

LA SIMULACIÓN ABSOLUTA Y SU INCIDENCIA CIVIL EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE ENAJENACIÓN.

Por: FERNANDO MADERO MORALES

Resumen

El artículo analiza la utilización indebida del fenómeno de la simulación en grado absoluto y de manera dolosa en perjuicio de terceros, observando como en la mayoría de las veces sus protagonistas desconocen las consecuencias jurídicas en el ámbito civil. Igualmente, propone replantear la naturaleza jurídica de la actual tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre la *“prevalencia de la Voluntad”* por la tesis clásica de la *“Simulación-Nulidad absoluta por causa ilícita”*, apoyada en los principios de la buena fe y la solidaridad para los casos de simulación en grado absoluto e ilícito en perjuicio de terceros, pero manteniéndose la tesis de la prevalencia sobre la simulación absoluta lícita, así como la simulación relativa.

Palabras claves: Negocio Jurídico, simulación absoluta, riesgos civiles, teoría de prevalencia, teoría de nulidad absoluta, buena fe contractual y solidaridad.

Abstract

The article discusses the misuse of the simulation phenomenon of absolute level and in a willful manner to the detriment of others, seeing that most of the time the players don't know the legal consequences in the civil sphere. It also proposes to reconsider the legal status of the current thesis of the Supreme Court of Justice on

the "prevalence of Will" by the classical theory of "Absolute Simulation-nullity by illicit cause", based on the principles of good faith and solidarity for the simulation cases in absolute degree and unlawful to the detriment of others, whilst maintaining the thesis of the absolute prevalence of simulation lawful, and the relative simulation.

Keywords: Juridical business, absolute simulation, civil risks, theory of prevalence, theory of absolute nullity, contractual good faith and solidarity.

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tendencias de la contratación moderna, rescatan principios tan importantes como la buena fe y la solidaridad, vistos dentro de un contexto moderno y no clásico de los contratos, los cuales imponen a las partes en desarrollo de su autonomía privada, realizar sus declaraciones de voluntad en el marco de tales principios.

En este sentido, la buena fe y la solidaridad constituyen una función limitadora de la libertad contractual, limite que si bien no se consagraba expresamente a nivel normativo, en los últimos tiempos, de acuerdo con la doctrina se ha venido introduciendo *nivel* de los textos jurídicos, (en Colombia con la expedición del reciente Estatuto del Consumidor ley 1480 de 2.011) como además puede observarse en “dos textos procedentes de la Unión Europea: la Directiva 13/93 CE sobre cláusulas abusivas en contratos realizados con consumidores, que en España se ha implementado en el TRLGDCU, y los principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL)” (Ataz, 2011: 169).

Dentro de este contexto, es que se debe entrar a analizar la simulación como fenómeno contractual empleado por la partes de forma

perjudicial e ilícita en contra de terceros, por cuanto no puede seguir permitiéndose dar igual tratamiento a la figura de simulación lícita que a la ilícita.

La mentira continuamente ha sido una de las cuestiones que más ha interesado a las personas; pues, así parezca un desacierto, el rol que presenta en la sociedad resulta irrefutable, al facilitar en muchos casos la coexistencia de voluntades dentro de un conglomerado en general; por ello, es que algunas veces desde el punto de vista jurídico se admite y por tanto no resulta ajena en el mundo de los Contratos (Josserand, 1982, pp. 35).

Es el caso de la simulación, donde a pesar de falsearse la verdad de manera solapada es aceptada siempre y cuando no sea intencional ni afecte a terceros. La simulación constituye una institución que tanto la doctrina clásica como la jurisprudencia nacional y extranjera la consideran válida y pertinente en cuanto a sus fines, siempre y cuando se constituya en un interés serio y legítimo de las partes del contrato (Josserand, p. 46). No obstante, la mayoría de la veces las personas acuden a esta figura, no siempre con propósitos honestos y rectos, sino por el contrario con ánimo torticero y engañoso en perjuicio de terceros, desconociendo los riesgos de tipo patrimonial y penal que pueden correr por utilizar de forma ilícita esta figura, en caso de incumplimiento del acuerdo simulatorio. Por tal motivo, el objeto del presente trabajo, es llamar la atención de quienes acuden al empleo de esta figura, para que se abstengan de emplearla por los riesgos que la simulación puede comportar.

Otro propósito de esta investigación, y a manera de desestimular y desestimar el uso de este mecanismo, es revisar la naturaleza jurídica de la simulación pero *únicamente* respecto de los casos de simulación absoluta e ilícita en perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa a fin de que, de un lado, no sea considerada como una parte de la “teoría de la prevalencia

de la voluntad de los negociantes” (tesis actual tanto de la doctrina como de la Jurisprudencia sobre simulación absoluta como relativa) y de otro, que en caso de simulación en grado absoluto y de manera ilícita por los contratantes, se considere al negocio jurídico simulado como un negocio jurídico “Nulo absolutamente por causa ilícita”, teniendo en cuenta que, la voluntad expresada por las partes del negocio, fue motivada en perjuicio de terceros de buena fe, debiéndose en consecuencia dar aplicación estricta al artículo 1525 del Código Civil, que prohíbe repetir lo que se haya dado por causa ilícita, es decir, que no de lugar a reivindicar los bienes entregados. También esta investigación va encaminada a plantear una reforma a la legislación civil, para sancionar a quienes empleen esta vía de mala fe, imposibilitándolos a utilizar la acción de simulación así como, llegar a extinguir el dominio sobre los bienes empleados en la simulación.

En la misma forma hemos decidido trabajar la simulación en su grado absoluto e ilícito¹, de tal suerte que, en el mismo no se abordaran los temas atinentes a la simulación relativa lícita e ilícita ni tampoco al simulación absoluta de forma lícita. Lo anterior, a fin que el tema se encuentre debidamente circunscrito y lograr nuestra pretensión en el sentido que la explicación sea coherente.

Una de las ideas centrales al realizar el presente escrito, consiste en exhortar a quienes están pensando en realizar estos negocios jurídicos de amistad, a fin de tener presente los diferentes riesgos que existen circunstancias para los simulantes, que en la mayoría de los casos desconocen y que pueden llegar a afectar civil su patrimonio.

¹ A pesar de tener serios reparos sobre la posibilidad de licitud en los motivos para celebrar negocios simulados es importante indicar lo que afirma Francisco Ferrara, 1960, pág. 206: “El disfraz de un negocio jurídico no puede reprobarse por si mismo mientras no se ofenda con él a la Ley o el derecho de los demás, el mantener secreto un acto puede constituir un interés legítimo y respetable...” (1960, p. 206).

Finalmente, como la simulación debe abordarse en su estudio desde el punto de vista no solo jurídico sino también fáctico, analizaremos en la segunda parte del trabajo, es decir, en el segundo artículo que me corresponde realizar como parte de la investigación de la maestría, los principales aspectos probatorios relacionados con la simulación así como también las dificultades que, en muchas ocasiones, se presentan cuando se procura su demostración.

Para desarrollar este trabajo, hemos enmarcado el tema de la simulación en los Negocios Jurídicos de Enajenación, sin desconocer los otros negocios que a pesar de no de transferir la propiedad o dominio, resultan igualmente “utilizables” para los objetivos que la simulación suele perseguir.

A. Noción y Generalidades de la Simulación

Existe simulación cuando quiera que se encuentre una disconformidad intencional entre la voluntad y su declaración, acordada entre las partes con el fin de engañar a terceros (A. Acuña Anzorena, 1936, p. 14; Cámara, 1944, pp. 28 y 29; Ferrara, 1956, p. 440; Suárez, 1.993, p.181, Ortiz, 2.000, p. 41).

En términos coloquiales simular implica la realización de actos tendientes a hacer creer a los demás algo que no tiene existencia real; mentir en general, requiere la puesta en escena de una apariencia incoherente con la verdad de una situación o realidad.

Lo anterior, traducido al derecho mediante la figura jurídica de la simulación, se tiene como la “creación” de un acto que, en apariencia, figura como expresión de voluntad con efectos jurídicos plenos, pero que, sólo es utilizado como medio para obtener un resultado diverso al que el ordenamiento pretende de las declaraciones de voluntad.

Para una mejor comprensión de este trabajo, denominaremos “simulante1”² al sujeto de derecho que dispone de sus bienes mediante negocios ficticios y que en estricto sentido es quien engaña a sus terceros; “simulante2” a quien aquel ha escogido para transferir los bienes y “acuerdo simulatorio”; la estipulación entre los dos anteriores, se da para que una vez pasadas las circunstancias que dieron lugar al negocio aparente, el mismo se deba revertir en favor del simulante1.

