es la definición que nos da el profesor Julliot de la Morandière. Estima el ilustre profesor que se presenta la simulación cuando "Las partes habiendo celebrado una convención aparente, modifican o suprimen sus efectos por medio de otra convención, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta."

Para Antonio Rocha, simular consiste en "celebrar públicamente un acto o contrato, pero al mismo tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente. Suele llamarse al acto público aparente u ostensible y al acto secreto privado, oculto o disimulado".

Según Rover, "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 tan sólo una parte, La otra parte la que dice que la declaración manifiesta no debe tener efecto alguna queda escondida".

De los anteriores conceptos nos damos cuenta que se desprenden dos acepciones que más tarde hablaremos de ellas, ya que de aquí es de donde se desprenden las clasificaciones de simulación absoluta y simulación relativa:

- a.- Hacer aparecer una cosa distinta de la realidad;
- b.- Ocultar esta realidad, caso en el cual se dice que se disimula con algo que se finge.

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos son muchas las definiciones que se han dado acerca de esta figura jurídica. Definiciones que no han tenido la aceptación por la mayoría de los autores, ya que al definir la han pecado por defecto o por exceso al tratar de señalar los elementos que la integran. Así por ej.: para muchos la simulación implica todo acto de fingimiento de la voluntad, con la cual se involucran figuras afines que están muy lejos de explicar el concepto jurídico de la simulación tal y como se lo ha entendido siempre a través de la doctrina y la jurisprudencia. Para otros, la simulación entraña un concepto moral, según el cual el fingimiento que se emplea conlleva necesariamente la idea de fraude, desde que se dice, que la finalidad que se persigue no es otra que la de engañar a terceros. Un tercer grupo no acepta este criterio y viendo en la ocultación un fenómeno de simple aplicación del principio de la libertad de las convenciones sostienen que esta figura no envuelve necesariamente un concepto ético, porque en todos los casos el fingimiento de la realidad o su ocultación no puede implicar un fraude, ya que puede darse respecto de actos lícitos.

La naturaleza intrínseca de la simulación ha sido así mismo materia de controversia entre los autores, porque mientras muchos le han venido considerando como vicio de los actos jurídicos que conduce a la nulidad, otros en cambio han reconocido en ella una categoría autónoma de convenciones con lineamientos propios que le dan fisonomía individualizada y específica.

Igual cosa se puede afirmar acerca de su estructura jurídica, de sus efectos y alcance de estos, de la acción que conlleva, de las personas que la ejercitan y de los actos a que se aplican, todo lo cual ha contribuido a oscurecer el concepto jurídico, ofreciendo desde luego serias dificultades para su definición, pudiendo decirse, que, siendo en la actualidad una de las figuras más socorridas en el campo de los negocios de la vida moderna que exigen cada vez mayor simplificación de recursos y medios de efectividad, resulta ser una de las más complicadas de definir.

El doctor Francisco Ferrara nos trae uno de los mejores conceptos acerca de la simulación. Según este autor "Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real emitida consientemente 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".

Al pasar el concepto de la simulación al campo jurídico vemos que su naturaleza no se pierde y que más bien sus conceptos se integran, puesto que de una parte se aparenta lo que no es y de otra se encubre una relación jurídica real, con una relación fingida. En todas las aplicaciones de la Simulación se trata de una mentira consiente para engendrar en los demás una ilusión falaz; de un disfraz que tiene distinta importancia según que sea o no elemento del dolo.

El radio de acción de la simulación es tan amplio que la ficción en que consiste puede presentarse en todas las actividades del mundo social, y por ende en las ramas del derecho ya sea penal, laboral, comercial, etc.

2.- Elementos de la simulación.

En cuanto a sus elementos la mayoría de los autores están de acuerdo ya que los contratantes en la simulación se ponen de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan al cabo realmente o no en aquella forma visible de que se sirve como instrumento para engañar a terceros. Estos elementos del negocio simulado son:

- a.- Concertación de un acuerdo entre las partes;
- b.- Una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con el querer interno de los contratantes;
- c.- Finalidad de engañar a terceros.

Como la simulación representa una categoría de las convenciones, por lo tanto requiere un acuerdo previo entre los contratantes interesados en llevarla a cabo. Se trata de fingir una relación de derecho, hacer aparecer como realizado un contrato que no existe, producir una ilusión para poder conseguir los objetivos que se persiguen. Sin este acuerdo previo es imposible llevar a cabo la simulación, porque solo mediante él se puede formar la apariencia, se discuten sus detalles y al propio tiempo se discuten y precisan sus finalidades.

Lo que caracteriza la simulación es el hecho deliberado de hacer una declaración de voluntad diferente al querer interno de los contratantes. Estos o no quieren en realidad el negocio, al menos en la forma como aparece expresada aparentemente la voluntad, o si no lo desean que ello aparezca al público, y si bien hay un consentimiento expreso en hacer la declaración en manera alguna se quieren sus efectos, pues, solo lo que persiguen

es una de dos cosas; hacer aparecer lo que no existe en la realidad o por-
que tratan de ocultar la modificación de su esfera jurídica. La voluntarie-
dad en la divergencia es lo que distingue la simulación del error, en el -
cual existe también contradicción entre lo querido y lo declarado, pero in-
voluntariamente y causal. La disconformidad entre lo querido y lo declarado
es común a ambas partes ya que es concertada entre ellas, por lo tanto am-
bas partes conocen de antemano lo que se va a hacer de modo que ninguna de
ellas pueda llamarse a error.

Como tercer elemento del negocio simulado está el de engañar a terce-
ras personas, ya que se trata de aparecer ante ellas la realización de un
contrato que solo existe en apariencia fingiendo la formación, modificación
o destrucción de una determinada relación de derecho, cuando en realidad no
se ha realizado nada, claro está que no debemos confundir la intención de
engañar con la de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lí-
cita y en otros casos una actitud de perjudicar. Si el fraude ocurre en mu-
chos casos de simulación, este no es elemento esencial de ella y desde lue-
go no puede decirse que sea esencialmente ilícita. La simulación considera-
da en sí misma, resulta ser una figura incolora y son los móviles con que
se ejecute o la finalidad que se persiga, lo que le da un contenido ético
a su formación.

La finalidad del engaño con fines jurídicos, no del simple engaño ge-
neral como lo sostienen algunos autores, es lo que hace que la simulación
se diferencie igualmente de otras figuras o formas de declaración de volun-
tad, cual acontece en las que se hacen por broma.

De este elemento integrante de la simulación, consistente en el ánimo que deben abrigar las partes de inducir a engaño a los terceros, que la mayoría de los civilistas coinciden en señalar como condición indispensable para la existencia de la figura, también nuestra Corte se ha ocupado de este requisito al estatuir que "la declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. Implica siempre (la simulación) el ánimo de engañar" que "en derecho simular significa mostrar una cosa como no es y ocultar lo que es, con una sola finalidad: el engaño".

