

“LOS ACTOS SIMULADOS FLORECEN EN PRIMAVERA Y DECAEN EN OTOÑO

“No todo lo que brilla es oro”¹

Ginna Paolín Durán Niño ²

RESUMEN

Este es un análisis del desarrollo jurisprudencial y doctrinal referente al uso, aplicación y valoración dentro de la acción de simulación del “indicio” como medio probatorio idóneo de mayor convicción, a través del cual se logra visibilizar el acto oculto realizado en el negocio jurídico inicial; por tanto, se enlistan y categorizan los hechos indiciarios en subjetivos, objetivos y procesales, su forma de acreditación, para finalmente arribar al proceso valorativo de estos y así desvelar la ocurrencia de la simulación, la cual puede ser declarada judicialmente.

Adicionalmente, se realiza una comparación entre la perspectiva colombiana y el desarrollo legal de la acción de simulación, su evolución y consecuencias jurídicas, así como sus respectivos medios de prueba según el sistema legal y judicial de Brasil.

PALABRAS CLAVE

Simulación, indicio, medio de prueba, concordancia, convergencia, valoración, categorización, sana critica

ABSTRACT

This is an analysis of the jurisprudential and doctrinal development regarding the use, application and assessment within the action of simulation of the "evidence" as a suitable means of evidence, of greater conviction through which the hidden act carried out in the initial legal business is made visible ; therefore, the circumstantial facts are listed and categorized into subjective, objective and procedural, their form of accreditation, to finally arrive at the evaluative process of these and thus reveal the occurrence of the simulation, which can be judicially declared.

Additionally, a comparison is made between the Colombian perspective and the legal development of the simulation action, its evolution and legal consequences, as

¹ Versión original: “All that glisters is not gold”, William Shakespeare, El Mercader de Venecia, Acto II, Escena 7.

² Abogada Universidad Antonio Nariño (2011), Especialista en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás (2013), Juez Promiscuo Municipal Tutazá – Boyacá.

well as their respective means of proof according to the Brazilian legal and judicial system

KEYWORDS

Simulation, indication, test means, agreement, convergence, evaluation, categorization, healthy criticism

INTRODUCCIÓN

La imparable evolución del ser humano le ha permitido ir descubriendo formas de interacción social que lo han llevado a desarrollar procesos de intercambio, cuyo objetivo siempre ha sido satisfacer necesidades propias, de su núcleo social y también ajenas, en principio de bienes y luego también de servicios, y que finalmente se configuraron como actividades comerciales, consecuencia del progreso. Ese camino obligado de aprendizajes y lucha por la autodeterminación exigió transformar muchos de los deseos íntimos e intenciones en manifestaciones de voluntad exteriorizadas que reclamaron finalmente la creación de acuerdos con sus pares, lo que el derecho posteriormente vio, consideró y llamó un negocio jurídico, que en si mismo es la manifestación, a través de diversas acciones enmarcadas legal y/o ritualmente, de la citada voluntad dando a luz consecuencias legales para los intervinientes y terceros con un carácter definible y exigible. Se entiende que estas relaciones, a todas vistas necesarias, deberían ser claras, justas y transparentes; sin embargo, dentro de su desarrollo han surgido actuaciones tendientes a darles un enfoque diferente a esas relaciones establecidas y formalizadas, y en contravía de lo expuesto, se ha pretendido no en pocos casos ocultar o velar las verdaderas intenciones o propósitos del negocio, pervirtiendo el ánimo inicial y dándole vida al fenómeno jurídico que hoy en día conocemos como la simulación.

La inquietud que surge concierne entonces no solo a identificar si la apariencia que se tiene de un negocio jurídico corresponde a las verdaderas obligaciones que de él emanan, o si por el contrario el (negocio jurídico) ha sido cargado con una intensión diferente a la exteriorizada en el negocio inicial, sino también a, dado el segundo caso, establecer el papel del indicio como medio de prueba y como instrumento para para develar las intenciones reales del o de los intervinientes y determinar si la actuación contractual *sub examine* ha sido simulada o no. A ello se suman la conducencia, eficacia y demás características del medio de prueba

indiciario propuesto dentro de un proceso de demostración de simulación y de sus correspondientes consecuencias.