El simulante1 en la mayor parte de los casos pretende con el negocio simulado, salvaguardar su patrimonio de amenazas inminentes, mediante la celebración de negocios de disposición, por medio de los cuales extrae de su peculio alguno(s) o la mejor parte de sus bienes, para trasladarlos a otra persona con el acuerdo privado entre este y aquel para que una vez pasada la situación que motivó la simulación, tales bienes sean “devueltos” mediante la celebración de otro negocio igualmente simulado.

En la práctica existen por lo general dos razones principales por las cuales se celebran los negocios simulados, tales son: defraudar a la sociedad conyugal y evitar la persecución de los acreedores, lo cual puede llegar a tener incidencia de índole civil y de contera las consecuencias que comporta su uso fraudulento.

B. INCIDENCIA DE LA SIMULACIÓN EN EL AMBITO CIVIL

Los riesgos más comunes que pueden darse al emplear la figura de la simulación, son:

² Las expresiones “simulante1” que también denominaremos S1 y “simulante” S2, las manejaremos como definiciones estipulativas, es decir, deberá dársele el alcance que dentro de este mismo escrito le adjudicamos.

1. PRIMER RIESGO: RESISTENCIA DEL SIMULANTE2

La expresión resistencia viene del latín *resistencia* que representa la acción o efecto de resistir o resistirse. En el campo de la simulación, el concepto lo utilizaremos para significar que el cosimulante (S2) incumple con el acuerdo de devolver los bienes recibidos por este, con título simulado;

La resistencia puede ser pasiva o activa. Estaremos en presencia del primer caso por la actitud simplemente negativa del cosimulante; en el segundo, el cosimulante (S2) desconoce expresamente el acuerdo ficticio al realizar actuaciones como las de transferir los bienes objeto de la simulación, los grava o inicia acciones para su entrega material.

1.1. RESISTENCIA PASIVA

Es importante para el esquema ficticio que el llamado *acuerdo simulatorio* (Diez, 1.957, pp. 7 ss., Garibotto, 1.991, pp. 209 y ss., Galindo, 1.996, pp. 391 y ss.), se cumpla integralmente, para lo cual hay que recordar que tal acuerdo consiste en que el simulante2, una vez haya pasado las circunstancias que generaron la celebración de la simulación, proceda a trasladar nuevamente los bienes que le fueron confiados, al patrimonio del simulante1, mediante la realización de otro negocio dispositivo. Allí radica obviamente uno de los riesgos más acentuados, por cuanto el negocio dispositivo³ es de confianza, vale decir, se parte de la base que el cosimulante cumplirá con lo acordado sin que, en principio, tal acuerdo figure en documento alguno, pues en principio se trata de no dejar evidencia de la

³ A manera de ejemplo, la compraventa, pero podría pensarse en otro contrato de los mal llamados títulos traslaticios de dominio, como el aporte a sociedades, la donación, etc.

ficción; no se suele declarar públicamente la intención de simular, como ocurre en la vida cotidiana, pues quién miente tiene como objetivo inmediato, que la verdad no sea descubierta. Tal ocultamiento de la verdad se convierte, eventualmente, en arma de doble filo en contra de los intereses del simulante.

El peligro inicial, consiste en que el cosimulante incumpla con el acuerdo simulatorio, pues en tal caso, como quiera que el negocio jurídico surte plenos efectos, el o los bienes “transferidos” se encuentran jurídicamente dentro del patrimonio del cosimulante y lo único que aquel puede hacer para que salga son, o su voluntad o una decisión judicial que rompa el nexo contractual, previa una acción de simulación.

Sobre el punto de la resistencia diremos que el incumplimiento del compromiso por parte del simulante² es de ocurrencia frecuente, pues la confianza es el éxito de la simulación y su desgracia dará al traste con las intenciones del simulante¹, lo que ocurre en no pocas ocasiones; pues tal como lo afirma Carnelutti (1997, p. 42) “la economía es enemiga de la moralidad” y es frecuente que quien a manera de encargo recibe bienes, tenga por tendencia la de apropiárselos, máxime si las normas de derecho privado avalan, en principio, tal comportamiento.

Si la resistencia pasiva se presenta, civilmente no existe ruta diferente a la de iniciar la acción de simulación, (mal llamada acción debiendo entenderse pretensión, toda vez que, la tesis actual es que la Acción es un Derecho diferente del Derecho material o sustancial) (Morales, 1978, pp. 139-142) la cual tendría como demandante al simulante¹ y como demandado al simulante²; en un proceso de tal naturaleza, la pretensión del demandante estaría enderezada a que el Juez declarara la inexistencia del negocio, a

causa de la ausencia de contenido negocial⁴, ausencia que puede demostrarse libremente y sin restricciones probatorias incluyendo todo tipo de medios, como son los indicios y pruebas documentales que ampliaremos en la segunda parte de este trabajo, destacándose dentro de estas últimas, las llamadas *contraescrituras* (Cifuentes, 1.986, pp. 513 y ss.; Alessandri, 1.991, pp. 339 y ss.) que se utilizan en estos casos para prever el incumplimiento del acuerdo simulatorio; como una forma de defensa, para lo cual el simulante¹ y el simulante² realizan una manifestación de voluntad en la que declaran que el negocio es simulado y que su intención real no fue la expresada sino que carecían de intención negocial en el mismo; a esto se denomina *contraescrituras*, que pueden ser privadas si sólo concurren las partes o elevadas a escritura pública, si se cumple con los requisitos enunciados en el estatuto notarial (Decreto 960/70); por supuesto que tal documento asegura al simulante¹ que en caso de resistencia del simulante², la prueba de la simulación sea expedita y plena, pero igualmente deja la posibilidad de poner al descubierto la farsa en que se ha fraguado, cuando sean los terceros quienes pretendan demandar, situación que la mayoría de los simulantes desean evitar.

Los efectos *entre las partes* de las llamadas *contraescrituras*, descritas anteriormente sean públicas o privadas son los mismos: tienen *plena eficacia* y valdrán si eventualmente se allegan como prueba de la existencia de la simulación, pues el efecto de las *contraescrituras* puede hacerse valer *entre las partes* como se reitera y a favor de los terceros, *nunca en contra de los terceros*. Lo anterior se deduce de una interpretación *contrariu sensu* del Inc. 1º. del Art. 1766 del C.C., es decir, las *contraescrituras* por un lado aseguran pero por otro puede perjudicar a quienes las celebran. Sobre este particular, el profesor Suescún Melo (1.996, p. 259; Solar, 1.939, p. 685 ss), es claro en afirmar que, las *contraescrituras* privadas y públicas que no contengan al

⁴ El contenido negocial se refiere a la seriedad y veracidad de la intención que las partes vierten en un contrato, en materia de enajenación, a guisa de ejemplo, estaría en la convicción del adquirente para adquirir el bien,

margen, en especial estas últimas, la anotación del negocio que se intenta modificar, no tendrán ningún valor probatorio en contra de terceros de Buena Fe exenta de culpa, por no serles oponibles el acto simulado ante la falta de publicidad.

En general todas las pruebas allegadas tendrán el propósito de descubrir la verdadera intención del negocio, por lo anterior la doctrina actual⁵ denominan la acción (pretensión) de simulación como de *prevalencia*, en la cual el funcionario debe desbrozar el velo aparente del negocio público y ostensible y proceder a declarar lo que en realidad los contratantes han querido celebrar: si se logra probar que no hubo voluntad real, la voluntad aparente debe ser declarada inexistente, privándolo de los efectos producidos, para lo cual se ordenará la cancelación de la escritura pública y el correspondiente registro que de ella se hubiere realizado, ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo correspondiente al inmueble. Sobre este particular ha venido reiterando la Corte⁶ que dentro del fenómeno simulatorio sólo está presente “...*sino un solo y único acto, resultante de la misma voluntad, expresada en parte con fines de mera apariencia, y en parte con fines efectivos; y no dos actos jurídicos distintos, uno ostensible y otro oculto, destinado el segundo a alterar el primero.*”

Al respecto y en aplicación de la llamada acción de prevalencia, ha dicho la Corte Suprema de Justicia Colombiana⁷ que: “... ese móvil que ha inducido a las partes a fraguar la simulación y crear con ella una apariencia engañosa

pagando el precio y correlativamente por parte del enajenante en hacer propietario al adquirente.

⁵ Para el profesor Suescún Melo, Ob. Cit. “... se pusieron en pie de igualdad partes y terceros en lo tocante a la libertad probatoria de que gozan para demostrar en adelante la simulación (1.996, p. 269). En igual sentido pueden consultarse Valencia Zea, 1.988, pp. 97 y ss., Ospina 1983, p. 143.

⁶ Casaciones Civiles de 21 de mayo de 1.969; 25 de septiembre de 1.973, mayo 19 de 1.975, Diciembre 15 de 1.976 y mayo 23 de 1.977.