Vale la pena anotar que el deseo de engañar a terceros, que hemos anotado como elemento integrante de la simulación, viene a completar la estructura del fenómeno. En efecto, fuera de él y de las declaraciones que las partes, deliberadamente y en desarrollo de un entendimiento entre ellas emiten en desacuerdo con su voluntad interna, ya nada más se requiere para la existencia de la simulación. Por tanto, poco importa que los agentes logren o no alcanzar los fines prácticos que los determinaron a simular y, más aún, ni siquiera es relevante para la perfección de la simulación, el que efectivamente se consume el engaño pretendido; basta con la conducta de los que simulan haya sido propulsada por el deseo de engañar.

3.- Teorías sobre la esencia jurídica de la simulación.

Han surgido tres grandes escuelas del pensamiento jurídico en relación con la determinación de la esencia jurídica del fenómeno de la simulación, escuelas que han llegado a denominarse tomando la nacionalidad de los tratadistas que han venido abordando el estudio especialmente en los

tiempos modernos a saber:

ESCUELA FRANCESA.- Expone la esencia de la simulación de la siguiente manera: " Hay simulación cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente, cuyos efectos son modificativos, suprimidos o descartados por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta" . Concepto que el profesor Juliet de la Morandière desarrolla y precisa así: " Hay simulación cuando las partes habiendo celebrado una convención aparente, modifican o suprimen sus efectos por medio de otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta". Por lo tanto las características de la simulación dentro de esta teoría son:

- a.- Las partes estén plenamente de acuerdo sobre lo que quieren hacer, ellas no se engañan mutuamente;
- b.- El acto que modifica al primero, es contemporáneo del primero. La simulación supone que el primer acto no tiene en el espíritu de las partes, -- ningún valor desde el momento en que lo verifican y que la segunda convención que es la real es contemporánea de la primera.
- c.- El acto modificador es un acto secreto, tal acto no debe revelar que él disimula otro.

Conforma a lo expuesto por los anteriores autores la esencia de la simulación radica en una convención aparente seguida de otra convención 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 suceden 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 manera que si no existe una segunda convención firmada por ambas partes en la cual se expresen los términos en que se considere alterada la primera, o suprimida alguna parte de ella, o modificada en alguna forma, no será posible hablar ni demostrar la simulación.

En concreto lo que caracteriza la simulación dentro de esta doctrina, es el fenómeno de sustitución o prevalencia de una convención real sobre una aparente.

ESCUELA ALEMANA.- Según Rover y Kolher que son los expositores de esta teoría enuncian sus puntos de vista de la siguiente manera: Rover dice que "Simular tanto quiere decir como emitir una declaración que contiene 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 tan solo 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 que la ley no puede atribuir efecto alguno jurídico a una declaración que dice, por sí misma - que no quiere tenerlo".

Para Kolher "La simulación ofrece el espectáculo de que las partes emiten una declaración dentro del mismo negocio, de suerte que ambas se neutralizan recíprocamente. No debe creerse que existen dos negocios que se excluyen sucesivamente, en el elemento de la declaración está contenida también la contradecларación aunque se fije 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 comprende. El negocio simulado es un negocio único con dos declaraciones que se neutralizan recíprocamente. Por eso no es una burbuja de jabón, una simple forma, por falta de una declaración jurídica: al contrario, hay una declaración, pero que, por quedar neutralizado su contenido, no produce efectos. El negocio simulado no es un negocio inexistente, sino un negocio sin resultado jurídico".

Según esta doctrina la simulación no desceza, como lo sostiene la escuela anterior, en la consideración de dos convenciones contradictorias que se suceden en el tiempo, de las 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 contradecación simultáneas 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 esta doctrina. Como se ve, no se da en esta doctrina como en la francesa un fenómeno de sustitución o prevalencia de lo real sobre lo aparente sino el de neutralización o esterilización de un negocio que aparece tal y que en realidad no lo es.

ESCUELA ITALIANA.- La esencia de la simulación en la doctrina italiana no consiste en ninguno de los puntos expuestos en la doctrina francesa, ni la alemana, sino en un solo acto de declaración de voluntad constituido por dos elementos distintos e independientes, uno de los cuales permanece secreto y está destinado a guardar la realidad del convenio llevado a cabo entre los contratantes, mientras que el otro se extiende osten-

siblemente para el público y está destinado a producir la ficción o el engaño respecto de terceros. Las partes convienen previamente en celebrar un contrato simulado y una vez convenido, lo ejecutan mediante la declaración escrita y pública del acto fingido, quedando cuando se consuma, consumado igualmente el acto o contrato simulado. La parte secreta del convenio simulado que se denomina contraestipulación por los autores, no es ni una convención contraria, ni modificativa de los efectos de la declaración pública, sino simplemente una explicación de lo convenido que, aunque ordinariamente se extiende después del acto o declaración ostensible o pública por escrito, puede no serlo, pues su fin es apenas declarativo o aclarativo de la realidad de lo acontecido.

En ésta doctrina la diferencia con las dos anteriores radica en que la simulación se constituye desde el momento mismo en que las partes acuerdan producirla, quedando agotada con el acto público; de donde resulta que lo que en la escuela francesa y la alemana representa el punto de partida, en la italiana lo es el de llegada, en cuanto a la constitución del acto simulado.

Del concepto de simulación que predica esta escuela es de donde parte la clasificación que más adelante veremos: Simulación absoluta y simulación relativa, atendiéndose exclusivamente al contenido esencial del acto que se dice simulado.

Como en esta teoría el acto simulado es uno y único en su constitución y en su forma desde cuando lo convinieron las partes, no siendo como en la teoría francesa y la alemana el efecto de la concurrencia de dos convencio-

nes contrarias, su existencia es autónoma tanto respecto del acto público como de la llamada contraestipulación y de ahí el que se deseche por completo el acto ostensible una vez descubierta la simulación y que la contraestipulación solo tenga el carácter de prueba documental de la simulación.

Lo que se entiende por contraestipulación en la teoría francesa, no existe en la italiana, porque en aquella representa una de las convenciones que integran el acto simulado, la secreta, que tiene por objeto suprimir, alterar o modificar los efectos del acto público y en último término prevalecer sobre éste, al paso que la última no tiene dicho carácter, ni se ha hecho para suprimir, ni alterar, ni modificar nada, ni tiene por objeto prevalecer sobre nada, sino que es simplemente la constancia o prueba documental de la simulación llevada a cabo, y nada más.

Reducida pues, la contraestipulación a una simple constancia de la simulación llevada a cabo, de sus términos resultará demostrado el convenio simulatorio de las partes, el que puede dar por resultado la existencia de una convención de contenido real y específico y con modalidades definidas, tendientes a modificar las relaciones jurídicas de las partes, o una convención de contenido puramente ficticio, o sea, que al celebrarla, las partes no tuvieron en miras modificar en forma alguna su esfera jurídica, sino producir únicamente una ficción con el objeto de ocultar una situación que no querían que se afectase en forma alguna. En el primer caso se estará en presencia de una simulación relativa, porque detrás del acto aparente o público habrá un acto real y serio que las partes convinieron en llevar a cabo con todas sus consecuencias. En el segundo, habrá una simulación absoluta.

