

Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración

Simulation of legal acts: Theory, action and effects of its declaration

Carolina Deik Acosta-Madiedo*
Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)

*Abogada especialista en Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y candidata a Magister en Derecho de la Universidad de Harvard, EE.UU. Es profesora auxiliar de Derecho Constitucional Colombiano I y Contratación Estatal en la Pontificia Universidad Javeriana y actualmente trabaja para la firma Estudios Palacios Lleras S.A. carodeik@hotmail.com.

REVISTA DE DERECHO

N.º 34, Barranquilla, 2010

ISSN: 0121-8697

Resumen

De este análisis sobre los aspectos más controversiales y conflictivos de la teoría de la simulación de actos jurídicos, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia ordinaria, se concluye que la simulación es el acuerdo entre dos o más personas para fingir jurídicamente la existencia de un negocio, o de sus elementos. La acción de simulación puede ser intentada por las partes del negocio o por terceros perjudicados por aquél, y quien la alegue tendrá la carga de demostrarla. En este ámbito se facilita la labor judicial de encontrar la verdad detrás del negocio aparente y declararla, haciendo desaparecer el negocio o sus elementos ficticios, pues el juez tiene mayor libertad de apreciación probatoria y menor exigencia de congruencia fáctica.

Palabras Clave: Simulación, legitimación, interés, valoración probatoria.

Abstract

From this analysis concerning the most debated issues of the theory of simulation of legal acts, which has been developed by scholars and Colombia's highest Courts, one may conclude that simulation is the agreement between two or more people to legally portray the existence of a contract, or parts thereof, in disagreement with their real intention. The action of simulation can be attempted by the contracting parties or by third parties to whom certain and actual damages are caused. Whoever claims the simulation bears the burden of its proof. In this area, the Court has a lower demand of factual consistency and more freedom to appreciate the evidence in order to find and declare the truth behind the apparent business.

Key words: Simulation, legitimation, interest, evidence appreciation.

Fecha de recepción: 19 de enero de 2010

Fecha de aceptación: 6 de julio de 2010

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina dominante, con Savigny (1879) a la cabeza, sostiene que la voluntad es el principal elemento de todo negocio jurídico. No sólo es acertada esta posición, sino que podríamos incluso decir que la voluntad es lo que da sentido y razón de ser a la ciencia del derecho, la cual no hace más que realizar y dotar de consecuencias jurídicas el querer del individuo. Esa voluntad se exterioriza mediante la declaración, que es simplemente uno de sus medios de revelación. Así, cuando la voluntad y la declaración entran en conflicto, debe prevalecer aquélla, puesto que la declaración de una voluntad no verdadera no es más que una mera apariencia de declaración (Savigny, 1879), en atención a que la declaración sin voluntad es tanto como la voluntad sin declaración.

Así pues, lo normal es que la voluntad expresada por las partes de un negocio jurídico refleje de manera más o menos fidedigna el deseo de los contratantes. Si bien esto ocurre las más de las veces, existen ocasiones en las cuales la deseada identidad entre la voluntad y la exteriorización de la misma ante el conocimiento de terceros se quiebra deliberadamente, y es allí cuando aflora la figura de la simulación.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia de tiempo atrás han sentado las bases de la teoría de la simulación, perfilando las características y elementos del fenómeno simulatorio, las posibilidades y maneras de intentar la acción de simulación y los efectos de la misma, lo cierto es que el asunto no ha sido del todo pacífico, ni mucho menos inmutable. En efecto, la confusión entre la simulación y figuras jurídicas como la nulidad, el contrato de mandato, el fraude de ley, el testaferrato en sentido lato, entre otras, así como en relación con sus efectos, ha llevado, muy a pesar de la opinión de los puristas, al error de aplicar extensivamente a la simulación algunas reglas y principios ajenos e inaplicables, con evidente desmedro de esta teoría y notorias inconsistencias en su implementación. Todo lo anterior hace menester acometer un estudio sobre el estado de la jurisprudencia y la doctrina en este punto, que se detenga en los asuntos

más controvertidos y confusos de la teoría con el fin de delimitar sus contornos y arrojar algunas luces sobre los principios y reglas que en efecto la gobiernan. Con este fin, en este artículo se desarrollarán los siguientes apartados: introducción, concepto de simulación, el campo de la simulación, la simulación frente a los principios generales del derecho, las características de la simulación, la acción de simulación y los efectos de la declaración de simulación, seguidos de un apartado final en el que se plantearán las principales conclusiones de lo aquí analizado.

2. CONCEPTO DE SIMULACIÓN

El fenómeno simulatorio consiste en el acuerdo de dos o más personas para fingir jurídicamente un negocio, o algunos elementos del mismo, con el fin de crear ante terceros la apariencia de cierto acto jurídico elegido por las partes, y sus efectos de ley, contrariando el fin del acto jurídico concreto.

Dado que los contratantes no siempre disimulan del mismo modo, existen dos especies de simulación: la absoluta y la relativa. Se produce la primera cuando las partes buscan el propósito fundamental

de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo, obran bajo el recíproco entendimiento de que no quieren el acto que aparecen celebrando, ni, desde luego, sus efectos, dándolo por inexistente. La declaración oculta tiene aquí, pues, el cometido de contradecir frontalmente y de manera total la pública, y a eso se reducen su contenido y su función (Corte Suprema de Justicia, 1969).

Es decir, aquí la negociación es toda fingida, de manera que una vez corrido el velo que cubre el contrato simulado, no queda absolutamente nada.

“En el segundo, en cambio, de la voluntad que declararon algo es verdad, y de ahí que descubierto el engaño, se halla que si bien las

partes no quisieron el convenio aparente en la forma en que aparece, sí son reales algunos de sus efectos” (Corte Suprema de Justicia, 2006); como ocurre, por ejemplo, cuando se simula la persona del contratante, las modalidades ciertas del negocio, su naturaleza o su contenido (esto es, el precio, la fecha, las cláusulas accesorias, el objeto, etc.). En esta situación, a diferencia de la anterior, existen dos actos que, según De La Morandiere (1966), deben ser contemporáneos. Uno de ellos es aparente y ostensible, pero carece de fuerza obligatoria y sirve de capa al otro, real y efectivo. Este último, denominado acto velado, escondido, disimulado, tendrá plena eficacia cuando no afecte los intereses de terceros y no infrinja la ley, como se acepta uniformemente (Cámara, 1958).

Una clase de simulación relativa, la más intrincada en la doctrina, es la *interposición de persona*, en la cual en el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido o testafierro. Sin embargo, hasta hoy existe confusión en ésta debido a una extensión errónea del término *testafierro*, puesto que los juristas e intérpretes han asimilado al contratante que interviene en el negocio jurídico de modo aparente, por un lado, con el mandatario que obra en nombre propio y se vuelve titular nominal de los derechos adquiridos, por el otro; cuando la realidad es que el segundo se convierte jurídicamente en *verdadero* titular de los derechos resultantes del contrato (Ferrara, 1960). Para Coste (1891), sólo es posible hablar de verdadera simulación por interposición de persona cuando, por efecto de un contrato simulado, alguien aparece investido de todos los derechos de propietario y así se oculta la realidad de un contrato; pero no cuando el mandatario actúa *propio nomine* sin revelar al tercero que actúa en ejercicio de un mandato, ni cuando hay verdadera transferencia de derechos pero que, por defecto de una forma de publicidad, tal negocio no se comunica a terceros.