⁷ Casación Civil, 24 de febrero de 1994 con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero Exp. No. 4115. Págs. 31 y 32. En igual sentido se pronunció en Casación civil del 8 de Junio de 1954, 2 de Septiembre de 1954 y 5 de Octubre de 1954 y especialmente en Casación del 23 de Abril de 1998 con ponencia del Dr. Jorge Antonio Castillo Rúgeles.

ante terceros; ese móvil varía en cada caso particular y puede ser lícito o ilícito. De donde resulta que, mientras en los contratos serios la causa ilícita engendra nulidad de éstos en los negocios simulados la ilicitud del móvil o causa simulandi no produce la misma consecuencia extintiva...”. Reitérese que lo que resulta inexistente, como ya se indicó atrás, es la voluntad pública exteriorizada por los simulantes, debiendo en consecuencia el juez declarar la prevalencia de la voluntad oculta como un acto jurídico único.

Recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reitero dicha postura⁸ al decir: *“Por consiguiente, la simulación constituye un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de la realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única, prevalente y cierta para las partes.”* (Subraya fuera de texto).

La doctrina por su parte señala que la teoría monista o de prevalencia es la que goza de mayor aceptación por parte de la Corte Suprema de Justicia; aclarando que el propósito de la acción de simulación no es como otrora la primacía del acto oculto y real sobre el declarado y ficticio, ya que según los monistas, se trata de un acto jurídico único con una exteriorización que se bifurca en dos declaraciones de voluntad, prevaleciendo la declaración secreta sobre la pública (Suescun J. y Suescun F., 2009: 417).

De otro lado, se podría señalar que con la institución de la acción de prevalencia a favor del simulante¹ se rompería la regla de derecho según la cual “a nadie le es dado alegar su propia culpa o dolo en su favor”⁹ siendo

⁸ Sentencia de julio 30 de 2.008 Exp.00363-01 y Mayo 6 2.009 Exp.-00083-01 Magistrado ponente William Namén Vargas.

⁹ Principio de Derecho “**NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDEAM ALLEGANS**”, el cual la Corte Constitucional lo ha hecho parte del ordenamiento Jurídico Colombiano, para lo cual se podrá consultar la Sentencia T-1231 de Diciembre 9 de 2.008, Mag. Ponente Mauricio González Cuervo, punto 3.3.

importante obtener una explicación para aplicar la excepción a la regla citada. Así dijo la Corte: "... La prohibición de repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, que establece el artículo 1525 del Código Civil, constituye la consagración legislativa de la regla *Nemo Auditur*. Esa prohibición no tiene cabida en materia de simulación, como viene de lo dicho, y además su aplicación en este campo produciría consecuencias irritantes y conduciría a situaciones injurídicas. En efecto, la aplicación de tal regla afianzaría los negocios simulados en vez de destruirlos como consecuencia de la simulación misma; daría lugar a que esos negocios produjesen un resultado idéntico al que genera el cumplimiento de las obligaciones naturales, y derivaría, hacia el enriquecimiento injusto por parte del simulante demandado, cómplice y aún posible autor principal del fraude a terceros o a la Ley..."

Los argumentos expuestos anteriormente por la Corte Suprema de Justicia, parten del sustrato moral que penetra las normas jurídicas y que impide que ellas sean una sumatoria aritmética de conductas permitidas y prohibidas expresadas por escrito; en efecto, se considera digna de tutela una acción, cuyo objetivo es el esclarecimiento de la verdad negocial frente a una apariencia engañosa, por cuanto la **ley** no fue hecha pensando en beneficio de quienes actúan de mala fe, en particular, a quienes utilizan la simulación en su grado absoluta e ilícita y en perjuicio de terceros de buena fe. El engaño se opone a la verdad, que es el espíritu de toda norma jurídica, general como lo es la ley.

Los argumentos de la Corte Suprema, reiteramos nos merecen algunos reparos; ya que, si en gracia de discusión se aceptara que la normatividad se encuentra imbuida de moralidad, es igualmente cierto que tal valor debería ser aplicado, para el caso particular, en forma que redunde a favor de un mayor número de personas y para ello es necesario ver la circunstancia en forma global; así, **en nuestra opinión** debemos notar que la celebración de

negocios simulados por razones ilícitas (vale decir negocios jurídicos de confianza para defraudar acreedores o distraer el patrimonio común de los cónyuges) no puede estar dentro de lo que jurídicamente es digno de tutela a través de una acción judicial, máxime si la misma es presentada por quien no tiene las manos limpias ante la justicia¹⁰, si quien demanda sólo busca como objetivo afianzar una conducta irregular y la seguridad patrimonial de sus efectos, en nuestro sentir, no ostenta razones para solicitar protección del órgano jurisdiccional, que por tanto debería hacer oídos sordos, ante su solicitud; lo contrario si hiere el sentimiento jurídico e inhibe la labor pedagógica que deben cumplir las normas de derecho.

Lo anterior se fundamenta, teniendo en cuenta que la base que inspira el tratamiento legal de la figura de la simulación, dentro de una concepción objetiva del negocio respetuoso de la vida social es la buena fe, y no el carácter individualista del valor exclusivo de la voluntad interna de los simulantes. (Betti, 2.010: 352).

Conforme a lo expuesto, siendo la buena fe y la lealtad clausula general de todos los negocios jurídicos, apoyada en la solidaridad que se deben las partes, es por ello que la simulación absoluta e ilícita, no puede ser fuente de *abuso del derecho* (Franzoni, 2004: 700), por cuanto de ser así, ley estaría validando daños a terceros sin justa causa. En la actualidad se ha superado la visión antagónica de los contratantes, según la cual estos sólo buscan ventajas entre sí. El contrato se nos presenta como un acto de cooperación, en donde cada parte procura obtener un beneficio compatible con el de la otra parte. El contrato se ha convertido en un instrumento de coordinación para satisfacer intereses recíprocos, inspirado en la lealtad y la buena fe. Por

¹⁰ La propia Corte Suprema dijo en sentencia de Casación Civil del 23 de Junio de 1958 con ponencia del Maestro Arturo Valencia Zea que; “...Repugna que el autor de un dolo pretenda aprovecharse de él en su beneficio particular o en beneficio de terceros. La vigencia del principio expuesto de que las acciones judiciales carecen de viabilidad cuando su objetivo esencial es el aprovechamiento del dolo que alguien haya cometido...”.

tanto el contrato cumple una función social importante, que permite la colaboración entre las partes. (Cusiñas, 2002:17).

De otra parte, si se da aplicación al principio de *solidarismo contractual* que debe guiar todos los negocios jurídicos y que consiste en que las partes deben actuar en colaboración, ayuda mutua, rechazando actitudes no adecuadas a la conducta social, considero que estos mismos valores éticos deben tenerse en cuenta al momento de celebrar el contrato, con miras a no perjudicar terceros de buena fe (Bernal, 2007: 18,19).

En este punto resulta importante precisar, siguiendo a JOSE LUIS DE LOS MOSOS, (De los Mosos 1988, 224) que el principio general de buena fe no se puede confundir con el principio de solidaridad social, entendido como una restricción al actuar de las personas en busca del interés social superior, ya que la buena fe se aplica particularmente en el campo de las relaciones intersubjetivas y no en un plano social.

Por ello, contra la actual tesis de la prevalencia validada por la Corte Suprema de Justicia respecto a la *naturaleza jurídica* de la acción de simulación, (como sinónimo de pretensión) podemos recurrir a un antecedente importante, cual es la tesis que se aplicaba anteriormente, denominada “*simulación-nulidad*” (Mosset, pp. 232-240; Melich, 1.986, p. 351 y ss.); teoría que a pesar de haber sido superada, la siguen sosteniendo algunos tratadistas, sin que les dejen de asistir buenas razones, **pero aplicada únicamente para los casos de simulación absoluta e ilícita en perjuicio de terceros**, ya que en los demás casos debe seguirse aplicando la tesis de la prevalencia; se trata de considerar el negocio simulado absoluto y doloso como un caso de nulidad absoluta, pues lo que pretendemos es remarcar que en los casos en se utilice la referida simulación absoluta es porque el contrato adolece de una causa ilícita por tener como motivación el perjudicar a terceros.