Para resolver el cuestionamiento planteado se enfrentará primero lo concerniente a la conceptualización tanto de la simulación como de la acción de simulación, para finalmente confrontar ambas categorías jurídicas con el indicio como medio de prueba idóneo, así como sus elementos y valoración judicial.

Entonces, ¿qué es Simular?

La Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del año 1940 consideró que “el fenómeno de la simulación consiste... en celebrar abiertamente un acto o contrato y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contra estipulación privada que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público”³.

La doctrina es coincidente en indicar que en la simulación se ocultan las reales intenciones de las partes para afectar o favorecer a un tercero; en el mismo sentido el académico argentino Compagnucci expone que la simulación “es aparentar, proyectar una imagen distinta de la realidad, mostrar algo que no existe; y frente al negocio simulado es una especie de mentira que convienen los contratantes. (Compagnucci de Caso, 1992)”.

Por su parte el profesor Ospina Fernández plantea un concepto general de simulación: “consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados” (Ospina, 2000); en igual sentido la profesora Deik Acosta-Madiedo considera la simulación como “el acuerdo de dos o más personas para fingir jurídicamente un negocio, o algunos elementos de este, 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” (Deik, 2010).

De los distintos conceptos, se considera que la definición más completa y clara es la planteada por Deik, por cuanto contiene de manera explícita los elementos constitutivos de la simulación: la presencia plural de actores, la voluntad acordada

³ Acción de Nulidad de un Contrato - Acción de Nulidad y Acción de Simulación, Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, 22 de agosto de 1940.

de fingir un negocio jurídico (o una parcialidad de él), el objetivo de aparentar ante terceros y la generación de efectos contrarios o diferentes al acto jurídico fingido.

¿Existe la acción de simulación?

En nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra expresamente consagrada, por lo menos en los códigos, la acción de simulación; sin embargo, un análisis jurisprudencial y doctrinal del artículo 1766 del Código Civil permite determinar la ocurrencia de este fenómeno; citemos el artículo en cuestión: “Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá 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 el traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.” Cabe recordar que el Código Civil en punto de la simulación no ha tenido modificación alguna desde su expedición el 15 de abril de 1887 bajo la Ley 57.

En desarrollo de dicho análisis, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, referente al negocio simulado expone que “es el que tiene aspecto contrario a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público y en el lenguaje de la corte se llama contraestipulación, puede ser verbal o escrito. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura del convenio. Implica siempre el ánimo de engañar; no siempre de dañar. Aunque da a la mentira apariencia de verdad, puede ocurrir que no se cause detrimento.”⁴

En pronunciamiento más reciente, la Corte ha establecido en torno a la simulación de los contratos, que surge cuando la voluntad interna de los intervinientes y su manifestación externa no concuerden, indicando que, salvo el valor y eficacia que se les confiere a las contraescrituras privadas en relación con los negociantes puede presentar las siguientes variables:

⁴ Simulación de Contratos, Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, 24 de octubre de 1936.

“La primera, ocurre cuando se estructura la existencia de un pacto que nunca surgió, es decir, fingieron un convenio sin alterar las situaciones patrimoniales que tenían con anterioridad a ese acto, lo cual ha sido conocido como simulación absoluta.

La otra aparece cuando, en cambio, convienen disfrazar la realidad de un negocio jurídico haciéndolo pasar por otro distinto, o lo que es igual, en esta eventualidad, el negocio aparente esconde detrás un acto jurídico real, pero distante de aquél, lo que sin duda denota simulación relativa.”⁵