4.- La simulación en la legislación Colombiana.

Nuestro Código Civil en el artículo 1766, reproduce el texto del Código francés y establece que:

"Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

Este texto enunciado anteriormente, es el que forma actualmente el esquema global en que se desarrolla en nuestro derecho esta figura de la simulación. Claro está que no todo el tiempo ha tenido el mismo alcance, dado en la época actual, ya que según jurisprudencia anterior, la simulación fue tratada hasta 1935 como sinónima de nulidad, sobre la base de que el negocio simulado le faltaba el consentimiento y la causa y sobre el concepto generalizado de que él implicaba necesariamente fraude a terceros o a la ley, se sometió íntegramente su contenido al estatuto de la nulidad, si bien diferenciándola en cuanto a sus efectos para no perjudicar a terceros. Por lo tanto la simulación durante mucho tiempo en nuestro derecho se le equiparaba a la nulidad y se aplicaba la sanción establecida para la nulidad absoluta es decir el artículo 1742.

El hecho de identificar a la simulación con la nulidad, la simulación perdió totalmente su fisonomía, quedando desde este punto de vista doctrinal y jurídico casi completamente relegada, la acción de simulación no e-

xió y en los casos que hubiera podido ejercitarse conforme a la doctrina universalmente establecida, sólo era permitido hacerlo respecto de los aquellos a quienes se hubiera reconocido interés en declarar nulo el contrato, así como también el ministerio público en interés de la moral y de la ley.

No se reconocía personería jurídica a la simulación, ni desde el punto de vista intitucional ni desde el plano de la acción; se privaba a las partes contratantes, y desde luego a sus herederos de alegarla, ni tampoco se reconocía acción a los acreedores, para quienes quedaba reservada la acción revocatoria únicamente, como el medio accional de ejercer sus derechos. De esta suerte, la doctrina de la simulación acabó por perder todo interés jurídico tanto desde el punto de vista práctico como desde el punto de vista especulativo, razón por la cual durante un largo lapso permaneció ajena a toda inquietud científica.

Fue pues necesario un cambio de rumbo político para que las nuevas inquietudes que comenzaban a abrirse paso a través de la difusión científica propalada por institutos y facultades privadas que, dejando aparte el lema confesional y arbitrario, propugnaron por imprimir un movimiento de renovación doctrinal. La nueva orientación que rompió de tajo el velo de prejuicios que impedía la evolución, permitió la renovación del personal del más alto Tribunal de Justicia de la República, haciendo que elementos nuevos integraran sus cuadros y quienes se dieron a la tarea de renovar el trabajo jurisprudencial y actualizarlo con el aporte de las concepciones científicas de las corrientes en boga ya mucho tiempo en en otras latitudes, de las naciones civilizadas y cultas.

Hecho este de trascendental importancia que abrió nuevos caminos a la ciencia jurídica ora desde el punto de vista doctrinal como legislativo, que se reflejaron luego en la revisión de los estatutos penal, administrativo y finalmente en lo civil y económico.

A partir de 1936 comienza una nueva época para la figura jurídica de la simulación, con la derogación del artículo 1742, ya que como dijimos anteriormente este era el que se aplicaba y constituía una traba para la simulación,, la difusión de la doctrina francesa que fue estudiada y aplicada por la Corte Suprema de Justicia y luego la labor de adaptación que ella emprende sobre la norma legal establecida mediante una obra ponderosa de comparación y síntesis, representa el avance definitivo para la aplicación en el futuro y de los últimos tiempos de esta figura jurídica de la simulación.

Vemos algunos conceptos que de la simulación se encuentran en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:
En la sentencia de casación de fecha 30 de septiembre de 1936, cuyo magistrado ponente fue el doctor Antonio Rocha, manifestó que "el fenómeno jurídico de la simulación consiste - globalmente enunciado- en celebrar abiertamente un acto o contrato y en convenir, al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada, que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público".

En la decisión del 19 de julio de 1949, la Corte acoge el concepto del tratadista italiano Brugi, quien en su obra "Instituciones de derecho

civil", afirma: "La simulación consiste en una declaración en desacuerdo deliberado con la voluntad, encaminada a dar lugar a la simple apariencia de un negocio jurídico bilateral o a ocultar dentro del negocio aparente otro realmente querido".

En providencia de la Corte de fecha 16 de mayo de 1968, cuyo proyecto fue elaborado por el doctor Fernando Hinestrosa, leemos: "En la simulación se cumple, por acuerdo de los interesados, una finalidad particular disconforme con la que es propia del negocio aparente que ellos emplean, con la presentación de un simulacro ante terceros, tendiente a fingir el traslado de un derecho o la constitución de un crédito, o a esconder un tratado distinto del que se ostenta, o a celebrar este mismo, pero con caracteres diferentes.....Las partes contratantes, o quien emite una declaración y aquel que la recibe, imbuidos en un mismo propósito, acuden a un procedimiento, anómalo pero tolerado por el derecho, mediante el cual su dicho público se enerva con su dicho privado, creándose así un contraste evidente, no entre dos negocios diversos, pero conexos, sino entre dos aspectos de una misma conducta, constitutivos de un solo compuesto negocial, pasos integrantes necesarios de un iter dispositivo único aun complejo".

C A P I T U L O I I I

CLASIFICACION DE LA SIMULACION.

Al estudiar los diversos autores, vemos que no todos concuerdan en la clasificación de la simulación. Así tenemos que el Dr. Mario Guerrero en su obra "La simulación en el derecho colombiano", la clasifica en: Simulación absoluta, simulación relativa, simulación total, simulación parcial simulación lícita y simulación ilícita.

La gran mayoría de doctrinantes concuerdan en la clasificación de la simulación en absoluta y simulación relativa, y como una subclasificación de las anteriores en: total, parcial; la simulación relativa a su vez puede ser: por naturaleza del negocio, de la interposición de persona y de contenido o condiciones.

Para nuestro estudio hablaremos más extensamente sobre la simulación absoluta y simulación relativa y daremos un concepto de las otras, para luego emitir nuestras opiniones al respecto.

1.- Simulación absoluta.

En esta clase de simulación los contratantes aparentan celebrar un negocio que no han querido en ninguna de sus partes.

Existe simulación absoluta, cuando se celebra un contrato que nada tiene de efectivo o de real, porque las partes no han querido afectar en

modo alguno su situación jurídica, limitándose su voluntad a producir y sostener una simple ficción con el fin de engañar a terceros haciéndoles creer en la realización de un convenio serio, siendo así que solo se ha limitado la voluntad a la ficción y nada más. No es que exista en modo alguno acto de voluntad, que si lo hay desde que se conciertan para producir y sostener ficción, sino que fuera de esto no se quieren que se produzcan efectos jurídicos de ninguna naturaleza en la esfera patrimonial.

Con simulaciones absolutas, las compraventas aparentes en que no existe intención de transmitir el dominio por parte del vendedor, ni de adquirirlo por parte del comprador, igualmente las donaciones que contraen forma sin intención de obligarse.