En ese **sentido proponemos que**, la falta de contenido negocial con fines ilícitos en la celebración de negocios simulados en forma absoluta, se equipara con la causa ilícita; a pesar de considerarse obsoleta, *la aplicación de esta tesis apoyaría eventualmente, una solución mucho más acorde con la justicia y el interés general, ya que al aplicarse las reglas de nulidad absoluta por causa ilícita, la acción sería permeable a los efectos propios que tal anormalidad conlleva, en particular la aplicación del Art. 1525 del Código Civil, según el cual “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, de ser así, el efecto que produciría la norma citada sobre el negocio simulado, sería la declaratoria de nulidad absoluta por causa ilícita y la improsperidad de la reivindicación como consecuencia de existir una certeza en las partes de la presencia de una causa que repugna el ordenamiento jurídico.* El elemento “a sabiendas” para los fines probatorios, podría ser demostrado claramente (en especial con la prueba de indicios) dentro del trámite procesal, como quiera que la simulación se realiza a “ciencia y paciencia” de quienes intervienen en ella y es el simulante¹ quien en su consideración racional decide disponer de su(s) bien(es) por una razón ilícita.

En aplicación de la doctrina imperante (Cardona, 2001, pp. 106-107; Escobar 2007, pp. 169-174), el simulante¹ conserva la posibilidad de demandar una acción para que los bienes que ha sacado de su patrimonio reingresen a éste, si el cosimulante (s2) no respeta voluntariamente el acuerdo simulatorio, recurriendo a un proceso declarativo, hoy ordinario. Sin embargo de aplicarse **nuestra postura**, dicha situación validada por la Corte¹¹, podría ser catalogada de anómala; pues es claro que los negocios que tienen como motivo una actuación contraria a los preceptos jurídicos se encontrarían afectados de nulidad absoluta por ilicitud en la causa, llevándose de paso los

¹¹ Ver Sentencias Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Julio 30 de 2.008 Exp.41001-3103-004-1998-00363-01 y mayo 6 de 2.009 Exp. 11001-3103-032-2002-00083-01.

principios mencionados de solidaridad y buena fe que deben preceder y mantenerse en todas las relaciones contractuales. Pues bien, la Teoría clásica de la simulación-nulidad, se fundamentaba erróneamente, indicando que cuando faltaban dos elementos esenciales al contrato (consentimiento y causa) el negocio se consideraba inexistente; postura duramente criticada, debido a que si ello era así, tal situación no daba lugar a la nulidad sino a la inexistencia de negocio¹²; ahora bien, de lo que se trata en este trabajo, es de recoger la tesis clásica de la simulación-nulidad, pero no sustentada en los argumentos que en su momento expuso la Corte e indicados atrás, sino replantearla para el caso de la simulación absoluta e ilícita con fines fraudulentos a terceros de Buena Fe, a fin de que el simulante¹ que acciona tal pretensión (simulación) o cuando se acciona por el tercero, el juez declare que el contrato simulado es Nulo de nulidad absoluta por causa ilícita (**por ser contrario a las buenas costumbres- negocios inmorales- “manera de pensar y sentir de las gentes que obran con criterio de honradez y pulcritud”** al decir de Valencia Zea, (1.988, p. 579); decisión que impedirá legalmente al simulante¹ reivindicar los bienes transferidos, en aplicación del artículo 1525 del Código Civil Colombiano antes aludido.

Los negocios simulados en forma absoluta e ilícita, afectan en forma grave la veracidad y confianza de los contratantes en el tráfico económico¹³, lo que resulta ser un aspecto de vital importancia para el mercado y para la economía, todo lo cual es de interés público y no de interés particular como la institución de la acción de simulación cuando es ejercida entre las mismas partes que la han fraguado, máxime si tiene como demandante a quien normalmente es el determinador de la conducta simulatoria, esto si que es una situación injurídica e irritante.

¹² Casaciones Civiles de marzo 28 de 1.901, abril 30 de 1.923, 27 de noviembre de 1.891, 29 de octubre de 1.910, mayo 2 de 1.929, 13 de diciembre de 1.934 entre otras.

¹³ Sobre este punto pueden consultarse en los Arts. 333 y 334 de la C.P. e igualmente las sentencias C-578 y C-579 de 1999, de donde se puede inferir que la simulación absoluta e ilícita si afecta el tráfico mercantil de los negocios, que por lo general son lícitos y de buena fe.

Obsérvese que si el simulante no pudiera demandar la acción de simulación en contra de su simulante² renuente, se vería amonestado por tal circunstancia y sería proclive, en forma natural y sin presión directa pero concreta, a evitar la celebración de negocios ficticios futuros bajo esta modalidad dolosa.

En suma, consideramos que sería sano que ya sea mediante la aplicación del citado argumento y/o replanteamiento de la tesis clásica de simulación-nulidad o por vía de promulgación de una disposición legal, (basada en los argumentos antes expuestos) tomando en cuenta que dentro de nuestro ordenamiento civil y/o comercial no existe regulación legal al respecto, se prohibiera la prosperidad de la pretensión prevalente en tratándose de demandas entre los partícipes de la ficción cuando ella tuviera un móvil o *causa simulandi* ilícita en perjuicio claro de terceros, ya que nos resulta claro que la forma de evitar la mentira comercial no es mediante la posibilidad de demandar para establecer la verdad, sino evitar que aquella ocurra, utilizando para eso todos los instrumentos disponibles, incluyendo los que aquí se indican.

Por los argumentos expuestos y en el evento de que la Jurisprudencia no cambie su posición (*revirement*), sugerimos que por vía legislativa se sancione la utilización de la simulación absoluta e ilícita, con base en una norma que podría tener el siguiente tenor:

“Quien pretenda ante juez solicitar prevalezca la voluntad oculta del negocio jurídico simulado, a sabiendas de ser ilícito y en perjuicio de terceros, perderá cualquier derecho o acción sobre la cosa o bienes transferidos, los cuales pasaran a la Dirección Nacional de Estupefacientes o quien haga sus veces, previo proceso de extinción del dominio.”

Todo lo dicho tiene como objetivo evitar la proliferación de negocios simulados **de forma absoluta e ilícita**, que afectan como se indicó, el desarrollo del mercado y lesiona gravemente la confianza social. Como el ser humano en muchas ocasiones resuelve su proceder con base en el miedo y no en la convicción, el temor fundado de que la ficción puede desarrollarse en su contra, posibilita que el eventual simulante¹ y cosimulante (S2) se hagan responsables de su condición y de los efectos de su proceder, sin acudir a una forma “legal” de eludir la situación.

1.2. RESISTENCIA ACTIVA

Se trata en este caso de una negativa del simulante² para realizar el cumplimiento del acuerdo simulatorio, que apareja además una actividad negocial o judicial por parte de aquel, en el sentido de llevar él o los bienes recibidos como consecuencia de la simulación, fuera de su patrimonio, en tal forma que se presenta un cambio en la situación jurídica de los bienes o conduce a impetrar una acción judicial tendiente a la entrega material del bien sujeto a registro (López, 2009, p. 148). Más adelante se referirá la situación que se presenta cuando el simulante² constituye un gravamen sobre el bien.

1.2.1. DISPOSICION DEL BIEN

Como se indicó, en atención a que los efectos del negocio simulado desde el punto de vista jurídico son plenos, esto es, cumplen con el cometido de trasladar los bienes del patrimonio del simulante¹ al del simulante², puede resultar que este último al tener la propiedad de tales bienes y desconociendo activamente el “acuerdo simulatorio”, proceda a disponer de los bienes que ha recibido como consecuencia de un negocio ficticio, a una

tercera persona con la cual celebra otro contrato, mediante el cual transfiere los bienes a tal contratante, quien figurará como nuevo propietario a partir de ese momento.

Esta situación la hemos calificado de renuencia “activa” pues conlleva un incumplimiento del acuerdo entre simulantes, pero además genera una dificultad adicional, por cuanto al tercero en condiciones normales, no le es posible conocer la circunstancia de la cual adolece el título que sirve de fundamento a la propiedad que el simulante² le transfiere; así el tercero en principio, no tiene cómo saber que el negocio por el cual adquirió su enajenante era simulado, lo que le otorga un beneficio jurídico: el de ser considerado de buena fe, salvo que al margen de la escritura matriz, se haya hecho la salvedad, conforme al artículo 1766 del Código Civil antes citado, lo cual coloca al tercero conocedor del acto simulado.

Tal beneficio lo “soporta” el simulante S1, pues en caso de impetrar la acción de simulación, en primer lugar tiene que dirigirla en contra del simulante² pero en litisconsorcio necesario con el tercero adquirente, pues el objetivo último de dicha acción es la recuperación del bien distraído y como este se encuentra en cabeza del tercero es también contra él que se debe dirigir la pretensión, con el fin de poderlo citar, vencer, y condenarlo a restituir; (Parra, 1977, p. 38; Suescún 1.996, pp. 251-252; Riviera, 1.993, p. ss 856)¹⁴.