3. EL CAMPO DE LA SIMULACIÓN

El espectro de la simulación cobija, al menos en teoría, a la mayoría de los negocios jurídicos. Empero, existen unos cuantos casos en los cuales la simulación como situación de hecho carece de efectos,

generalmente los actos de derecho de familia, a saber: (i) el matrimonio, el cual las partes podrían tener interés en simular para evadir posibles inhabilidades y prohibiciones de ley, no puede ser afectado por este fenómeno por ser un acto de carácter institucional cuya estabilidad resulta imperativa; (ii) el divorcio y la separación de cuerpos, por iguales razones; y (iii) el reconocimiento de hijos naturales. Para Cámara (1958), tampoco es posible la simulación en los siguientes actos jurídicos: (iv) el testamento, la aceptación y la repudiación de una herencia, por ser actos unilaterales, en los cuales a lo sumo procedería la reserva mental; (v) la constitución de personas jurídicas cuando se requiera la intervención del Estado en su formación; (vi) los actos judiciales; y (vii) los actos en los cuales un funcionario público plasma su voluntad, los cuales no pueden ser impugnados por ser simulados.

Ferrara (1960) coincide en señalar los “actos de potestad del Estado” y los “actos con intervención de autoridad pública” como categorías de actos *no simulables*, aclarando que los segundos se circunscriben a la intervención *integrante* del funcionario público, donde éste interviene como parte en el negocio jurídico, completándolo y perfeccionándolo con su declaración de voluntad; así como la intervención *constitutiva* de derechos, como el caso del reconocimiento de personas jurídicas. Por el contrario, en los casos en que la intervención es meramente *autorizante y certificadora* (el caso de notarios y otros oficiales públicos llamados al ejercicio de la función notarial) sí puede ocurrir la simulación.

El mismo autor sostiene que los actos complejos en sí mismos son susceptibles de reserva mental colectiva por parte de los varios sujetos del negocio jurídico, pero no de simulación, salvo que al acto complejo se una la voluntad de otra parte contratante, como ocurriría si varios condóminos fingen enajenar un bien a un tercero.

4. LA SIMULACIÓN FRENTE A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

4.1. La simulación frente al principio de relatividad de los contratos

El contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, como lo dispone el célebre artículo 1602 del Código Civil colombiano, y como se desprende de la máxima latina *res inter alios acta*, por virtud de la cual un contrato no puede beneficiar ni perjudicar a personas extrañas al mismo. De hecho, el concepto de “tercero”, a la luz del derecho contractual, se define por oposición al de “parte”, por ser precisamente quien no interviene en la formación y celebración del contrato, ni se obliga para con una “parte” a dar, hacer o no hacer alguna cosa, ni resulta beneficiado por un compromiso asumido en ese sentido por quien sí es “parte” del contrato, en términos del artículo 1495 del Código Civil.

Sin embargo, como bien lo destaca Pájaro (2005), el carácter absoluto de esta afirmación es puesto en entredicho cada vez más ante las complejas relaciones jurídicas del mundo moderno, a saber: el contrato de transporte de cosas, donde el remitente o destinatario puede ser un sujeto por entero ajeno al contrato, el seguro de vida o el seguro de daños contratado por el tomador en beneficio de un tercero, el contrato de fiducia mercantil celebrado en provecho de un tercero beneficiario, la estipulación en favor de tercero, etc.

Sin embargo, más allá de estos típicos ejemplos de relativización de la máxima citada, lo cierto es que la legitimación en la causa que tiene un tercero para incoar la acción de simulación se erige como claro reconocimiento de la posibilidad de que los efectos de un contrato se extiendan a personas, en principio, completamente ajenas a su celebración.

4.2. La simulación frente al principio *Nemo auditur*

En general, los principios de la justicia y del equilibrio en las relaciones contractuales, el de la apreciación de los móviles negociales,

la protección de la buena fe y el rechazo del dolo han sido interpretados por la Corte Suprema de Justicia (1998) como una clara muestra de que las “reglas morales penetran profundamente las estructuras jurídicas, dotando los fines patrimoniales o económicos que persiguen de contenidos axiológicos”.

Bajo este rasero es, precisamente, que se perfila el artículo 1525 del Código Civil, en virtud del cual “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. Sin embargo, existe consenso en cuanto a que esta prohibición no resulta aplicable al fenómeno de simulación, por dos razones, principalmente: (i) porque, como es sabido, no puede extenderse vía analógica una disposición de tipo sancionatorio; y (ii) porque ello conduciría a consecuencias indeseables, como el afianzamiento de negocios simulados, aparejados con el “enriquecimiento injusto del simulante demandando quien, de todas formas, es coautor, o por lo menos cómplice, del acto ilícito” (Corte Suprema, 1998). Esta postura jurisprudencial ha sido sostenida de manera uniforme desde una sentencia del 18 de diciembre de 1964, reiterada, entre otras ocasiones, en 1994, cuando se sentó que

Si se llegara a admitir la aplicación de la regla *Nemo auditur* en el campo de la simulación, sobrevendría el caso de que el simulante actor, advertido por ello del posible insuceso de su pretensión, procuraría omitir u ocultar en su demanda toda referencia al móvil ilícito y alegaría una causa simulandi lícita y también ficticia. En este supuesto corresponderá al simulante demandado descubrir y probar el verdadero móvil ilícito, a fin de evadir la restitución de los bienes recibidos en apariencia. Esto sería escandaloso, y resultaría doblemente inmoral que al demandante se le rechazara su acción por alegar un móvil ilícito y que, en cambio, al demandado se le permitiese acudir a ese mismo móvil para exonerarse de la restitución y consolidar el enriquecimiento injusto, obteniendo así un premio a su deslealtad y a su mala fe. Sería contrario a la justicia y a la más simple lógica que entre las partes simulantes no pudiera alegarse la simulación ilícita como acción, pero que sí se la pudiese invocar y hacer valer como excepción [...] Denegar la repetición o la

restitución de bienes en materia de simulación ilícita, equivaldría a hacer ilusoria la acción correspondiente, y ello cuando la propia ley da margen al negocio simulado, reconociéndole efectos jurídicos entre las partes que lo concertan. Esa denegación quebrantaría aquel principio que ordena preferir la realidad a la apariencia (*plus valere quod agitur quam quod simulator*)...