El negocio simulado en forma absoluta suele emplearse para disminuir el activo (compraventa de confianza), o para aumentar el pasivo (deudas fingidas); que en la mayoría de los casos se efectúa en perjuicio de terceros o de la Ley. Esta clase de negocios se denomina en la doctrina "Negocios ilusorios" o "negocios vacíos", de ellos solo existen en la apariencia la forma exterior representa un continente sin contenido.

El fin principal del negocio simulado, es el de que las partes se proponen producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del pasivo para, de esta forma frustrar la garantía de los acreedores e impedir sus satisfacciones. El negocio simulado es el medio más frecuente y más terrible a que acuden los deudores para hacerse insolventes en apariencia, escapar al cumplimiento de sus obligaciones y toda su astucia se emplea en ocultar con cuidado su propósito secreto, dando a los ac

tos no realicen un aspecto inocente, de tal modo que no pueda transparen-
tarse la ficción.

Un ejemplo de simulación absoluta para disminuir el activo sería: Se vende ficticiamente todos o gran parte de los bienes patrimoniales a un amigo de mucha confianza que se encarga de hacerlos aparecer como integrantes de su patrimonio, extendiéndose al efecto la correspondiente escritura de compraventa, si se trata de bienes raíces por un precio aparentemente convenido, luego se hace registrar para que todo el mundo crea o suponga que se trate de una operación realmente concluida, con la advertencia de que una vez que haya pasado el tiempo de peligro en el que los acreedores hubieran podido recaer sobre sus bienes, el ficticio comprador volverá a otorgar otra escritura de venta en favor del vendedor, para destruir así los efectos del registro. No hay entrega del precio, y a veces finge dichos en nuestros hechos por el mismo supuesto vendedor, o apelando hasta a prestamos con elevados intereses de cuyo pago se hace cargo luego el mismo vendedor. Ordinariamente se estipula que en caso de muerte, la contraescritura pase a sus herederos.

Como ya lo hemos expresado, cuando la simulación es absoluta, aparte del concierto para producir la ficción, que es seguido por la declaración del negocio simulado, no existe nada más, puesto que los agentes, en realidad, no obran ningún propósito comercial, no quieren introducir ninguna novedad en la esfera de sus relaciones jurídicas. "Las partes además de no tener la voluntad que declaran, no tienen ninguna otra".

2.- Simulación Relativa.

En la simulación relativa, a diferencia de la simulación absoluta, si existe algún contenido negociado, aunque velado o disimulado, tras una falsa declaración pública. O en otras palabras existe simulación relativa, cuando las partes contratantes celebran un contrato real y serio con el ánimo de modificar su esfera jurídica, pero la encubren con otro de naturaleza distinta, o que tiene un objeto diverso del real, o haciendo aparecer una persona distinta de la cual a quien trata de hacerse la atribución económica de los bienes o derechos que se afectan.

En la simulación relativa, los contratantes realmente han querido un determinado negocio disfrazándolo, en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio solo sirve para engañar al público; pero detrás de esa falsa apariencia se esconde la verdad de los que las partes han querido realizar y sustraer al conocimiento de los terceros.

Las variedades de esta simulación son:

- a.- De naturaleza del negocio;
- b.- De interposición de persona;
- c.- Del objeto del contrato.

DE NATURALEZA DEL NEGOCIO.- Esta clase de simulación se presenta cuando se oculta la verdadera naturaleza jurídica de un negocio bajo la

aparición de otro, como cuando las partes acuerdan celebrar una donación; pero por cualquier razón, deciden disfrazarla con el ropaje propio de un contrato de compraventa. El transmitente quiere transmitir el derecho al adquirente, las partes disimulan esta transmisión gratuita haciéndola aparecer como onerosa. Los contratos simulados que disimulan el que realmente han querido las partes, pueden ser inofensivos, como cuando alguien dona a un pariente pobre un bien, pero se oculta la gratuidad por consideraciones de orden moral o social. En otros casos esta clase de contratos persiguen violar la ley o causar perjuicios a terceros. Teniendo en cuenta que las donaciones de determinado valor están sometidas a ciertas formalidades y además al pago del respectivo impuesto, las partes pueden eludir tanto las formalidades como el pago de los impuestos de donaciones, disimulando la verdadera operación mediante la venta u otro contrato oneroso.

DE INTERPOSICION DE PERSONA. -- Cuando se finge la intervención de alguno de los contratantes o de ambos, haciendo intervenir a otras personas que no son en realidad las que deben figurar en el contrato. Esta clase de simulación constituye uno de los problemas más intrincados de la ciencia moderna, debido a la tendencia muy marcada que se ha observado de pretender someter a una misma reglamentación dos instituciones de naturaleza diferente como son la simulación y el mandato. Un ejemplo de esta clase de simulación está en que la ley prohíbe las compraventas de inmuebles entre conyuges; para eludir esta prohibición, el esposo vende a un tercero con el objeto de que éste más tarde transmita el bien o su equivalente en dinero a la esposa.

DEL OBJETO DEL CONTRATO.- Se opera esta clase de simulación, cuando se cambia el contenido de la prestación. Es decir los participes en un negocio jurídico no buscan ocultar su naturaleza; la declaración que los contratantes hacen para el público, corresponde a un negocio realmente conve^{nido} pero las condiciones del mismo las adulteran con diversos fines. Ten^{iendo} en cuenta que puede simularse el objeto de un convenio, el precio, la fecha y los pactos accesorios.

La forma más común utilizada en la práctica es la que consiste en al^{terar} el precio de una venta ya sea estipulando un precio más alto o más bajo del que realmente conviene. Algunas veces se ejercita esta forma pu^{ro} y simplemente, pero en otras se apela al expediente de realizar el pago mediante el otorgamiento de un documento adicional, como una letra de cambio o pagaré para completar el precio, lo que hace completamente li^{bre} la operación ya que cada cual es libre de escoger la forma menos dis^pendiosa o gravosa para favorecer sus intereses.

La simulación del objeto se opera igualmente por medio de la simula^{ción} de la causa, dado que en los contratos bilaterales, la prestación de uno de los contratantes a que se obliga no representa otra cosa que la causa de la obligación de su cocontratante; tal ocurre con mucha frecuen^{cia} con las llamadas letras de complacencia, en las cuales, una persona amiga, para facilitar a otra la consecución de dinero, consistente en ac^{ceptar}le una letra de cambio por un valor determinado girada en su contri^{bu}ción y la que es luego descontada en un banco.

3.- Simulación total y simulación parcial.

3.- Simulación total y Simulación parcial.

Esta clasificación de simulación en total y parcial se predica respecto de la escuela francesa, ya que dentro de ésta se concibe el mecanismo de la simulación como el resultado de dos convenciones contrapuestas de cuyo choque una de las cuales debe quedar total o parcialmente destruída o modificada según el contenido de la contraestipulación, puesto en relación con el acto ostensible o público.

Se dice que la simulación es total cuando los términos de la contraestipulación desplazan o destruyen completamente los efectos del acto público; y se dice que la simulación es sólo parcial, cuando los efectos del acto ostensible sólo en parte son desplazados por el acto privado u oculto quedando en pie todo lo demás; o bien, cuando quedando en pie su naturaleza específica, se modifican sus efectos en un sentido y extensión no determinados en el acto público.