Si el demandante pretende que el bien vuelva a su patrimonio, para ello es preciso extraerlo del patrimonio del tercero, lo cual es posible únicamente si se logra establecer lo siguiente:

1. La simulación (admisibles todo tipo de pruebas) del negocio celebrado entre S1 y S2.

¹⁴ Véase artículos Art. 29 de la C.N. en concordancia con el Art. 51 del C.P.C.; Casaciones Civiles de 27 de octubre de 1.954, 17 de junio de 1.963, 19 de mayo de 1.964.

2. La mala fe del tercero, la cual consiste como en la totalidad del derecho en el conocimiento; para este caso particular, que el tercero sabía, conocía o debía conocer, la circunstancia de haber sido simulado el negocio entre S1 y S2¹⁵. Sobre este particular puede consultarse al Profesor Suescún Melo antes citado.

La prueba de la simulación como se analizará más en detalle en la segunda parte de este trabajo, entre S1 y S2 es libre, pero si de contraescrituras se trata, es preciso tener en cuenta que la eficacia de tales documentos difiere cuando se trata de hacerlos valer *en contra* de los terceros, por las razones expuestas al explicar anteriormente el alcance del artículo 1766 del C.C. Si la contraescritura fuera privada o hecha mediante escritura pública y esta no se hallare registrada al margen de la escritura de compraventa entre S1 y S2, el tercero puede alegar el desconocimiento del documento, por serle inoponible¹⁶ y mantener por tanto su derecho incólume. En este caso, si no se desvirtúa dicha inoponibilidad y no se logra probar que el tercero conocía la simulación, la pretensión tendiente a que el tercero restituya el bien transferido simuladamente, en principio, estará llamada al fracaso.

En cambio, si la contraescritura ha sido registrada al margen de la escritura de enajenación, entre los propios S1 y S2, al tercero no le es posible alegar que desconoce la simulación siendo condenado a restituir el bien, por resultar probada su mala fe. Cuando existe contraescritura registrada, a partir de la fecha de su registro, no podrán existir terceros de buena fe por cuanto los terceros adquirentes soportan una carga de vigilancia y diligencia que le impone la revisión y estudio de los títulos antecedentes al de su

¹⁵ Suescún Melo, Ob. Cit. Págs. 207 -215.

¹⁶ “Los contratos son Ley para las partes” (art.1602 C.C.) tales principios de juridicidad y relatividad contractuales se encuentran como fundamentos de los negocios jurídicos y es con base en ellos que el tercero puede evitar los efectos de la contraescritura, al ser imposible “enrostrarle” un conocimiento que *a prima facie* no posee, ante un documento y acto en que no ha concurrido como parte; los contratos ilegalmente celebrados NO son ley para las partes, ver CSJ, sent. 02 feb. 2001 MP Carlos Ignacio Jaramillo.

enajenante, incluyendo aquel por el cual este ha adquirido, de donde se deduce que si realiza la investigación, encontrará o podrá encontrar que el negocio antecedente es simulado y lo sabrá, por ello es de mala fe al adquirir en tales condiciones. Una vez se registre la contraescritura, los terceros *sabrán* o lo mismo *podrán saber* que el negocio era simulado de donde se extrae la mala fe¹⁷ del tercero y la prosperidad de la pretensión tanto simulatoria como reivindicatoria.

De lo dicho se concluye que la mejor protección frente al peligro comentado es la celebración de contraescrituras públicas que se registren al margen de la escritura contentiva del negocio simulado, pero en la misma forma dicha inscripción es el peor enemigo del negocio simulado, al poderse probar fácilmente la ficción por parte de los terceros (acreedores y cónyuges) que podrían allegar tal prueba con eficacia de documento público y que aquellos pueden utilizar en *su favor*, como se infiere de la interpretación *contrariu sensu* del inc. 1º. Del Art. 1766 del C.C. (Alessandri, 1991, pp. 339).

Ya hemos indicado que el tercero puede perder el bien que ha adquirido de parte del simulante², cuando se logra probar la simulación y el conocimiento que este tercero poseía sobre la circunstancia simulatoria; pero si perdiera el bien, obsérvese que el tercero podría, en términos teóricos, demandar al simulante² en ejercicio de la acción indemnizatoria de saneamiento por vicios de derecho o evicción, reclamación que ostenta en su condición de adquirente y como consecuencia de resultar evicta la cosa por un vicio en la transmisión del derecho de propiedad que le realizara su enajenante.

¹⁷ En el derecho la buena o mala fe, se encuentra determinada por el conocimiento de un hecho relevante y la conducta asumida por el sujeto a partir de tal conocimiento. En el caso de la simulación tal conocimiento se refiere al hecho que el título de su antecesor en el derecho era simulado. (art.90 C.N.)

Es oportuno decir que la principal obligación del enajenante es la de hacer propietario al adquirente¹⁸ (Gómez 1.999, p. 56; Bonivento, 1.986, p.96 y ss.), lo que no se cumple cuando este, por motivos de derecho pierde por decisión judicial, la cosa que pretendió adquirir mediante el negocio de enajenación. La pretensión sería indemnizatoria, consistente principalmente en que se le retorne el precio que el adquirente ha pagado al enajenante, las costas judiciales que ha tenido que asumir dentro del proceso y los eventuales frutos a que fuera condenado en la acción (Valencia, 1988, p. 65). El problema jurídico que se deduce de lo planteado es el siguiente ¿procede la acción indemnizatoria que inicia el adquirente contra el enajenante, como consecuencia de haber resultado evicta la cosa enajenada en acción de simulación impetrada por el simulante1? Nos inclinamos por la respuesta negativa, por cuanto como lo expresamos arriba, una de las bases fundamentales por las cuales el tercero adquirente pierde el bien, radica en él mismo, en su *mala fe*, lo cual no puede servir de apoyo para la prosperidad de una petición indemnizatoria como la comentada, a favor de alguien que ha perdido su derecho en razón de su indebido proceder. Habría en este supuesto venta de cosa ajena? El tercero que conoció del acto simulado, sin que ya pueda alegar su Buena Fe-contrasentencias con nota al margen, le es en consecuencia oponible el acto simulado y por ello considero no resulta viable su pretensión indemnizatoria.

1.2.2. SIMULANTE2 DEMANDA EN PROCESO DE “ENTREGA DE LA COSA POR EL TRADENTE AL ADQUIRENTE”

La celebración de ficciones implica de suyo que el bien se traslada de patrimonios en forma “aparente”, es decir, entre simulante1 y simulante2 se llega al acuerdo por lo general que aquel siga disfrutando de la posesión

¹⁸ No es pacífica tal afirmación, pero seguimos los argumentos y sentencias de fechas: 15 de Septiembre de 1955, 14 de abril de 1961, 2 de Septiembre de 1970.

material del bien¹⁹, por lo cual una forma audaz de renuencia consiste en que este último, en abierto incumplimiento y desafío al pacto, presenta demanda en la cual pretende que se le entreguen los bienes materia del acto simulado, lo cual realiza iniciando el proceso abreviado de “Entrega de la Cosa por el Tradente al Adquirente”, regulado por el Art. 417 del C.P.C., en el cual debe demostrarse:

1. Que se trata de bienes inmuebles o mueble sujetos a registro.
2. Que se otorgó escritura pública o documento privado.
3. Que se registró debidamente en Instrumentos Públicos.
4. Que la entrega material no se ha realizado (López, pp. 148-152; Bejarano, 2.005, p 139 y ss.; Parra, 1.995, p. ss.17-18).

En principio el simulante² podrá demostrar la totalidad de los elementos que constituyen la base de la prosperidad de la pretensión, incluyendo el último mencionado, pues en la mayor parte de los casos en el texto de la escritura contentiva del negocio, se incluye una cláusula según la cual la entrega material se ha realizado a satisfacción del “adquirente”, no obstante lo cual el demandante (simulante²) puede afirmar dentro del texto de la demanda que tal situación no ha acontecido, que es una negación indefinida y por tanto se encuentra dispensada de ser materia de prueba.

Consideramos entonces que el proceso una vez se inicie y se notifique, deberá el demandado (simulante¹) proponer por vía de excepción la simulación del título y desplegar, con términos apremiantes, toda la actividad probatoria que eventualmente correspondería realizar en una acción de simulación. Es posible que el simulante¹ ya hubiera iniciado el proceso de simulación, por lo que en el mediano plazo encontramos viable que el simulante¹ solicite al Juzgado que conozca del proceso de entrega, la Prejudicialidad civil y no se falle este, hasta tanto haya sentencia

¹⁹ Esta circunstancia es denominada “Retentio Possessionis” y constituye un indicio de simulación negocial.

ejecutoriada dentro del ordinario de simulación. Claro que esta solicitud suspenderá el proceso de entrega, sólo a partir de que se pruebe la existencia del otro proceso y este se encuentre en situación de ser fallado.