5. CARACTERÍSTICAS DE LA SIMULACIÓN

La Corte Suprema de Justicia (2000), sobre la base del artículo 1766 del Código Civil, ha delineado las principales características de la simulación. Ellas coinciden, a grandes rasgos, con lo que Cámara (1958) denominó “elementos constitutivos” de la simulación, y que se remontan a los “requisitos del negocio simulado” expuestos por Ferrara (1940), aunque lo cierto es que la Corte no cita al autor argentino ni al célebre jurista italiano. Las características son las siguientes:

5.1. Acuerdo entre las partes

La doctrina y la jurisprudencia exigen acuerdo entre las partes para realizar el negocio aparente, para fingir ante terceros la realidad de su convenio, de manera que todas las partes del contrato actúen conscientemente con el fin de crear una ilusión ante terceros. Es precisamente éste el elemento que diferencia a la simulación del dolo y de la reserva mental, que ocurre cuando tal fin proviene y se concreta por una sola de las partes.

Si bien el dolo es conocido de sobra en la teoría del derecho civil, la reserva mental merece una breve alusión. En ésta, al igual que en la simulación, se declara una cosa que no se quiere con el propósito de engañar; pero lo que separa a una figura de la otra es que en la reserva mental es uno de los contratantes quien oculta su verdadera voluntad *frente al otro*, sin que ello reste eficacia al contrato; mientras que en la simulación existe un acuerdo entre las partes dirigido a ocultar *de los terceros* el negocio real, que por tanto es inoponible a quienes resultaron asaltados en su buena fe. Ahora bien, mientras

que en derecho canónico la reserva mental es causal de la nulidad del matrimonio, el principio no puede trasportarse al campo del Derecho Civil, donde se trata de negocios jurídicos y no de sacramentos (Ferrara, 1960).

El criterio generalizado sobre la necesidad del acuerdo simulatorio se ha explicado en estos términos:

La simulación en un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él se concertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención que puede consistir, en descartar inter partes todo efecto negocial (simulación absoluta), o en que se produzcan otros efectos distintos, en todo o en parte, de los que surgen de la declaración aparente (simulación relativa). Cuando uno sólo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental (propósito in mente retento) no convierte en irreal el contrato celebrado en forma tal que éste pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atendido a la declaración que se le ha hecho; carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención interna de su autor, y esa buena fe merece protección (Corte Suprema de Justicia, 1971).

Es cierto que algunos autores discrepan de esta postura, como lo hace Fourcade (1887), quien sostiene que hay muchas hipótesis en las que no participan las dos partes en la apariencia. No obstante, rechazamos de plano esta afirmación, pues con ella desaparecería el límite entre la simulación, por un lado, y el dolo y la reserva mental, por el otro.

5.2. Fin de engañar a terceros

Como es evidente, el fin deliberado de dicho acuerdo debe ser engañar a terceros. Sin embargo, contrario a la idea de Wolf sobre el requisito de la "consumación del engaño", la consecución del fin

perseguido no es un elemento esencial para que se configure la simulación. Más aun, ese fin de engañar puede tener “o no como propósito el daño o fraude, que es asunto diferente y que antes se solía confundir” (Corte Suprema de Justicia, 2000); pues, como bien lo anota Cámara (1958), es importante no mezclar el propósito de engañar a terceros –que no al otro contratante– con la intención de dañar, ya que si bien el fraude es de la naturaleza de la simulación, no es de su esencia.

Existen posiciones aisladas que determinan como único objeto de la ficción la intención ilícita, como lo hace Vampré (1920), quien define la simulación como la declaración engañosa de voluntad para producir efectos diversos del ostensiblemente indicado, “con intención de violar derechos de terceros o disposiciones de la ley”. Y lamentablemente, en la práctica es así las más de las veces: la simulación absoluta suele tener carácter fraudulento y tiende a causar perjuicio a terceros, frustrando legítimas expectativas; mientras que la simulación relativa suele servir para disfrazar una ilegalidad. Aun así, la doctrina mayoritaria reconoce que la simulación relativa y la absoluta “puede(n) tener objetivos lícitos y hasta generosos” (Cámara, 1958). Entre nosotros, tanto la Corte Suprema de Justicia (2008) como la Corte Constitucional (2004) han reconocido que en la simulación no siempre encontramos tintes ilícitos o de inmoralidad, sino que puede tratarse de un contrato genuinamente concluido pero disfrazado ante terceros –sin lesión para éstos– en cuanto a su naturaleza, sus condiciones particulares o la identidad de sus agentes. Tal sería del caso de un altruista que hace una cuantiosa donación y, para mantener el anonimato, se vale de un contrato simulado ante terceros; o de quien desea conservar ciertas apariencias sociales y por ello enajena conservando ante los ojos de los demás la propiedad de sus bienes; o del industrial que finge enormes ventas de un nuevo producto para incentivar su comercialización; o de quien, para sustraerse de las insistencias y molestas atenciones de un aspirante a heredarle, simula insolventarse. Por eso la jurisprudencia ha distinguido, por un lado, al deudor moroso que oculta los bienes por instinto de conservación, con el fin de vender tales bienes

a precio comercial y, con ello, honrar sus deudas; y por el otro, a quien efectivamente comete fraude. En esta categoría se enmarca quien, simulando una venta, dona bienes a su hijo favorito con el fin de frustrar los derechos de sus legitimarios (Corte Suprema de Justicia, 2006); quien esconde una donación para evadir el pago de impuestos; o quien simula un negocio para evadir las prohibiciones de orden público sobre incapacidades. Hipótesis como éstas fueron, probablemente, las que condujeron en su momento a Ferrara (1960) a afirmar que la simulación “es *incolora* y se califica según los fines de los que la emplean.”

Este segundo elemento de la simulación hace imperioso distinguir entre el negocio simulado y el negocio *in fraudem legis*. Este último no es para nada aparente, sino que es efectivamente el negocio deseado por las partes, sólo que al celebrarlo ellas tienen el propósito de violar indirectamente la ley, no en su contenido sino en su espíritu, con el fin de conseguir el resultado que la ley quería impedir. Con éste se muda el estado de hecho regulado por la ley, pero los contratantes *no fingén jurídicamente* el acto que realizan, sino que recurren *realmente* a ciertas formas jurídicas para obtener ulteriores consecuencias que por otras vías legales serían inalcanzables. Por eso, en los actos *in fraudem legis* lo que hay es una simulación en sentido económico, pero no jurídico (Ferrara, 1960).

5.3. Disconformidad intencional entre las partes

Es de la esencia de la simulación que exista discordancia entre el contrato deseado por las partes, de haberlo, y lo que se muestra al público, que es un contrato ilusorio que disimula su real y oculta voluntad “bien de no celebrar contrato alguno, o de celebrar uno diferente o con estipulaciones distintas del pregonado o, en fin, con otra persona, de la que se hace figurar como parte” (Corte Suprema de Justicia, 2000). Así, el acto simulado es la consecuencia de un proceso en el que hay deliberación de los autores, siendo éste el rasgo que distingue a la figura del error, el cual se caracteriza porque la disconformidad entre los contratantes es involuntaria (Cámara, 1958).

6. ACCIÓN DE SIMULACIÓN

La acción de simulación se ha estructurado, también, a partir de la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (1935) sobre el artículo 1766 del Código Civil, en relación con sus manifestaciones, clases, efectos, naturaleza, titulares, etc. A partir de allí se han erigido las características de esa “acción dirigida a la comprobación judicial de una realidad jurídica escondida tras el velo creado deliberadamente por los estipulantes, que causa al actor una amenaza a sus intereses” (Corte Suprema, 2000). El fin de la acción es, pues, obtener la revelación del acto oculto que se configuró a partir de la genuina expresión de voluntad de las partes.