4.- Simulación lícita y Simulación ilícita.

Si la simulación va dirigida a perjudicar o defraudar a alguien, sea quien fuere, tal forma de simulación tendrá un contenido ético de ilicitud porque su objeto resultaría ilícita; pero si en cambio ella se dirige a la consecución de otros fines distintos de la defraudación, no habrá inconveniente en reconocer que tal forma de simulación es lícita. En esta 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 de estos. Antiguamente se consideraba la simulación como ilícita, porque se de

cia que al valerse del engaño, su finalidad no podría ser otra que la de de
fraudar, 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
ha llegado al convencimiento de que el engaño no implica necesariamente da-
ño, desde que para 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 puestas en razón, y desde que
que la acción sea lícita, ningún inconveniente puede haber en que se la en-
cubra con una ficción, pues nadie puede estar obligado a hacer conocer de
todo el mundo el objeto de sus determinaciones de voluntad, ni a nadie in-
gualmente puede gustarle ser a través de ellas objeto de la curiosidad e-
jena.

CAPITULO IV

ACCION DE SIMULACION.

Hasta cuando la simulación fue considerada como esencialmente fraudulenta, la acción destinada a la reintegración del patrimonio del deudor insolvente cuando era ejercitada por los acreedores, conía la misma de la acción pauliana y de consiguiente se estimaba que ambos casos se resolvían ejercitando ésta acción.

Más tarde cuando la simulación se destaca en el campo jurídico como una figura autónoma y se descarta de su concepción esencial la idea de fraude, para circunscribir sus consecuencias, es cuando comienza a encontrarse diferencias entre estas dos acciones, y cada vez se van acentuando más, y se van despejando la confusión que entre estas dos acciones se presentan y se van haciendo independientes la una de las otra.

Como la acción de simulación busca despejar una situación jurídica, es decir aclarar lo que aparece velado por la apariencia para dejar en claro el contenido real de la voluntad de los contratantes, por lo tanto no se busca en este caso una impugnación o sea destruir relaciones jurídicas existentes, sino de una acción declarativa, ya que se limita a constatar lo existente, es decir la sentencia declara un estado de hecho, se limita a reconocerlo.

Por este carácter propio y por su función, la acción de simulación se destaca como figura jurídica, independiente de la acción pauliana que pro-

duce por el contrario la revocación del acto. Por lo tanto el fundamento de la acción de simulación resulta del interés legítimo de remover la apariencia del contrato y sus dañosas derivaciones, interés que es diferente, según que la acción a ejercitar sea uno de los autores de la simulación, contra el otro o por terceros contra los contratantes. Esta puede ser utilizada para la tutela de un derecho concreto, de un interés más general si representa utilidad para el conjunto de derechos o relaciones jurídicas de una persona.

El objeto de la acción de simulación es el de despejar una situación, aclarar lo que aparece velado por la apariencia para dejar en claro el contenido real de la voluntad, para que los derechos y fines que se propusieron con las partes tengan cumplida aplicación conforme a su destino natural y a las miras que éstas se propusieron obtener. Es pues una acción de constatación antes que todo, ya que se propone simplemente revelar o descubrir la realidad.

Luego la acción de simulación esta dentro de la categoría de las acciones declarativas, ya que tiende a hacer reconocer la existencia de otra distinta.

1.- Caracteres de la acción de simulación.

La mayoría de doctrinantes concuerdan en los caracteres de la acción de simulación y dicen que son:

- a.- Imprescriptible;
- b.- Universal;

- c.- Transmisible;
- d.- Impersonal;
- e.- Previa;
- f.- Indivisible.

IMPRESCRIPTIBLE.- Se dice que es imprescriptible ya que el transcurso del tiempo no impide que esta acción pueda extinguir el ejercicio de tal acción.

IMPERSONAL.- Por cuanto ella no se dirige a determinada persona, sino que dice relación con toda persona que llegue a poner en peligro un derecho por causa de la creación de una apariencia o por hallarse en relación o contacto con las cosas sobre que versa el negocio simulado.

TRANSMISIBLE.- Porque no siendo, sino refiriéndose en algún modo a intereses económicos, tiene un contenido patrimonial y desde luego transmisible en la misma forma como lo son las cosas que tratan de ampararse con su ejercicio. Transmisión que puede llevarse a cabo, según lo ha reconocido la jurisprudencia, ora por causa de muerte o por acto entre vivos.

UNIVERSAL.- Ya que el acreedor puede accionar contra persona distinta del obligado y el contratante contra terceros que no sean sus causahabientes.

Se dice así mismo que se trata de una acción previa, o sea que en sí misma considerada no tiene objeto compulsorio cual sucede con la acción de condena, sino que se limita al reconocimiento de una situación de

la cual puede derivarse la compulsión condenatoria a una prestación, lo que no se opone que se le puedan agregar otras acciones que conduzcan a este resultado.

INDIVISIBLE.— Porque su objeto y contenido se dirigen a descubrir el real y verdadero contenido de la declaración de voluntad, sea que se trate de simulación absoluta o simulación relativa.

2.- Quiénes pueden demandar.

Al decir quienes pueden demandar la acción de simulación, nos estamos refiriendo a que personas en concreto corresponde este derecho de acción.

La doctrina y la jurisprudencia han convenido en reconocer el ejercicio de esta acción a toda persona que tenga interés jurídico que proteger frente al desconocimiento o violación de un derecho, por lo tanto corresponde ejercitar esta acción a:

- a.- Las partes;
- b.- Los terceros, entrando en esta clasificación: los acreedores, esposos y los herederos.

Al referirnos a las partes, estamos haciendo mención a aquellas personas que por medio del acto simulado han procedido a crear el estado de incertidumbre y de peligro con relación a sus propios bienes, y a quienes como es lógico, es preciso reconocer que les asiste el interés jurídico para demandar la simulación, a fin de que se esclarezca el verdadero contenido y alcance de su voluntad.

Los causahabientes a título universal de los contratantes, o sea sus herederos y que a estos también la doctrina ha estimado que les asiste el interés jurídico para demandar, en razón de ser ellos los continuadores de la personalidad de sus causantes y los representantes.

TERCEROS.- Entendiéndose por tales a todos aquellos que no han tomado parte en el negocio simulado, siempre que tengan personería para ejercitar la acción justificando un interés legítimo.

Los acreedores de uno de los contratantes pueden ejercer la acción, a condición que acrediten que por medio del negocio simulado el patrimonio de su deudor se menoscaba se disminuye de tal modo, que su interés protegido por la ley ha sufrido norma. De manera que si un deudor ejecuta un negocio simulado, pero demuestra que, no ostante esa simulación dentro de su patrimonio existen bienes suficientes para pagar sus deudas, el acreedor no podrá entablar la acción. Al acreedor se le exige solo probar el perjuicio que le causa un negocio simulado. No es necesario que el deudor sea insolvente y solo es suficiente que el negocio o los negocios simulados, dificulten el cobro judicial por parte de los acreedores.