2. SEGUNDO RIESGO: PERSECUCION DE LOS ACREEDORES DEL SIMULANTE²

Como quiera que el negocio simulado de forma absoluta e ilícita produce la totalidad de los efectos jurídicos y especialmente la transferencia de la propiedad, es claro que ocurre un desplazamiento efectivo de un patrimonio a otro, por esto los bienes involucrados en el negocio ficticio se radican en cabeza del simulante², con lo que se convierten en susceptibles de ser perseguidos por los acreedores de éste (art. 2488 del C.C.; Ospina, 1.980, p. 65 y ss.; Cubides, 1.996, p. 282 y ss.).

Al convertirse los bienes en objeto de la prenda general de garantía de los acreedores del simulante², estos encontraran en ellos la posibilidad de ser embargados, secuestrados, valuados y rematados en proceso ejecutivo. Lo anterior surge con dos posibilidades, ya que de un lado los acreedores pueden ser quirografarios, es decir sin garantías reales, los cuales embargarían el(os) bien(es) en la forma anotada, pero de otro lado el simulante² puede constituir garantía hipotecaria en favor de sus acreedores, los cuales normalmente desconocen la circunstancia simulatoria, por lo cual es obvio que aceptarán la constitución de la hipoteca, en el entendido que no hay ningún impedimento de carácter legal por cuanto es claro que el simulante², a la sazón, es propietario y por tanto se encuentra en capacidad de constituir la garantía real hipotecaria (art. 2439 del C.C.)²⁰.

²⁰ Al respecto consultar la Sentencia de la C.S.J. –S.C.C.- de fecha 23 de Julio de 1996 en Revista Jurisprudencia Civil. Editora Jurídica de Colombia. Pág. 223. Mag. Pon. Carlos Esteban Jaramillo, en la cual se

Cuando la persecución de los acreedores quirografarios o hipotecarios del simulante² se lleve a cabo por medio del proceso ejecutivo, estos procederán a embargar el bien y el simulante¹ al notar tal situación, tiene un primer camino que es la presentación de la demanda de simulación en ejercicio de la acción de prevalencia y dentro de tal trámite solicitar la práctica de la medida cautelar de inscripción de la demanda, la cual procede aun en los casos en que el bien haya sido objeto de embargo con anterioridad (Inc. 4º Lit a. Del Num. 1º del Art. 690 del C.P.C.); medida cautelar, que no retira el bien del comercio, pero requiere a los terceros en el sentido de hacerles conocer la incertidumbre jurídica en la que se encuentra el bien cautelado; por ello si alguien llegare a adquirirlo, se entenderá vinculado a la suerte, en este caso, del simulante² en el proceso ordinario de simulación (Inc. 4º. Del Art. 527 del C.P.C.; Quintero, 2.001, p. 43; Morales, 1.978, p. 44).

Una vez inscrita la demanda decretada en el proceso ordinario de simulación, el trámite del proceso ejecutivo, continúa pero se hace necesario que dentro del avalúo que se realice se indique la circunstancia precisa acerca de la litigiosidad del derecho a rematar y que la pericia sea coherente con el alea que ronda el bien frente a quien adquiera el derecho e igualmente debe quedar indicada la mencionada condición en el aviso de remate que describe el objeto a licitar, so pena de incurrir en la nulidad del martillo por falta de especificación de los derechos rematados (Núm. 2º. Art. 525 del C.P.C. en c.c. con el Núm. 2º del Art. 141 ibídem). Una vez se le adjudique al rematante el derecho, podrá presentarse al proceso en que se tramita la

manifiesta: "... si bien es cierto que no puede constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que es capaz de enajenarlos y también que el gravamen se extingue por la resolución del derecho de quien lo constituyó cuando la "condición" es ostensible en el título, no lo es menos que siendo simulado ese título habilitante e ineficaces las tradiciones entre comprador y vendedor, quienes contratan con el seudo-adquirente están protegidos... Así pues... Las hipotecas que en firme concede el dueño legitimado para tal fin por esa titularidad visible, han de tenerse por válidas para todos los efectos, aunque después dicha titularidad se demerite o se torne del todo ineficaz..."

simulación en calidad de cesionario del simulante² existiendo identidad jurídica entre ellos (Inc. 2º del Art. 332 del C.P.C.) y asumiendo el proceso en el estado en que se encuentre (Cardona, p. 98-99).

El segundo camino que le queda al simulante¹ es asumir la obligación que ha causado la persecución de los acreedores de su simulante² y que posterior a ello el simulante² proceda a cumplir con el acuerdo simulatorio, “restituyendo” los bienes que había recibido. Por supuesto que este camino sólo queda para el caso en que el valor de la obligación sea razonablemente bajo y en el entendido que no va a ser preciso demandar la simulación por resistencia o por cualquier otra razón, si así fuera, la solución sería la indicada anteriormente.

3. TERCER RIESGO: DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DEL SIMULANTE²

La celebración del matrimonio comporta efectos personales y efectos económicos, dentro de estos últimos se destaca el surgimiento de la comunidad de bienes conformado entre otros, por los bienes adquiridos dentro de la vigencia de la sociedad conyugal a título oneroso, es decir, como consecuencia de un negocio jurídico en el cual exista contraprestación directa entre las partes. Sobre tal base y desde el punto de vista de la sociedad conyugal del simulante², si se encuentra vigente al momento de realizarse el negocio jurídico de confianza, es claro que el bien obtenido mediante un negocio de confianza, por ejemplo, ingresará al activo social. Así podrá establecerse la ocurrencia de tres (3) situaciones diferentes:

3. 1. *Durante la vigencia de la sociedad conyugal:* Si el simulante² es un sujeto casado con sociedad conyugal vigente, tal situación no reviste gravedad pues en caso de presentarse renuencia activa o pasiva, la acción se realizará en los mismos términos generales indicados para cuando la

persona goza de soltería. Los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad conyugal, tienen sólo expectativas respecto de los bienes de su cónyuge, por lo cual carecen de legitimación en la causa por pasiva. Si el simulante² conserva su sociedad conyugal en plena vigencia, no se hace necesario involucrar judicialmente al cónyuge de aquel, lo que simplifica la situación, tanto para el ejercicio de las acciones como para el cumplimiento del acuerdo simulatorio en forma voluntaria, en desarrollo de la libre administración de los bienes que los casados ostentan durante la vigencia de la sociedad conyugal.

3.2. Disolución de la Sociedad Conyugal: Como se anotó anteriormente, si el simulante² adquiere los bienes dentro de la sociedad conyugal a título oneroso, como ocurriría en apariencia en tratándose de simulación, tal derecho hará parte de los bienes sociales y por tanto si por cualquier motivo, de los establecidos en el Art. 1820 del Código Civil, el cónyuge del cosimulante demanda y obtiene la disolución de la sociedad conyugal, se presentará la universalización de los derechos que hacen parte de esa sociedad de gananciales, por lo cual el(os) bien(es) recibido por el simulante² ya no pertenecerá a éste, sino a la universalidad jurídica denominada sociedad conyugal disuelta e ilíquida representada, para efectos de ser demandada, por ambos cónyuges.²¹

La complicación resulta de tal circunstancia, pues eventualmente el simulante¹ para llevar a efecto la demanda de simulación, en primer lugar ya no será suficiente con demandar sólo al simulante², sino que es indispensable demandar a su cónyuge pues eventualmente se vería condenado a restituir parte de un bien que podría corresponderle (en la liquidación del haber social); entonces de acuerdo con el principio constitucional del debido proceso, no puede ser condenada sin haber sido

²¹ Ver casaciones civiles de Julio 15 de 1.933, 28 de mayo de 1.935, 26 de agosto de 1.938, 17 de septiembre de 1.941, 10 de junio de 1.948, 3 de marzo de 1.956.

citada y vencida en juicio (Art. 29 C.N.); además, hay que tener en cuenta que si se ha celebrado entre los simulantes contraescrituras privadas o públicas (estas últimas sin tomar razón de las mismas en el margen de la escritura matriz) estas son inoponibles al cónyuge por resultar en principio, ser tercero de buena fe, por lo que será necesario hacer uso de otros medios probatorios para buscar la prosperidad y eficacia de la pretensión prevalente. Frente al cónyuge del simulante², como a cualquier otro tercero que pueda ser causahabiente del simulante², es imprescindible que se demuestre por el accionante la mala fe de esta, consistente en su conocimiento de la ficción.