6.1. Legitimación en la causa e interés para actuar

Según el profesor argentino Cámara (1958), en esta materia el derecho común no sufre variación alguna, pues simplemente se aplica el antiguo apotegma *pas d'interêt, pas d'action*, y rigen

[...] los principios generales para incoar cualquier acción: tiene que haber interés para interponer la demanda ante la justicia o para contradecirla. Nuestro Código (el argentino), conforme a la doctrina y legislación general, no introduce ninguna limitación. Todo sujeto poseedor de un derecho regularmente constituido (sic), cualquiera sea –contratante, heredero o tercero–, está facultado para hacer declarar judicialmente la simulación de cualquier acto cuyo carecer ficticio le ocasione o pueda ocasionarle perjuicio [...]

Por su parte, la Corte Suprema colombiana (2000) establece que “amén de las partes en el contrato o sus herederos, es titular de dicha acción el tercero, cuando el acto fingido le acarrea un perjuicio cierto y actual.” Al romper surgen dos grandes diferencias con nuestro sistema: la primera, que en Colombia la doctrina sí introduce limitaciones para interponer la demanda, puesto que en el caso de la simulación el interés para actuar está calificado al quedar ligado inescindiblemente al perjuicio real y determinante de los derechos del que se diga lesionado; la segunda, corolario de la anterior, es

que entre nosotros no está facultado para accionar quien considere que el carácter ficticio del acto le “puede ocasionar” tal perjuicio, pues la Corte es clara al exigir que el acto fingido ocasione un perjuicio CIERTO y ACTUAL, nunca eventual ni futuro como parece sostenerlo Cámara.

En efecto, para la Corte Suprema (1998), “el derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro...en las acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir un estado de hecho contrario al derecho. Esta premisa ha llevado a la Corte a negar la existencia de interés en la causa, por ejemplo, cuando la simulación deja de tener relevancia a causa de negocios jurídicos posteriores que alteran o diluyen las implicaciones o el perjuicio efectivo de la simulación; pero la ha avalado cuando, para citar un caso, el cónyuge afectado discute la veracidad de la venta de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal con el fin de reintegrarlos a la masa social una vez disuelta ésta, o cuando mediante actos simulados se transfieren en vida los bienes a los hijos matrimoniales para desconocer los derechos herenciales de los extramatrimoniales.

Tampoco podemos aceptar, de entrada, la definición de “interés” acogida por el citado profesor argentino, para quien “el interés en estas demandas no mira al provecho que se espera obtener del litigio, sino, por el contrario, a la necesidad de que se halla el actor de invocar la tutela judicial para restablecer la verdad, así como que la situación anormal y embarazosa desaparezca” (Cámara, 1958). De lo anterior deriva una apariencia de que para demandar basta el interés por defender la verdad en abstracto, como si pudiese desvincularse del perjuicio, que es, en últimas, el requisito cardinal para accionar en Colombia. Para hacer justicia al mencionado autor, lo cierto es que éste vincula el concepto de *interés* a la titularidad del derecho subjetivo existente, el cual debe *ser o poder ser* afectado

por el acto ficto. Pero Cámara (1958) no llega a exigir, como sucede en Colombia, un perjuicio cierto y actual a dicho derecho subjetivo, ni mucho menos que su “ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio” (Corte Suprema, 2000).

Bajo estas premisas es que debe entenderse la afirmación de la Corte Suprema (2000) en el sentido de que “todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación. Ese interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquéllas como éstos están capacitados para ejercitar la acción”, quedando librado al juez del caso el análisis de la relación procesal y de la posición jurídica del demandante con el fin de determinar su interés para actuar en el caso concreto. Este interés, en los casos de litisconsorcio necesario por pasivo, deberá ser acreditado por el tercero-actor frente a una cualquiera de las partes del negocio fingido, por ejemplo, demostrando su calidad de acreedor de una u otra parte (Corte Suprema, 2000). Esto es suficiente porque, en el caso de la declaración de simulación, la cuestión litigiosa habrá de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes (art. 51 C.P.C.), haciendo imperativa la integración del contradictorio, donde la demostración del perjuicio actual y cierto no se exige frente a cada demandado sino a causa del negocio simulado en sí. Con esto bastará para entender que el actor tiene un interés serio y actual que ha sido amenazado con el acto de simulación que se incoa.

En Colombia, la división entre legitimación en la causa e interés para actuar, tenue pero existente en el derecho procesal, parece disolverse del todo en materia de simulación. Tan es así que en buena medida la doctrina y la jurisprudencia han acudido al concepto de interés para actuar al momento de determinar los contornos de la legitimación en la causa para accionar por simulación. Veamos: “[...] el interés y de allí la legitimación para disputar la simulación

de la venta, era cuestión que no podía descartarse a secas” (Corte Suprema, 2006). Este tribunal ha encontrado dicho “interés”, por ejemplo, en la lesión sufrida por la parte demandante a raíz de la venta simulada de un bien perteneciente a la sociedad conyugal pero que, según ella, nunca había salido del patrimonio social; o en el perjuicio sufrido por la acreedora de una sociedad contra la cual ya había intentado infructuosamente el cobro coactivo de varios títulos ejecutivos insolutos, porque el bien objeto del contrato simulado era el único activo sobre el cual podía intentarse el cobro.

Es evidente que la legitimación en la causa para accionar en simulación debe acompañarse con las disposiciones especiales que rijan la materia precisa, así como con las presunciones de ley que estén vigentes. Así se hizo, en efecto, en la citada sentencia de 2006, en la cual, pese a ser un caso de simulación, se concluyó que

[...] a fin de establecer si realmente la demandante estaba habilitada para impugnar la venta, debió ser el artículo 1793 del Código Civil, según el cual se reputan “*adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad*”, previsión que acompaña con lo expresado en el artículo 1792 del mismo ordenamiento, que prevé cómo no conforma ese haber la especie adquirida durante ella “*a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición*” la haya precedido.

6.2. Prueba de la Simulación: carga, medios de prueba y valoración judicial

6.2.1. Carga de la prueba

Los negocios jurídicos gozan de presunción de veracidad, puesto que se reputan auténticos y legítimos en tanto no se demuestre lo contrario. En ese sentido, la carga de demostrar la disparidad entre la voluntad interna, real y su exteriorización ontológica (*voluntas aparente*) radica en quien pretende desvirtuar la presunción. Así las

cosas, cuando quien alega la simulación falla en demostrarla, “habrá de estarse mejor a la realidad de aquéllo que se hizo público, criterio que es usual expresar con el conocido adagio latino: *In dubio benigna interpretatio adhibenda est, tu magis negotium valet quam peccat*” (Corte Suprema, 1992).