En la actualidad, la jurisprudencia sostiene de manera uniforme y reiterada que el objeto de la acción de simulación es la prevalencia del acto oculto sobre el aparente y no la declaratoria de nulidad absoluta del negocio por falta real de consentimiento, tal y como se le había tratado hasta mediados de los años treinta; a esta conclusión se llegó luego de que la Corte Suprema de Justicia variara su línea jurisprudencial por aquel entonces, indicando que “hasta el año de 1935 vio la corte en la simulación una causa de nulidad absoluta, y dijo que al contrato aparente le faltaban dos requisitos indispensables para valer como negocio jurídico: consentimiento y causa. Pero desde el 27 de julio de dicho año, por sentencia publicada en el N°1899 de la Gaceta Judicial, cambió de rumbo afirmando que en términos generales el simulacro de convención, cuyos efectos se destruyen o modifican ocultamente no anula el pacto secreto. La corte persevera en esta nueva doctrina y la ha ampliado en sentencias de 29 de agosto y 30 de septiembre últimos.” (simulación de los Contratos, 1936).

Posteriormente, el 09 de febrero de 1944, frente a la incompatibilidad de la acción de simulación de un contrato y la nulidad absoluta del mismo expuso “el planteamiento en una misma demanda de las acciones de simulación de un contrato y de nulidad absoluta del mismo es contrario e incompatible porque recíprocamente se destruyen, por la significación misma de los hechos en los que se enraízan anárquicamente en la demanda. Las dos acciones no son acumulables, con acumulación alternativa, y debe reconocerse, en consecuencia, la excepción perentoria de petición de modo indebido.” (Incompatibilidad de las acciones de simulación de un contrato y nulidad absoluta del mismo, ejercitadas en una misma demanda 1944). En consecuencia, frente a la existencia de un consentimiento de las partes para encubrir la realidad de las cosas, la finalidad de la acción en cuestión (simulación) no es refutar el acto aparente, sino predominar el acto oculto sobre

⁵ SC 3365-2020 Radicación N° 25307-31-03-001-1999-00358-01 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, sep 21 DE 2020

aquel; por tanto, se hace imposible la consideración de que la simulación sea tratada como una especie dentro del género de la nulidad.

Por lo anterior, se puede considerar que para identificar un acto simulado de manera primigenia se deben encontrar tres elementos:

El primero la existencia de un acuerdo entre las partes para la celebración del negocio. Segundo, el fin de engañar a terceros; es decir, que con el acuerdo se pretenda ocultar la realidad del negocio ya sea para afectar o para proteger a un tercero. Tercero, la disparidad intencional de las partes; es decir, que la manifestación de la voluntad sea una en el ámbito público y otra en el ámbito privado.

Sin embargo, como se puede concluir de lo que se ha expuesto hasta el momento, identificar estos elementos requiere de conocimientos específicos sobre los medios de prueba, específicamente en relación con los indicios, los cuales deberían ser descritos e identificados con facilidad, de tal manera que permitan descubrir la mentira o el engaño cubierto con el negocio jurídico presentado, acción que se ejerce por vía judicial a través de un proceso declarativo.

CÓMO PROBAR LA SIMULACIÓN

Se debe tener en cuenta que la acción de simulación, en desarrollo de la interpretación doctrinal, ha sido considerada entre otras como una acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, bajo la cual el acreedor podrá hacer uso sobre los negocios o acciones ejecutados del deudor con terceros, a efectos de impugnar los actos ficticios que revisten una característica aparentemente real, para que los bienes retornen a su statu quo, luego de desenmascarar las verdaderas intenciones del deudor (Pájaro Moreno 2010).

En punto de la demostración de la simulación, si bien existe libertad probatoria, teniendo en cuenta que cualquiera de los medios persuasivos puede conllevar a su verificación, se han reconocido fundamentalmente los indicios como el elemento de convicción de mayor valor a la hora de probar si un negocio jurídico es real o ficticio.

De vieja data y tal como se ha planteado, los contratos simulados se constituyen en medio del secreto, donde se evita su conocimiento público, buscando que no se revele la verdadera intención de las partes intervinientes; por tanto, no es común que dichas conductas queden registradas de manera directa. Debido al enigma con

el que se actúa, teniendo en cuenta que los involucrados buscan que sus acuerdos estén amparados por la certeza y la legalidad, las que evidentemente son simuladas, entonces hay razón para acudir al medio probatorio indirecto denominado indicio a fin de develar aquello que se ha ocultado.