Volviendo al tema probatorio, ante la imposibilidad anotada en materia de contraescrituras, debe acudirse a medios diferentes, como son la prueba indiciaria o la confesión, tanto para deducir la simulación como para demostrar la mala fe de la cónyuge. En cuanto a la prueba de confesión la misma debería provenir, en principio y por tratarse de un caso de litisconsorcio necesario, de quienes conforman la parte demandada, es decir, el cosimulante y su cónyuge. Hay que tener en cuenta que los contenidos de las confesiones tanto del simulante² como de su cónyuge difieren esencialmente pues mientras aquella circunstancia que lo perjudica consiste en la aceptación de haber llevado a cabo la simulación, a este le resultaría contraria a sus intereses, el conocimiento de la maniobra simulatoria realizada por su consorte; la indivisibilidad de la confesión debe apreciarla el Juzgador en forma coherente por la naturaleza de la pretensión ejercida.

En el caso planteado no necesariamente se presenta resistencia, pero de todas maneras al simulante¹ le surge una complicación, porque el cónyuge desplegará toda la gestión necesaria para obtener una sentencia en su favor, pues de ella podría obtener lucro frente a su posición en la sociedad conyugal, razón por la cual el simulante¹ tendrá un obstáculo adicional a su maltrecha situación.

3.3. *Sociedad conyugal disuelta y liquidada*: Si se ha escogido como simulante² a un sujeto que para el momento de la enajenación de confianza tenga sociedad conyugal vigente y existiera resistencia, que diera lugar a la iniciación de la acción de prevalencia pero dicha sociedad se encuentra liquidada, es necesario distinguir si se ha adjudicado el bien al propio simulante² o a su cónyuge (Cardona, G. pp. 738-740).

Si el bien se ha adjudicado al simulante², se procede en la forma indicada para la resistencia general. Pero si el bien fue adjudicado al cónyuge del simulante², es necesario proceder en la forma establecida para la demanda en caso de resistencia activa, en la cual se tomará al cónyuge como un tercero adquirente y por tanto para la prosperidad de la pretensión prevalente, será necesario a más de probar la simulación, la mala fe del cónyuge, consistente en el conocimiento de la circunstancia simulatoria.

4. CUARTO PELIGRO: MUERTE DE LOS SIMULANTES

El último de los riesgos que atenta contra la celebración de simulaciones tiene que ver con la característica natural de los mortales; existirá dificultad tanto si se muere el simulante¹ como si lo hace el simulante².

En caso de que muera el simulante¹ el problema se traslada a sus herederos, en primer lugar porque es infrecuente que estos conozcan la circunstancia simulatoria, lo que puede redundar en la pérdida de un(os) bien(es) para el conjunto de derechos que conforman el acervo hereditario. Pero superada tal dificultad, surge una nueva y es que para recuperar el bien será indispensable la presentación de una demanda ordinaria de simulación, en contra del simulante², lo cual puede hacer cualquiera de los herederos del simulante¹ o todos ellos a favor de la masa sucesoral, teniendo como objetivo aumentar los bienes a repartir. De otro lado, puede observarse que desde el punto de vista de la prueba, la acción debe regirse por los mismos

lineamientos que expresamos al hablar de la acción de simulación entre partes, es decir, puede apreciarse cualquier tipo de prueba, incluyendo por supuesto los indicios, las contraescrituras públicas y privadas.

Se presenta otro problema, como sería que el simulante¹ muera cuando haya pasado un tiempo apreciable después de la celebración del acto simulado, lo cual atentaría contra la prosperidad de la pretensión iniciada por los herederos, como consecuencia de la prescripción. Esta circunstancia es importante de analizar porque la prescripción de la acción de simulación es de diez años, al tratarse de una acción ordinaria, a la cual no se ha especificado norma especial, por tanto debe aplicarse la regla general Art. 2536 C.C. (ley 791/02); pero el punto central del tema cuando se hable de herederos que inician la acción, se refiere a partir de cuándo se debe contar el término?; para lo cual se puede revisar criterios tan respetables como el de Héctor Cámara (1958, p.393 y ss.; Messineo, 1.952, p. 23 y ss.), quien después de estudiar la legislación latinoamericana sobre el tema concluye que *“la simulación absoluta es imprescriptible cuando tienda a comprobar un hecho; la simulación relativa caduca a los diez años, sin distinción alguna según sea el impugnante...”*.

Con todo, nuestro sistema jurídico ha precisado términos dentro de los cuales pueda iniciarse una acción, por excepción las acciones puedan iniciarse en cualquier momento (a manera de ejemplo el art. 406 del C.C. sobre acciones de estado civil). Para dilucidar la cuestión formulada acudimos a una sentencia de la Corte Suprema²² en la cual se afirma categóricamente lo siguiente: *“... en derecho colombiano es indudable que la acción de simulación absoluta o relativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo... Pero desde cuándo comienza a contarse el término de prescripción extintiva?... el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico*

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha 28 de Febrero de 1955.

del actor...” tal planteamiento fuerza a concluir que si la acción de simulación la inicia el heredero del simulante¹, la prescripción debe contarse para aquel, a partir del momento en que tiene un interés jurídico tutelable, vale decir, desde la muerte de su causante, pues el término de prescripción no puede correr para quien no tiene posibilidad jurídica de exigir una prestación; obsérvese a guisa de ejemplo que la prescripción de los títulos valores sólo empieza a contarse a partir de la exigibilidad de la obligación (Art. 789 C. de Co.).

Lo dicho es lógico si se mira que una de las funciones de la prescripción es precisamente servir de sanción a la negligencia del actor, pero en el mismo contexto si ese actor no puede, jurídicamente, proponer la demanda por hallarse carente de legitimación en la causa activa, tampoco será posible sancionarlo por no presentarse negligencia.

En el mismo sentido se pronuncia Ospina Fernández (1980, p. 205) al manifestar que *“la prescripción de dicha acción empieza a contarse respecto del titular que se encuentre en tales circunstancias, no a partir del acto simulado, sino del momento en que, pudiendo accionar, ha dejado de hacerlo...”* (p. 140).

Pero si quien muere es el simulante² la situación varía, por cuanto aparecen personas diferentes al propio simulante² en la relación jurídica y también en el proceso. Es así, que si luego de transferir los bienes con título simulado, el simulante² llegare a fallecer, los herederos de este ocuparán la posición jurídica del causante y lo que integrará el patrimonio en vida de este, pasará a pertenecer a la universalidad jurídica denominada herencia. Por estos motivos, muerto el simulante², el simulante¹ se ve precisado a obtener el cumplimiento voluntario del acuerdo simulatorio, por parte de los herederos de este, pero normalmente resulta difícil de obtener, en atención a que los herederos probablemente ignoran las circunstancias en las cuales el de

cujus ha adquirido los bienes y por tanto se apoyarán, en la apariencia que fuera creada.

Luego de acudir en forma directa a los herederos infructuosamente, el simulante¹ iniciará la correspondiente acción de simulación dirigida contra la totalidad de los sujetos que ostenten la calidad de herederos reconocidos legalmente y además deberá dirigir la demanda contra los herederos indeterminados del simulante², pues de lo que se trata es de una acción tendiente a que el o los bienes transferidos simuladamente sean separados de la herencia e incluidos de nuevo en el patrimonio del simulante¹, para lo cual se debe citar a los representantes de la sucesión que son, por parte pasiva, todos los herederos determinados e indeterminados, es decir, para demandar a la masa sucesoral, el legítimo contradictor está conformado por la totalidad de los herederos reconocidos y los eventuales.

La condición en la que se encuentran los herederos frente a la acción de simulación, es la misma que tenía el causante, en razón de ser causahabientes a título universal del causante, pues obtienen los derechos en el estado en que los tenía su antecesor, en aplicación de la regla *nemo potest transferre ius cum ipse habet*, por lo cual el simulante¹ puede hacer valer las contraescrituras públicas o privadas que tenga en su poder y que hubiera celebrado con el simulante², así como los demás indicios tendientes a la comprobación de la ficción, en la misma forma como lo haría frente al simulante².

La dificultad, más que probatoria es práctica, por cuanto como se dijo, resulta imprescindible la vinculación de la totalidad de los herederos reconocidos y los indeterminados del simulante², con el fin que la sentencia tenga la eficacia de hacer tránsito a cosa juzgada, al contener la parte pasiva, la integración correcta del contradictorio. Es obvio, que en todo caso será necesario el emplazamiento de los indeterminados y el correspondiente

nombramiento de curador, así como eventualmente el trámite del grado jurisdiccional de consulta. Este, como todos los procesos de simulación, da lugar a la inscripción de la demanda, como se explicó arriba, por que se encuentra en juego el derecho de propiedad en forma indirecta.