6.2.2. *Medios de prueba*

Para Rocha (1967), la técnica probatoria de la acción de simulación debe centrarse en demostrar la voluntad privada, haciéndola prevalecer sobre la externa que se revela al público, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En últimas, dice este autor, “hay que demostrar o probar aquella voluntad privada que es la que contiene la verdadera de las partes”.

Y como también lo tiene definido la doctrina jurisprudencial de la Corte, en orden a establecer si sobre un contrato determinado se obró simuladamente, el juzgador debe proceder a investigar, ante todo, la existencia del respectivo acuerdo, para pasar luego a analizar el derecho que asista al actor para promover la respectiva acción, y rematar definiendo, con vista en las pruebas del plenario, si la simulación tuvo lugar o no (Corte Suprema de Justicia, 2004).

Pues bien, existe plena libertad probatoria para demostrar el móvil o *causa simulandi* que dio lugar al negocio simulado –que es especialmente importante en el caso de la simulación absoluta–, así como la simulación misma del contrato, bien sea demostrando que no existe nada, o que existe un negocio distinto del que se elevó a escritura pública o que se dio a conocer a terceros.

Aun así, la prueba indiciaria suele ser la única vía a la que puede acudir con relativas posibilidades de éxito la parte actora –o quien excepciona simulación– para satisfacer la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales se fundamentan sus pretensiones o excepciones; lo anterior en virtud del sigilo que suele rodear al acto velado, que difícilmente podrá demostrarse mediante pruebas directas

cuando no se haya elevado a escrito (Corte Suprema, 1998). Y es que si la prueba se dificulta cuando las partes del contrato simulado despliegan su mayor esfuerzo por destruir todo rastro que permita revelar la realidad, lo que resulta virtualmente imposible es demostrar directamente el móvil psicológico concreto, racional y económico que impulsa la simulación. Por eso éste, en opinión de jurisprudencia, “constituye [...] una categoría superior en materia indiciaria, pues su presencia en las distintas formas de simulación es siempre visible” (Corte Suprema, 2006). En estos casos, reviste la mayor utilidad esta prueba indirecta, en la que a ciertos hechos indicadores que quedan plenamente acreditados en el expediente, luego de una operación de inferencia lógica, se les reconoce la posibilidad de generar conocimiento de otro hecho: el desconocido (art. 249 C.P.C.).

La jurisprudencia y la doctrina han reconocido como indicios de simulación, en esencia, los siguientes: las dificultades económicas del vendedor para la época de la celebración del contrato; la falta de capacidad del comprador aparente para adquirir el bien (insolvencia, no mera iliquidez); la venta en bloque de los bienes que integran el patrimonio del demandado o la enajenación simultánea de otros bienes para insolventarse; las condiciones en las que se efectuó el pago (por ejemplo, no tiene un grado alto de verosimilitud que se convenga pagar el valor total de un contrato cuantioso en efectivo en la sede de la Notaría en un país como Colombia, donde los hurtos están a la vuelta de la esquina); la estrecha relación afectiva o de parentesco entre las partes del negocio impugnado; el momento en el cual se realizó el negocio (suele analizarse la existencia de embargos o procesos ejecutivos en curso, la disolución de un matrimonio, la reciente creación de la sociedad a la cual se le transfieren los bienes, etc.); que el precio del negocio sea irrisorio frente al comercial o que sea el mismo precio por el cual el vendedor adquirió el bien años atrás; la falta de acreditación de movimientos bancarios de las partes; la tardanza en inscribir la escritura que protocolizó el negocio aparente; la falta de necesidad de gravar o enajenar; la falta de exteriorización de la calidad de comprador o socio supuestamente adquirida por virtud del negocio, etc.

Dos de estos indicios merecen especial mención: el pago de un precio irrisorio y el parentesco. Sobre el primero, la Corte Suprema de Justicia (2006), en un caso en que una de las pretensiones era la declaratoria de simulación absoluta de un contrato de compraventa, reconoció que aun si el precio estipulado es irrisorio, si el demandado logra demostrar que efectivamente se pagó un valor superior, hay lugar a reconocer la existencia del precio. Esto, sumado a otras pruebas, puede dar lugar a tener por real el contrato mismo, así como la voluntad de las partes de que el negocio cumpla su función económica jurídica; sólo que en este evento el contrato estará afectado de simulación relativa en relación con el precio. Sobre el segundo, esto es, el parentesco, diremos que la sola prueba del parentesco o amistad íntima entre los contratantes no permite colegir la ausencia de intención de contratar, porque la apreciación de los indicios comprende una actividad múltiple que parte del examen de varios hechos indicadores y no uno solo de ellos (Corte Suprema, 2006).

Si bien este medio probatorio es el más usual en procesos de esta naturaleza, lo cierto es que proceden todos los que contiene la ley. De hecho, en casos suelen ser esenciales los testimonios de las partes, quienes por contradicciones, o incluso a raíz de curiosas coincidencias entre las versiones de quienes sostienen tesis opuestas, dan lugar a que el juez descubra el fenómeno simulatorio. A manera de ejemplo, en sentencia del 17 de enero de 2006, la Corte Suprema encontró que ambas partes en el proceso de simulación utilizaron expresiones en sus testimonios con las cuales admitieron que el bien en cuestión tenía la condición de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, en lugar de tratarse de un bien propio, que era precisamente lo sostenido por la parte demandada para evitar su reintegro a la sociedad conyugal.

Incluso del comportamiento de las partes, de la conducta procesal asumida por éstas, o hasta de las cláusulas pactadas en el contrato puede deducirse la simulación. Esto último sucedió en el año 2000, cuando se analizó un contrato de “compraventa con pacto de re-

troventa” cuyas cláusulas daban lugar a suponer que se trataba de un mutuo con garantía real, puesto que se aludía a variaciones en el precio a causa de “un préstamo adicional” (revelando que había existido un préstamo inicial), así como del pago de intereses, retención de la posesión –*retentio possessionis*” por pago de impuestos y servicios públicos–, etc. En esta oportunidad, del texto de la escritura misma se evidenciaron pactos incompatibles con el contrato supuestamente celebrado y que, en cambio, insinuaban la existencia de otro que en efecto se había celebrado.

6.2.3. *Valoración*

Ha sostenido la Corte Suprema (2005) de manera reiterada que

[...] en materia de simulación la nominada ‘congruencia fáctica’, no ha de ser tan estricta que siempre deba mantenerse milimétricamente ajustada a los perfiles exactos definidos en la demanda, pues en tanto que se mantenga lo medular, es posible la introducción de otros factores antecedentes de la consecuencia jurídica pedida, a condición sí, de que aparezcan plenamente probados en el curso del juicio y que el demandado haya podido razonablemente controvertirlos. En la acción de simulación, es preciso ver sus particulares fines y objetivos para ajustar la congruencia a las necesidades prácticas del instituto. [...] Así las cosas, el fundamento fáctico en la simulación está constituido por la revelación de una voluntad real, y tal evidencia empírica, de ser descubierta, vendría a ser la causa de que se diga en la sentencia, a manera de mandato, que el acto oculto está llamado a gobernar a los contratantes.