La mujer casada, como el marido pueden instaurar la acción para que se declare la simulación, por motivos de venta de bienes que tengan la calidad de gananciales. El perjuicio que sufre uno de los cónyuges con los negocios simulados del otro que recaen en gananciales, es notorio, pues los mencionados bienes forman parte de la sociedad conyugal y están destinados a repartirse entre ellos el día en que se disuelva la sociedad.

Es requisito necesario para que los herederos ostenten la condición de terceros, la aceptación de la herencia con beneficio de inventario. Los herederos tienen personería para atacar los negocios simulados que efectuó su causante. Se discute si los legitimarios pueden atacar los contratos simulados en vida del futuro causante. Los hijos son legitimarios en relación con los bienes que su padre tenga al morir y por lo tanto han de recibir una legítima o sea una asignación forzosa que no se les puede desconocer por testamento. Si un padre de familia no puede desconocer por testamento la legítima a que corresponde a los legitimarios, fácilmente podría en vida hacerlo mediante negocios simulados y este desconocimiento quedaría sin sanción al no permitirle a los legitimarios atacar las simulaciones que se encaminan a recortar éstas.

Resumiendo tenemos pues, que la acción de simulación la pueden ejercitar todas las personas que demuestren un interés jurídico para hacerlo.

3.- A quien se puede demandar.

Dado que uno de los caracteres de la simulación es la universalidad de la acción, la impugnación puede dirigirse contra cualquiera que tenga interés en oponerse al reconocimiento de la simulación y por consiguiente, por un simulado por otro o por los terceros contra los autores de la simulación o contra quien obtuvo por el contrato simulado algún derecho e intentó hacerlo valer.

Siguiendo el principio de que debe actuarse conforme a la naturaleza de la acción, y aquel de que los contratos se deshacen de la misma forma

como no hacer, se ha establecido que la acción de simulación debe dirigirse contra todos los contratantes y contra todas aquellas personas que alegren derechos adquiridos de ellos, a fin de que el fallo que se dicte los favorezca o los perjudique por igual, pues no sería ni justo ni ventajoso, favorecer a los perjudique por igual, pues no sería ni justo ni ventajoso, consiguientemente para el actor por las consecuencias negativas que se derivan de él, el que solo se citara a una de las partes con prescindencia de la otra, ya que tratándose de un acto bilateral la sentencia no podrá afectar la situación del que no ha comparecido en juicio, siendo así que todas ellas deben ser oídas. La citación debe ser conjunta para ambos contratantes en razón de la indivisibilidad de la acción emanada a su vez de la indivisibilidad del acto y del carácter personal que ella tiene, así como también del principio de la economía procesal que impone la misma solución. Este principio así como el interés del demandante exigen que en la misma demanda se citen los terceros que deriven derechos de los contratantes a fin de que se decida acerca de la oponibilidad e inoponibilidad de la simulación respecto de ellos, según que se acredite su buena o mala fe en relación con el acto tachado de simulado, debiendo en caso contrario ser citados tales terceros, para que previa discusión acerca de esta circunstancia se declare si le afecta o no la simulación, lo que implicaría un procedimiento dispendioso y largo, que quedaría naturalmente obviado con la citación conjunta de los terceros y los contratantes.

4.- que se debe pedir.

La acción de simulación se propone descubrir que el acto que se cree realizado no existe y que en consecuencia ningún cambio se ha operado en las relaciones de los contratantes, se trata por lo tanto de constatar su

existencia para hacer ver que los bienes que aparentemente fueron enajenados por el deudor, no han salido de su patrimonio y constituyen la prenda común de los acreedores. Por lo tanto como la finalidad es el reconocimiento judicial de la ficción del contrato, el juez se limitará a hacer constar sin más la carencia de realidad del contrato impugnado o su distinta naturaleza.

Partiendo de la clasificación de la simulación en absoluta y relativa diremos que para estos casos se ha establecido la acción de declaración de simulación, con la cual se persigue una doble finalidad:

- a.- Descubrir el auténtico querer de los simulantes;
- b.- Reparar el perjuicio causado a las partes o terceros.

Descubierto el negocio secreto, la reparación del perjuicio se realiza destruyendo el negocio aparente. En algunos casos la destrucción del negocio aparente no es posible especialmente:

- 1.- Cuando se convirtió en verdadero, en razón de la buena fe que es necesario proteger en un tercero; entonces la acción se dirige a la indemnización de perjuicios, como cuando el comprador ficto, vendió la propiedad a un tercero.

- 2.- En la simulación relativa tan sólo será necesario hacer prevalecer el negocio realmente querido y mediante esta prevalencia se indemnizan los perjuicios que sufren terceros.

Cuando un hijo recibe bienes de su padre simulando compra, será suficiente decretar que dichos bienes los recibió gratuitamente y que deben imputarse a la respectiva porción hereditaria que le corresponde en la herencia del padre. La acción de simulación es por lo tanto una acción de indemniza

ción de perjuicios.

5.- Clase de proceso.

En cuanto a la forma de actuar, el derecho reconoce dos formas así:
por vía de acción y por vía de excepción.

La vía de acción consiste en demandar del estado su intervención median-
te los organos jurisdiccionales para que se reconozca la eficacia de un de-
recho violado o desconocido, mediante el empleo de los procedimientos que pa-
ra cada juicio establece el derecho procesal. Es un derecho público subje-
tivo emanado de intereses jurídicos que tiene el titular de un derecho sus-
tantivo para demandar la tutela jurídica y corresponde a las personas que le
es reconocido este derecho.

Quando es ejercido por vía de excepción, esto es como medio de defenza
del demandado para enervar la acción, no es necesario la comparecencia de
todas las partes que han intervenido en el contrato simulado, sino que basta
la presencia de aquella que alega el derecho fundándose en el acto ficticio;
más como este medio de defenza equivale por parte del demandado a afirmar
la existencia de un nuevo derecho que tiende a destruir el efecto jurídico
del alegado por el actor, se hace necesario que demuestre el excepcionante
los hechos concretos en que funda la afirmación de ese derecho, porque de
no hacerlo, se declarará no probada la excepción y en consecuencia tendrá
que someterse a las resultas de la prueba del acto.

Por lo tanto el proceso a seguir es el proceso declarativo ordinario
teniendo en cuenta el valor de la cuantía de los bienes simulados.

CAPITULO V

PRUEBA DE LA SIMULACION.

1.- En el anterior sistema.

Las pruebas que debía presentar las partes en el anterior sistema es decir antes de 1971, era de diferente manera a las que debían presentar los terceros así: Las partes que habían celebrado un negocio simulado por escrito, y más tarde pedían a la justicia se declare la simulación, debían probarla mediante una contraescritura, en la que se hubiera dejado constancia de ella; en su defecto con un principio de prueba por escrito y finalmente por confesión de ambos contratantes.

De los terceros.

En cuanto al sistema probatorio imperante, estos podían acreditar toda clase de pruebas. Las restricciones que existían era solo para las partes.