Finalmente diremos que la simulación representa un reflejo de la naturaleza humana, a la cual en muchas ocasiones le es más grata la ficción que la verdad (De Róterdam, 1966, p. 79), no obstante, el derecho debe responder a esta realidad, sin que pueda dejar de considerar esa parte humana, pero entendiendo que la misma ostenta la posibilidad de ser variada, por la vía de una educación, o en subsidio, la represión pedagógica que tenga como objetivo, no el simple ejercicio de la autoridad, como la preocupación sincera de la organización humana, en el bienestar de la sociedad en conjunto.

5.- QUINTO PELIGRO: USUCAPIÓN ALEGADA POR EL ADQUIRIENTE DEL NEGOCIO SIMULADO.

Se presenta cuando una de las partes en el negocio simulado, se le demanda para que sea declarada la simulación y aprovecha formulando contrademanda o demanda de reconvención de usucapión del bien que le fue enajenado y entregado simuladamente. Por fortuna, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en aplicación de los ***principios de buena fe y el que nadie puede alegar su propia culpa y la regla que se refiere a la prohibición de actuar en contra de los actos propio “venire contra factum proprium”***, ha cerrado cualquier posibilidad para que el contratante pueda evadir la responsabilidad de restituir el bien en caso de que la simulación vaya adelante; probado que este contratante tuvo comportamientos frente al enajenante en el negocio simulado, del cual se deduce que su posesión era parte del acuerdo simulatorio, no le es dado por

ende alegar la prescripción adquisitiva o usucapión, la cual está llamada a fracasar.²³

CONCLUSIONES

- 1.- La mayoría de personas o sujetos de derecho que utilizan los negocios jurídicos bajo la figura de la Simulación en grado absoluta y en perjuicio de terceros, desconocen la incidencia civil que su empleo acarrea, en particular los peligros denunciados en el ámbito explicado en este trabajo.
- 2.- Debe reconsiderarse tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia nacional, en caso de no existir iniciativa legislativa sobre el particular, el uso y aplicación de la tesis moderna y vigente de “*La Prevalencia de la Voluntad de los contratantes*” en caso de la Simulación absoluta ilícita, para dar aplicación a la tesis de la Nulidad Absoluta por causa ilícita del Negocio simulado, que le impide al simulante ejercer su derecho a reivindicar la cosa simulada por el Cosimulante (S2), como una forma de sanción por haber actuado de mala fe, y en clara aplicación a los principios contractuales de la solidaridad y buena fe.
- 3.- Son evidentes los peligros que comporta el uso de este tipo de simulación, ya sea por renuencia activa o pasiva del simulante² o por disponer el bien a un tercero, o por la persecución de los bienes enajenados por parte de los acreedores del simulante² o por efectos de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de este último en caso de haber contraído matrimonio o por la muerte de uno de los simulantes, al igual que

²³ Sentencia de agosto 31 de 2.010, Exp. 09186-01, M. P. Dr. Edgardo Villamil; NEME, Marta Lucia, “*Venire contra factum proprium*”, Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos, Libro Homenaje Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría, Tome III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.003, pp. 11-56.

cuando se acude a la figura de la prescripción adquisitiva o Usucapión de los bienes transferidos bajo esta figura.

4.- Adicionalmente diremos que la simulación representa un reflejo de la naturaleza humana, a la cual en muchas ocasiones le es más grata la ficción que la verdad, no obstante, el derecho debe responder a esta realidad, sin que pueda dejar de considerar esa parte humana, pero entendiendo que la misma ostenta la posibilidad de ser variada, por la vía de una educación, o en subsidio, la represión pedagógica que tenga como objetivo, no el simple ejercicio de la autoridad, como la preocupación sincera de la organización humana, en el bienestar de la sociedad en conjunto.

5.- Finalmente, se ha de tener en cuenta como aspecto novedoso en la Jurisprudencia, la aplicación de la prohibición de actuar en contra de los actos propios o invocar su propia torpeza, circunstancia esta que limitaría la legitimación de las partes que celebran un contrato para demandar la simulación del mismo.

REFERENCIAS

Acuña Anzonera, A. (1936). *La simulación en los Actos Jurídicos*. Buenos Aires: Librería Casa Editora de Jesús Menéndez.

Alessandri, A. (1991). *Simulación y Contraescritura. Derecho Civil. Parte Preliminar y General*. Tomo 2. Santiago: Editorial Ediar Conosur.

Ataz, J. (2011). Los límites a la libertad contractual. En *Tratado de Contratos*. Valencia: Tirant Lo blanch

Bacigalupo, E. (1998, 21 de abril). Simulación de Negocio Jurídico y falsedad Documental. *Artículo publicado en el Diario Jurídico La Ley*.

Bejarano, R. (2005). *Procesos Declarativos*. Editorial Temis.

Bernal, M. (2.007, julio/diciembre).El Solidarismo Contractual-Especial Referencia al Derecho Francés-. Revista *Universitas*,18,19.Bogotá.

Betti E. (2010). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Comares.

Bonivento, J. (1986). *Principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*. Editorial El Profesional.

Cámara, H. (1944). *Simulación en los Actos Jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Cardona Iza, J. (2001). *Guía de algunos procesos en particular, acción de simulación*. Bogotá: Ediciones Librería el Profesional.

Cardona Galeano, P. (2007). *Manual De Derecho Procesal Civil*. Tomo 2. Parte Especial.

Cariota, L. (1956). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Aguilar.

Carnelutti, F. (1997). *Cómo Nace el Derecho*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Monografías Jurídicas. 3ª Edición. Santafé de Bogotá: Editorial Temis.

Cifuentes, S. (1986). *Negocio Jurídico, Teoría de la Simulación*. Editorial Astrea.

Cubides, J. (1996). *Obligaciones*. Colección profesores No. 3.

Cusiñas, M, (2.002). *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*. Oxford University press,V II.

De Róterdam, E. (1966). *Elogio de la Locura*. México: Fondo Editorial Progreso.

De los Mosos, J. (1.988) *Derecho Civil (Método, Sistemas, Categorías Jurídicas*, Editorial Civitas S.A., Madrid,1988.

Diez, R. (1957). *La simulación del Contrato en el Código Civil Chileno*. Imprenta Chile.

Escobar, E. (2007). *Procesos Cognoscitivos Cíviles*. Librería Jurídica Sánchez Radar.

Ferrara, L. (1956). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Aguilar.

Ferrara, F. (1960). La Simulación de Los Negocios Jurídicos. Traducción de Juan A. De la Fuente. Madrid. *Revista de Derecho Privado*.

Franzoni M. (2004). La Buena Fe y la Equidad como fuentes de integración del contrato. En *Estudios sobre el Contrato en General-Por los sesenta años del Código Civil italiano (1.942-2002)*. Lima: Ara Editores

Garibotto, J. (1991). *Teoría General del Acto jurídico*. Editorial Desalma.

Galindo, I. (1996). *Teoría General de los Contratos*. Editorial Porrúa.

Gómez, C. (1999). *De Los Principales Contratos Cíviles*. 3ª Ed. Editorial Temis.

Josserand, L. (1982). *Del abuso de los Derechos y otros ensayos*. Monografías Jurídicas, No. 24. Temis.

López, H. (2009). *Procedimiento Civil*. Novena edición. Tomo 2. Dupré Editores.

Melich, J. (1986). *Estudios de Derecho Civil*. Editorial Alva.

Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*. Editorial Ejea.

Morales, H. (1978). *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte general*. 6ª edición. Bogotá: Editorial ABC.

Morales, H. (1978). *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte especial*. 6ª edición. Bogotá: Editorial ABC.

Mosset, J. (2001). *Contratos simulados y fraudulentos: Contratos simulados*. Tomo 1. Editores Rubinzal-Culzoni.

Ortiz, Á. (2000). *Manual de Obligaciones*. Editorial Temis.

Ospina, G. y Ospina, E. (1983). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. 2ª Edición. Bogotá: Editorial Temis.

Ospina Fernández, G. (1980). *Régimen general de las Obligaciones*. Editorial Temis.

Parra, J. (1983). *Estudios de Derecho Procesal, Apuntes para una teoría sobre los terceros en el proceso civil*. Tomo 1.

Parra, J. (1995). *Derecho Procesal Civil, Parte especial*. Editorial El Profesional.

Quintero B., Prieto E., Prieto A. (2001). *Técnicas del Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte especial*. Editorial Leyer.

Rivera, J. (1993). *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Abeledo Perrot.

Solar, L. (1939). *Derecho Civil Chileno*. Tomo 4. Imprenta Vascimento.

Suárez, H. (1993). *La Simulación en los Actos Jurídicos*. Editorial Doctrina y ley.

Suescun J. y Suescun F. (2009) La Simulación. En: *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I. Bogotá: Universidad de los Andes

Valencia, A. (1988). *Derecho Civil*. Tomo 4. – De los Contratos – 7ª Edición. Bogotá: Editorial Temis.