Así las cosas, en la acción de simulación, el juez tiene mayor amplitud al momento de fallar, sin por ello vulnerar el imperativo de congruencia, pues no es necesario que desde la demanda misma el actor formule impecablemente las súplicas, ni que enumere taxativamente los hechos que probará para acreditar la simulación, ni que éstos permanezcan inmutables durante el proceso. Por el contrario, para que el juez declare la simulación basta que la intención del actor se deduzca del libelo por una interpretación lógica basada en

el conjunto de la demanda (Corte Suprema, 2009), que tales hechos aparezcan probados en el proceso como fruto de la actividad y controversia de las partes, y que ellos doten al juez de convicción sobre la voluntad real de las partes, diferente de la declarada.

Y es que la sola apreciación de la prueba indiciaria implica que “la libertad que de ordinario tiene el juzgador en su análisis adquiere una connotación mayor, puesto que su labor dialéctica se concentra en un juicio de valor “lógico-crítico, en el que partiendo de lo conocido, arriba el hombre a lo desconocido, resultando así que la apreciación del fallador se encuentra determinada por tal juicio y no por la objetividad de los hechos” (Corte Suprema, 1941).

En lo que sí debe tener cuidado el juez es en hacer una ponderación razonada del mérito de los medios de prueba en su conjunto para determinar si los medios allegados bastan para encontrar probada la simulación, pues cuando la prueba sea indiciaria, éstas y las conjeturas deben tener el suficiente mérito para fundar en el juez la firme convicción de la simulación del negocio. Esto sólo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes (Corte Suprema, 2003), dado que al tenor de los artículos 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, para los indicios sean tenidos como tales se requiere la plena prueba del hecho indicador y, además, que del conjunto de ellos aparezca “su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”. Por el contrario, “un único indicio [...] por su soledad y falta de convergencia carecería de la contundencia necesaria que condujera a afirmar que aquel contrato fue aparente” (Corte Suprema, 2004).

Para determinar lo anterior es menester analizar si los contraindicios y las pruebas allegadas al proceso por el demandado tienen la virtualidad de neutralizar los alegados por la parte demandante y, en consecuencia, para descartar la simulación alegada. Así, verbigracia, al indicio de la *retentio possessionis* alegado por el actor puede oponérsele la prueba de la posesión efectiva del bien por quien ale-

ga haberlo adquirido a través del negocio atacado, o la condición de simple tenedor que tiene el vendedor por la prueba de un contrato de arrendamiento con el comprador. Igualmente, frente al indicio de la falta de recursos económicos del adquirente para la época del negocio impugnado, cabe la prueba de la celebración concomitante de un contrato de mutuo para pagar el precio del bien. También convendría analizar la tardanza del demandante en formular el reclamo, las condiciones que pueden conducir al demandante a presentar la demanda, o las posibles denuncias del demandante en relación con incumplimientos del contrato por parte del demandado, con lo cual habría que descartar la inexistencia del mismo; todo esto para determinar si existen suficientes hechos indicativos de la seriedad de la negociación.

Ahora bien, precisamente por la libertad de valoración probatoria que se acentúa en procesos de simulación por las razones arriba expuestas, se ha aceptado de manera relativamente pacífica en la jurisprudencia que “la Corte, en esa labor valuativa como tribunal de casación, no puede, por regla general, quebrar los fallos de segunda instancia” (Corte Suprema de Justicia, 2006); porque la apreciación del juez de instancia es intocable en casación. En efecto, es aquél el encargado de determinar la existencia, convergencia y el grado de credibilidad que comporta el conjunto de indicios, aplicando las reglas de la lógica y de la experiencia.

Sólo excepcionalmente puede la Corte pronunciarse al respecto, cuando la estimación se ve al rompe como arbitraria, contraevidente o contraria a la lógica, por errores “evidentes y trascendentes” (Corte Suprema, 1998) que afloran sin necesidad de grandes esfuerzos racionales o intelectuales, como cuando se suponen o pretermiten ciertos hechos que dan lugar a deducir cierta conjetura o dejar de hacerlo, o cuando existe un quiebre en el juicio lógico jurídico de inducción del hecho desconocido a partir del hecho conocido por inexistencia de un vínculo de causalidad entre uno y otro. Por eso no basta que las pruebas arrojen varias posibles conclusiones contrapuestas y que el juez superior no esté de acuerdo con la opción

elegida por el de instancia, pues en estos casos la presunción de legalidad y acierto que ampara las sentencias judiciales debe prevalecer.

7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE SIMULACIÓN

7.1. Efectos generales

Los efectos de la simulación dependen, sin lugar a dudas, de la especie de simulación que se declare. En efecto, mientras que la simulación absoluta conlleva ineludiblemente a que todo el negocio desaparezca del mundo jurídico en atención a que “la simulación absoluta, *per se*, de suyo y ante sí, envuelve la inexistencia del negocio jurídico aparente, *per differentiam*, la simulación relativa, presupone la ineludible existencia de un acto dispositivo diferente al aparente” (Corte Suprema, 2009), de manera que en ésta sólo se disuelve lo ficticio, quedando en pie aquello que las partes realmente quisieron celebrar con los derechos y obligaciones inherentes a dicho tipo negocial, a menos que concurra alguna circunstancia de ley que obligue al juez a restarle fuerza jurídica al negocio deseado. En uno u otro caso, el juez que la declare debe ordenar las restituciones mutuas y la glosa en ese sentido de la escritura pública que contenga el acto simulado para revelar ante los terceros la realidad que subyace a dicha exteriorización de la voluntad.

Además, es lógico que una vez develada la simulación, no existe razón jurídica que justifique que el propietario aparente retenga bienes ajenos, por lo cual procede devolver las cosas al estado anterior o, de ser imposible, restituir las, por ejemplo, restituyendo en lo posible los derechos de los acreedores defraudados con la simulación (Corte Suprema, 2006).

En este sentido se erige el Código Civil en la norma que constituye el fundamento legal de la teoría de simulación, desarrollada vía jurisprudencial desde el 27 de julio de 1935, y que versa así:

ARTÍCULO 1766. SIMULACIÓN. 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.

La Corte Constitucional (2004), al declarar la constitucionalidad de esta norma, no sólo descartó la supuesta vulneración del principio de la buena fe, contenido en el artículo 83 de la Constitución Política, sino que además abordó el principal problema de este fenómeno, que radica en determinar la eficacia que debe otorgársele al aspecto secreto del acuerdo simulatorio frente al ostensible. Concluyó, pues, que resultaba ajustado a toda lógica que los efectos de lo acordado en términos modificatorios de un acuerdo inicial sólo afectarán a las partes de tal acuerdo, que evidentemente no querían seguirse rigiendo por el contrato inicial. Y consideró que no podían tener efectos contra terceros sino sólo a favor de éstos, precisamente para atajar esta modalidad de simulación por acto posterior secreto, para materializar el principio de buena fe y para proteger

a los terceros ajenos al acuerdo contenido en documento privado, que en virtud a la modalidad escogida por quienes los suscriben se torna desconocido para los primeros [...] Lo contrario implicaría dejar abierta la puerta a la interpretación subjetiva de los aspectos inherentes a las obligaciones civiles y comerciales en cuanto tocan con los terceros, con el consecuente impacto en la economía procesal.