Podemos observar con absoluta claridad que en el anterior sistema existían restricciones probatorias para las partes, ya que estas solo podían acudir a la contraescritura, la confesión o al principio de prueba por escrito para acreditar la simulación.

La Corte ha dicho en sucesivas decisiones, que, tratándose de demostrar entre contratantes la existencia de una simulación cuando el contrato simulado aparente consta por escrito se deduce de la doctrina que informan

los artículos 1759, 1766 y el del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, sobre restricciones al testimonio, que la verdad de los declarantes que consten en el instrumento, hayan hecho ostensible los interesados, es preciso destruir la apariencia de una prueba de igual categoría o fuerza que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto a la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito que puede completarse con testigos, presunciones e indicios y con todo medio de prueba.

De acuerdo con este sistema un eminente jurista el doctor Rocha dice: "Cuando el contrato ostensible se ha hecho pasar por escrito, sea porque la Ley requiera esa solemnidad o porque la voluntad de las partes lo han querido hacer solemne, la demostración del contrato oculto para que prevalezca sobre el aparente, según se deduce de la doctrina, es necesario hacerla mediante la prueba escrita". De la voluntad oculta o por principio de prueba escrita". Concretando en este caso por testigos, presunciones y en general por indicios.

Existen sin embargo, ciertos casos en que excepcionalmente las partes gozan de libertad probatoria al igual que los terceros como veremos luego. La doctrina y la jurisprudencia con fundamento en el espíritu de las leyes pertinentes, han acordado que las partes tienen la facultad de acudir a toda clase de pruebas para demostrar la simulación en casos de imposibilidad física de presentar el escrito.

Los terceros tienen amplia libertad probatoria para acreditar la simulación habiéndose realizado el acuerdo simulado sin su consentimiento,

habiéndose valido las partes de todos los medios a su alcance para consumir el engaño, sería muy injusto exigirles la prueba de la simulación por escrito. Si el acto oculto es inoponible a terceros por la circunstancia de no haber tenido noticia, esa apenas natural que se les exija la presentación de la contraescritura, para demostrar su existencia. De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideren uniformemente que el convenio oculto constituye para los terceros un simple hecho jurídico cuya comprobación puede verificarse con toda clase de medios de convicción.

ESTIPULACIONES DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

A raíz del nuevo Código de Procedimiento Civil, artículo 698, con buen criterio derogó las bases sobre las cuales se había construido el sistema antiguo de la jurisprudencia nacional, por lo tanto quedó claramente consagrada la precedencia de los testimonios para probar contra lo dicho en documentos públicos o privados y por lo tanto para demostrar la simulación del acto documentado o su falsedad, con la salvedad del indicio consagrado en el artículo 232. De esta suerte, se acabó con las injusticias que antes se hacían, según que el litigio fuera entre partes o con terceros como se expuso anteriormente. También podrá probarse con testigos la reforma o adición de los cobtratos documentados no solemnes, pero para los solemnes exige la misma prueba documental que para su celebración, salvo que se trate de hechos accesorios, como el plazo para pagar el precio o entregar el bien, los intereses y el lugar del pago, que admiten cualquier prueba.

El legislador en estas nuevas disposiciones tuvo muy en cuenta que la simulación no es otra cosa que un vicio del consentimiento, porque si va-

mos a su origen, tenemos que emana de un acto de voluntad consiente, discordante el cual produce incidencias jurídicas.

En resumen diremos que el nuevo Código de Procedimiento Civil derogó el viejo sistema en cuanto a pruebas de los negocios simulados; por tanto la simulación hoy en día se puede acreditar con cualquier medio probatorio, sin necesidad de hacer la antigua distinción entre prueba que debían presentar los terceros.

La Corte Suprema de Justicia por sentencia del 25 de septiembre de 1973 (proceso de Gregorio Ladino contra Inés Ladino de Prieto), admitió la tesis que se expone, por lo tanto, las partes como los terceros pueden acreditar la simulación por todos los medios probatorios.

El artículo 187 del Código de Procedimiento Civil también es aplicable al caso de la simulación cuando dice: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo a todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

Lo anterior indica que le está prohibido al juez rechazar el mérito de determinadas pruebas o exigir una prueba especial allí donde no sea exigida. La única excepción posible es la relativa a las solemnidades que se exigen para determinados contratos surjan a la vida jurídica por ejemplo:

La escritura pública para la venta o permuta de bienes inmuebles.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar en el desarrollo general de este trabajo de investigación, con el título de la Simulación en la jurisprudencia colombiana se han expuesto en forma sencilla pero a la vez lo que creo son las partes esenciales de esta importante figura jurídica que como hemos visto, con el correr del tiempo va teniendo mucha importancia .

Sin embargo para terminar este trabajo, quiero basar mis conclusiones, en dos importantes fallos de la Corte Suprema de Justicia, para aclarar el concepto de la simulación en nuestro derecho Civil.

La simulación dentro del derecho colombiano y más concretamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se pueden distinguir en cuanto se refiere a la concepción y tratamiento del fenómeno simulatorio, tres etapas bien diferenciadas a saber:

Hasta 1935, la Simulación fue considerada como una causal más de nulidad de los negocios jurídicos que, si bien no estaba consagrada expresamente, era en el sentir de la Corte, consecuencia lógica de los principios generales del Derecho.

Desde 1935 hasta 1968, la Corte acogió la teoría clásica francesa de la simulación, según la cual, la esencia de la simulación consiste en la existencia de dos negocios jurídicos coetáneos, uno ostensible y otro oculto, cada uno de ellos dotado de sus elementos propios, uno de los cuales es modifica

do o destruido por el otro.

A partir de 1935, la Corte Suprema de Justicia abandonó la teoría clásica francesa acogiendo en un todo la teoría conocida como monista, porque rechazaba la dualidad de negocios jurídicos en la simulación para sostener que existe un solo negocio de tal índole, pero con la circunstancia de que la exteriorización del consentimiento único se desdobra o bifurca en dos declaraciones.

En la primera de las etapas reseñadas no encontramos en la labor de nuestro máximo tribunal de justicia una preocupación por estructurar y fijar los contornos del fenómeno simulatorio, como quiera que su consideración como vicio que conducía a la nulidad de los negocios jurídicos en que se presentaba, impidió su caracterización como figura jurídica autónoma. En el fallo de fecha 30 de abril de 1923, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Doctor Tancredo Nannetti expresó:

"Esta superioridad ha reconocido como causal de nulidad de los contratos la simulación o fingimientos de ellos, aunque no haya disposición que erija la simulación en motivo de nulidad fundándose en los principios generales del Código Civil, sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez o nulidad cuando faltan todos o algunos de ellos".

Entre 1935 y 1968, la Corte, asimilando la ya muy difundida doctrina francesa, que considera el fenómeno simulatorio como instituto autónomo con lineamientos propios que le dan una fisonomía individualizada y específica profirió el siguiente concepto acerca de la simulación, y a la vez configuró los grados de ésta de la siguiente manera:

"Negocios simulado es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque

que no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible el privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvia los efectos del público y en el lenguaje de la Corte se llama contrae tipulación.