Por eso, la Corte Constitucional acogió la postura jurisprudencial consistente en que los terceros pueden acudir a la declaración hecha en la escritura pública o a lo pactado por los contratantes en la contraescritura, según su conveniencia.

Esta consecuencia parece derivar de lo que en su momento expresó Ferrara (1940), y es que

[...] los mismos principios que se aplican a la reserva mental y que nadie osa discutir, se deben aplicar a la simulación, ya que ésta no es más que una reserva mental bilateral, y así como la reserva mental es ineficaz para el contratante que la ignora, así también la simulación que es una reserva común y consensual de ambos contratantes respecto a terceros, debe ser ineficaz en cuanto a éstos. Ni el acreedor, ni ningún otro que la pruebe puede valerse de ella, como tampoco podría beneficiarse de su demostración en el otro caso. Podemos suponer que los simulantes forman agrupados una unidad con relación al público y que hacen una declaración falsa reservándose mentalmente otra voluntad contraria que hacen constar en forma documental. En tal caso, deberá aplicarse por analogía el principio de que la reserva mental carece de valor jurídico.

7.2. Simulación y nulidad

En esencia, la voluntad por sí sola no basta para generar efectos jurídicos, y el ordenamiento jurídico protege sólo las determinaciones serias de voluntad manifestadas de buena fe y con un interés lícito, con algunas excepciones que abordaré más adelante. Por ello, la simulación absoluta, que apareja la inexistencia del acto jurídico, es excluyente por incompatible con una declaración de nulidad, “no pudiéndose predicar de un mismo acto dispositivo que es simultáneamente inexistente e inválido” (Corte Suprema, 2009).

Sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso de la simulación relativa, en la que sí existe un negocio vedado que, de no cumplir los requisitos legales de validez, debe anularse. Lo anterior no implica aplicar las normas sobre nulidad al fenómeno mismo de la simulación, pues de tiempo atrás quedó superada la teoría de la simulación-nulidad, en la que el acto aparente era nulo y carente de efectos por virtud de la máxima *quod nullum est, nullum producit effectum*; mientras que el acuerdo secreto tenía y tiene plenas consecuencias siempre que no atente contra el orden público y los derechos de ter-

ceros. Hoy, por el contrario, los conceptos de simulación y nulidad se encuentran claramente diferenciados: mientras que en la primera no existe vicio alguno en el negocio jurídico, 'en la nulidad, en cambio, la voluntad de las partes persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho' (Corte Suprema, 1951).

En efecto, una vez develada la realidad del negocio jurídico celebrado por vía de la declaración judicial de simulación relativa, competente al juez analizar los contornos del verdadero contrato, para que cuando éste esté viciado de nulidad absoluta así lo declare el juez. Esta declaración puede ocurrir incluso de oficio si aparece probado en el proceso el vicio de nulidad absoluta (artículo 2° de la Ley 50 de 1936) o si existe convicción de la existencia de la simulación absoluta; pero sólo puede declararse relativamente nulo el contrato si ésta fue alegada como excepción y todas las partes del contrato han sido convocadas al proceso.

Sobre lo último conviene revisar el texto del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, según el cual

[...] Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es fundada o no la excepción.

Es decir que si todas las partes del contrato están presentes en el proceso, el juez declarará la nulidad o simulación del acto o contrato, pero si al proceso no comparecen todas las partes que intervinieron en la formación del acto jurídico, el juzgador sólo podrá acoger como fundada la excepción, con lo cual se enervan las pretensiones del actor, impidiendo "que los contratos nulos o simulados puedan producir los efectos que los litigantes persiguen o que lleguen a

causar ulteriores perjuicios” (Corte Suprema de Justicia, 2001). Entiendo que esta postura es la más acertada, puesto que de entrada parece un contrasentido que si el juez encuentra probado lo ficticio del negocio, aun así esté obligado a reconocerle los efectos jurídicos pretendidos por las partes. De lo anterior dedujo la Corte en esa oportunidad que

[...] no es menester que el demandado proponga expresamente la excepción de simulación absoluta para que el juzgador pueda abordar su estudio y declararla probada, si es del caso, pues tal excepción puede ser declarada aun (sic) de manera oficiosa, sólo que en tal hipótesis, no produce ningún otro efecto distinto al de enervar las pretensiones de la demanda.

Veamos, para ilustrar este punto, algunos ejemplos. En el caso de una venta simulada para ocultar una donación, una vez declarada la simulación relativa, si el juez observa que la donación se realizó sin las formalidades exigidas para ello –como, por ejemplo, sin la insinuación–, debe anular el contrato cuando así se haya solicitado o excepcionado (o incluso de oficio cuando el vicio es de nulidad absoluta). Algo similar ocurrió en el seno del máximo tribunal de lo ordinario cuando se develó el acuerdo real –contrato de mutuo con garantía– que estaba detrás del aparente contrato de compraventa con pacto de retroventa, pues en dicha oportunidad la Corte Suprema de Justicia (2000) consideró que la garantía sobre el inmueble no podía subsistir por sí misma por ser contraria al artículo 2422 del C.C., “al que remite el art. 2448, en el sentido de que no puede estipularse que el acreedor tenga facultad de disponer del bien dado en garantía o de apropiárselo por medios distintos de los que el artículo 2422 prescribe y sin que valga ninguna estipulación” en contrario. Por eso en dicha oportunidad se declaró la nulidad relativa y además la nulidad absoluta del contrato real por objeto ilícito de la aludida garantía y, por ende, de la tradición.

Contrario sensu, cuando se realice una transferencia del dominio que el juez entienda como querida por las partes pero a través de un

negocio distinto del exteriorizado por las mismas, la transferencia misma de la propiedad debe permanecer incólume si no concurre una causa que aconseje lo contrario. Así ocurrirá en el caso en que, por ejemplo, al descorrer el velo constituido por un fingido contrato de compraventa entre una sociedad y uno de sus socios se encuentre que la voluntad de las partes estaba encaminada a hacer un aporte a la sociedad para aumentar el patrimonio social con el fin de mejorar la capacidad de contratación de ésta ante organismos estatales. Así, salvo que exista un motivo de ley que obligue anular el acto, la transferencia de la propiedad debe mantenerse.

7.3. Efectos de la simulación cuando hay terceros de buena fe

Ahora bien, es menester dejar en claro que, en ocasiones, pese a que se observen claramente los elementos que configuran la simulación, el juez debe denegar las pretensiones si encuentra que

de aniquilarse la venta simulada y disponerse la consiguiente anotación en el protocolo y el registro, se vulnerarían los derechos de los terceros que contrataron con el sedicente comprador [...] Dicho sin copadamente, los acreedores del comprador simulado y propietario aparente, por ser terceros, y de buena fe exenta de culpa, no pueden ser alcanzados por los efectos de la simulación absoluta (Corte Suprema, 2006).

Estos terceros pueden, en cambio, invocar la mera apariencia que motivó su actuar de buena fe para que obtengan la protección que, de tiempo atrás, les ha profesado el ordenamiento jurídico para proteger la estabilidad de las transacciones y la seguridad jurídica. En efecto, ha dicho la Corte Suprema (2008) que

lo aparente no está llamado a generar efecto alguno entre las partes y, frente a terceros, in casu, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre éstos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien

actuó de buena fe con base en la apariencia en preservación de ésta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales [...]

Asunto que abordaré a continuación.

Así las cosas, si bien en principio se protege al acreedor del vendedor aparente, la doctrina ha reconocido que en los casos en los cuales los acreedores del comprador aparente hayan promovido de buena fe “la ejecución sobre los bienes simuladamente adquiridos por su deudor, son considerados de la misma condición que los terceros que hayan adquirido de buena fe, confiando en la eficacia del negocio simulado” (Betti, 1935). En estos casos, al igual que si el bien objeto del negocio simulado fue embargado o adjudicado por liquidación de una sociedad conyugal, el negocio se volverá intangible, sin que por ello los simulados negocios jurídicos adquieran la calidad de reales convenciones con entidad para producir efectos entre las partes. Lo que ocurre es sencillamente que “el actor carece de interés jurídico para formular sus súplicas” (Corte Suprema, 1998), así que no será posible recomponer el patrimonio del vendedor simulado sino, por el contrario, la declaración de simulación debe ajustarse para provocar el menor daño posible a los acreedores del propietario real. Lo anterior podría lograrse, por ejemplo, reconociendo el derecho de aquéllos a perseguir los remanentes de los procesos ejecutivos promovidos contra el propietario aparente. Esta conclusión es congruente con lo que se ha dicho sobre la necesidad de que, una vez descubierta la simulación, los bienes sean detentados por su verdadero propietario y queden afectados a la prenda general de los acreedores de éste.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión diremos que la simulación de actos jurídicos consiste en el acuerdo de dos o más personas para fingir jurídicamente ante los demás la existencia de un negocio, o algunos elementos del mismo, con el fin de crear ante terceros la apariencia de cierto acto jurídico elegido por las partes, y sus efectos de ley,

en deliberada discordancia con la voluntad real de las partes. Su campo abarca la mayoría de negocios jurídicos, salvo algunos casos en los que la ley ha optado por dar prelación a la estabilidad del negocio sobre la necesaria identidad entre la voluntad de las partes y la declaración de la misma.

La acción para develar la realidad que yace tras el velo del contrato simulado puede ser intentada bien por las partes (gracias a la excepción del principio *Nemo auditur*) o bien por terceros que hayan sufrido perjuicios ciertos y reales a raíz del contrato simulado (como excepción a la aplicación estricta de la teoría de la *relatividad de los contratos*), y quien la alegue deberá demostrar la existencia de los hechos que acreditan la simulación. Se ha visto que, a raíz del sigilo con el que suelen actuar las partes, la principal prueba suele ser la indiciaria, pero lo cierto es que proceden todos los medios de prueba estipulados en la ley. A su vez, en este ámbito se acentúa la libertad apreciativa del acervo probatorio por parte del juez de instancia –que en principio es intocable en casación– y el principio de congruencia fáctica se atenúa, dotando al juez de mayores posibilidades para auscultar la verdad detrás del negocio aparente. Por último, en caso de prosperar las pretensiones, el negocio desaparecerá del mundo jurídico, o desaparecerán los elementos ficticios del mismo, salvo que tal declaración pueda afectar los derechos de los terceros de buena fe, o que el negocio real vulnere el ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS

- Betti, E. (1935). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Cámara, H. (1958) *Simulación en los actos jurídicos*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Corte Constitucional (2004). *Sentencia n° C-071 del 3 de febrero de 2004* (expediente D-4692). Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1941). *Sentencia del 24 de abril de 1941*. Citado Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2006). *Sentencia del 17 de enero de 2006* (expediente n° 02850). Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1951). *Sentencia del 29 de agosto de 1951* (LXX, 74). Citado Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1998). *Sentencia del 17 de noviembre de 1998* (expediente n° 5016). Ponente: Rafael Romero Sierra. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1969). *Sentencia del 21 de mayo de 1969*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1971). *Sentencia del 29 de abril de 1971* (t. CXXXVIII, p. 314). Citado Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2006). *Sentencia del 2 de febrero de 2006* (expediente n° 16971). Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1992). *Sentencia del 24 de junio de 1992* (expediente n° 3390). Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1994). *Sentencia del 24 de febrero de 1994*. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1998). *Sentencia del 23 de abril de 1998* (expediente n° 4544). Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (1998). *Sentencia del 17 de noviembre de 1998* (expediente n° 5016). Ponente: Rafael Romero Sierra. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2000). *Sentencia del 19 de junio de 2000* (expediente n° 6266). Ponente: Jorge Santos Ballesteros. Bogotá.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2000). *Sentencia del 27 de julio de 2000* (expediente n° 6238). Ponente: Jorge Santos Ballesteros. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2001). *Sentencia del 10 de septiembre de 2001* (expediente n° 5961). Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2003). *Sentencia del 24 de noviembre de 2003* (expediente n° 7458). Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2004). *Sentencia del 19 de mayo de 2004* (expediente n° 7145). Ponente: César Julio Valencia Copete. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2005). *Sentencia del 15 de diciembre de 2005* (expediente n° 19728-02), no publicada aún oficialmente. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2006). *Sentencia del 17 de enero de 2006* (expediente n° 02850). Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2006). *Sentencia del 6 de abril de 2006* (expediente 1747-01). Ponente: Cesar Julio Valencia Copete. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2006). *Sentencia del 17 de julio de 2006* (expediente 11001-3103-004-1992-0315-01). Ponente: César Julio Valencia Copete. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2006). *Sentencia del 4 de septiembre de 2006* (expediente 050013103007-1997-5826-01). Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2008). *Sentencia del 29 de octubre de 2008* (expediente C-5200131030032000-00288-01). Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2008). *Sentencia del 30 de julio de 2008* (expediente 41001-3103-004-1998-00363-01). Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2009). *Sentencia del 6 de mayo de 2009* (expediente 11001-3103-032-2002-00083-01). Ponente: William Namén Vargas. Bogotá.
- Coste (1891). *De la convention de prete-nom*. París.

- De La Morandiere, L.J. (1966). *Précis de Droit Civil*. París: Librairie Dalloz.
- Ferrara, F. (1940). Simulazione. En Torino, *Nuevo Digesto Italiano*, XII, 1ª parte.
- Ferrara, F. (1960, reimpresión.). *La simulación de los negocios jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Fourcade (1887). *De la simulación en droit civil et en droit fiscal*. París.
- Pájaro Moreno, M.E. (2005). *La relatividad del contrato y los terceros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rocha Alvira, A. (1967). *De la Prueba en Derecho*. Bogotá: Lerner.
- Savigny, F. C. (1879). *Sistema del derecho romano actual*. Madrid.
- Spencer, V. (1920). *Manual de direito civil brasileiro*. Río de Janeiro.