En la sentencia de casación de fecha 27 de julio de 1935, cuyo magistrado ponente fue el Doctor Juan Francisco Mújica, manifestó:

"La simulación de acuerdo con la doctrina contemporánea de derecho es de cuatro grados a saber: a).- La absoluta, ficticia o completa, en donde el acto oculto destruye totalmente el efecto ostensible. En la intención real de las partes, ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto aparente; b).- el acto oculto cambia la naturaleza jurídica del ostensible, pero no para destruir su efecto; c).- El acto ostensible aparece realizado por un testafierro con el objeto de ocultar a los verdaderos titulares del negocio jurídico. La identidad de ambas o de alguna de las partes se disimula con la interposición de personas; d).- Por último, en el acto ostensible las partes disfrazan o encubren no ya la naturaleza verdadera de la operación, sino una parte de sus condiciones o cláusulas".

"La simulación en los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta.

El artículo 1766 del Código Civil, implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efectos entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es la ley de las partes conforme al art. 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor".

Esta clase de jurisprudencia se mantiene en firme durante mucho tiempo.

po, en que después de haber ensayado varias clasificaciones de la simulación, tales como la de total y parcial, de esencia, de fin o de medio, - adopta la clasificación de uso más corriente entre los autores calificada de absoluta y relativa.

En el período correspondiente a la tercera etapa se han formulado varios conceptos entre los cuales citare el más reciente. En providencia de la Corte de fecha noviembre 20 de 1979 y cuyo ponente fue el doctor German Giraldo Zuluaga se lee:

"Negocio simulado, según la clásica definición de Francisco Ferrar, es el que tiene apariencia contraria a la realidad, ora porque es distinto de como aparece, ora porque en verdad no existe. La simulación, pues, es de dos clases: Relativa, cuando el verdadero querer de los contratantes, cuando el real acuerdo de voluntades se oculta a los terceros a quienes se muestra uno diferente, que no es el realmente querido por las partes; y la simulación es absoluta, cuando se declara existir contrato entre quienes nada han consentido. Así, en el evento de que los simuladores esconden bajo la apariencia de compraventa, contrato que es de donación o cuando declaran vender a Juan ocultando que el verdadero comprador es Pedro, o cuando declaran que el precio es uno siendo realmente mayor o menor, etc., o cuando realizan simulación relativa. Pero cuando se declara haberse celebrado contrato de compraventa no habiéndose celebrado conveniéndola alguna, entonces la simulación es absoluta. En la simulación relativa se oculta la verdad, en la absoluta se aparenta una que no existe; en aquella se disimula, en ésta se simula".

Por las transcripciones anteriores podemos ver con mucha claridad co

no la Corte, luego de consagrar en nuestra jurisprudencia la figura jurídica de la simulación se ha enfrascado a lo largo de su historia, en una maraña de contradicciones e inconsecuencias, siendo esto tan evidente, que la misma Corte se ha visto precisada a admitir y reconocer la justeza de las críticas que se le han hecho.

Con el correr del tiempo a pesar de que en épocas anteriores la Corte rechaza en forma terminante la prueba de indicios en relación con la simulación, se ve claramente que a raíz del fallo del 20 de noviembre de 1979, la Corte acepta plenamente esta clase de pruebas al estatuir que:

"Prueba plena existe de que, no obstante haberse llevado ante notario el cúmulo de enajenaciones memoradas, y de que el precio de los distintas compraventas se dijo haberse pagado de contado, el aparente vendedor, sobre los inmuebles que vendió, siguió ejecutando los mismos actos de aprovechamiento que ejecutaba antes de la enajenación, pues continuó arrendándolos, percibiendo sus frutos civiles, y no sólo ello, sino que, - contra toda lógica continuó sufragando los gastos que demandaban sus reparaciones. Los presuntos compradores, con excepción de Mariela Restrepo, amante de Conrado, continuaron desentendidos de la administración y goce de esos bienes como si nunca los hubieran adquirido.

Finalmente surge otro indicio de fuerza probatoria excepcional: en todos los contratos impugnados por simulación, el único vendedor es Con-

rado Mejía. No obstante esta circunstancia, cada uno de los cuatro compradores dió poder al mismo abogado elegido por aquel para defenderlo, a pesar de que habían pagado de contado el precio de las compras y ninguno le denunció el pleito, demostrando de otro lado una pasividad incompatible con el comportamiento que normalmente debe demostrar quien ve en peligro todo activo patrimonial".

Para concluir con este trabajo podemos decir que, como vemos claramente la Corte Suprema de Justicia con el correr del tiempo, en el transcurso de su historia ha ido cambiando de criterios, esto es lógico porque como todo cambia es natural que las leyes también cambien de acuerdo al progreso de los países.

Pero si somos concientes, si tomamos la realidad, la verdadera realidad en nuestras manos y la sobrepesamos con el auténtico contenido de los términos derecho, justicia y equidad, podremos comprender que nuestras leyes están viciadas todavía de muchas injusticias, de muchas contradicciones en sus textos legales, que en veces equipara la igualdad de las personas ante las leyes humanas y divinas y en otras valen más las viejas tradiciones religiosas y sociales.

BIBLIOGRAFIA

DEVIS Echandia Herlando, Compendio de Derecho Procesal 5ta. Ed. editorial

A. B. C. Bogotá 1957.

FERRERA Francisco, La simulación de los negocios jurídicos 3a. Ed. editorial
Revista de Derecho Privado Madrid 1960.

GUERRERO Mario, La simulación en el Derecho colombiano Editorial Máxima
Bogotá 1957.

VALENCIA Zea Arturo, Derecho Civil parte general 5a. Ed. editorial Temis
Bogotá.

VALENCIA Zea Arturo, Derecho Civil tomo III de las Obligaciones 4ta Ed.
editorial Temis Bogotá 1974.

RISOLIA Marco Aurelio, Soberanía y Crisis del contrato Buenos Aires 1958.

INDICE

Páginas

Introducción I

CAPITULO I

DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO

1.- Qué es la voluntad 1
2.- Naturaleza y proceso de la voluntad 3
3.- Voluntad jurídica 5
4.- Teoría del negocio jurídico y del contrato 9
5.- Concepto y límites de la autonomía negocial 13
6.- Teoría sobre la voluntad real y la declarada 14

CAPITULO II

SIMULACION

1.- Concepto 18
2.- Elementos de la simulación 22
3.- Teorías sobre la esencia jurídica de la simulación 24
4.- La simulación en la legislación colombiana 30

CAPÍTULO III

CLASIFICACION DE LA SIMULACION

1.- Simulación absoluta 34
2.- Simulación relativa 37

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESO

AN

T

D340.12

B689

Bolivar de Moreno, Irma

~~7465~~ 36711

Ej.1.

La jurisdicción en la
jurisprudencia colombiana

VENGE

NOMBRE Carlos Buffamante

IX-27

No. del Carnet ROSAVIDA Derecho.

82

NOMBRE CARLOS RODRIGUEZ

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

AN

T

D340.12

B689

Ej.1.

~~7465~~

36711