Se torna entonces imperativo entrar a definir el significado de “indicio” como “Cosa material, señal o circunstancia que permite deducir la existencia de algo o la realización de una acción de la que no se tiene un conocimiento directo”⁶

En Colombia los Códigos de Procedimiento Civil⁷ y el General del Proceso⁸ no aportan una definición específica de indicio; sin embargo, establecen al respecto “[p]ara que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso”. Esta enunciación tiene unos antecedentes históricos algunos de los cuales referiremos a continuación.

Aunque como en los demás códigos, en la Ley 105 de 1931⁹ no se define específicamente el significado o contenido de “indicio”, sin embargo, en ella sí se determina qué actuaciones deben ser consideradas como tales y están descritas en los artículos: 617¹⁰, 656¹¹, 662¹², 663¹³, 664¹⁴, 665¹⁵, 667¹⁶, 702¹⁷.

⁶ Definición del Diccionario Oxford en español

<https://www.lexico.com/es/definicion/indicio>.

⁷ Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil, Art. 248.

⁸ Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, Art.240.

⁹ Código Judicial. Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, Diario Oficial. Año LXVII. N. 21823. 24, octubre, 1931.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1639321>

¹⁰ Art. 617 “Si el absolvente se niega a contestar, o da respuesta evasiva o inconducente, el Juez le amonesta previniéndole que si no contesta de modo preciso, se tiene como cierto el hecho preguntado y toma nota de esto en la diligencia.

Si no contesta, o si de la respuesta se deduce que el absolvente elude sin motivo razonable la contestación categórica, el Juez, al estimar el mérito probatorio de la diligencia, tiene por cierto el hecho preguntado; pero si la renuencia no es manifiesta, la contestación se considera como un indicio más o menos grave de la verdad del hecho, según la relación que tenga con las demás pruebas.

Si el absolvente pide término para consultar instrumentos u otros papeles, el Juez le concede uno prudencial, si la solicitud aparece sincera y justa. En este caso, el pliego se vuelve a cerrar, si antes lo estaba.

Termina la diligencia o cada una de éstas, si la absolución se hace en varios días, con las firmas del Juez, del absolvente, del intérprete o testigo si lo hay, y del secretario.”

¹¹ Art. 656 “La prueba resultante del cotejo es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes.”

¹² Art. 662 “Las demás presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.”

¹³ Art. 663 “Un solo indicio hace plena prueba cuando se considera necesario, es decir, que es tal la correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, que, existiendo el uno, no puede menos que existir o haber existido el otro.”

¹⁴ Art. 664 “Una sola presunción también prueba plenamente cuando a juicio del Juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.”

¹⁵ Art. 665 “Por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.”

¹⁶ Art. 667 “Cuando muchos Indicios se refieren a uno solo, y cuando los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forman plena prueba, y todos juntos no constituyen sino un solo indicio o un solo argumento”

¹⁷ Art. 702 “Cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez atendiendo a las condiciones de aquellas y a la calidad, número, fama, o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los

Posteriormente en el Decreto 1400 del 06 de agosto de 1970¹⁸, el cual modificó la Ley 105, sí se establecieron algunas condiciones para que un hecho fuera considerado como “indicio” lo que se evidencia en los artículos 71 N.º 6¹⁹, 95²⁰, 175²¹, 202²², 210²³, 232²⁴, 242²⁵, 248²⁶, 249²⁷, 250²⁸, 285²⁹. Actualmente el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012³⁰, zanjó lo pertinente referente a considerar al indicio como un **medio de prueba** y al igual que en las anteriores codificaciones

principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones.”

¹⁸Decreto 1400 de 06 de agosto de 1970 [con fuerza de ley]. Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. 21, de septiembre de 1970. Diario Oficial. AÑO CVII. N. 33150.

<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1740641>

¹⁹ Art. 71 N.º 6 “Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuncia sea apreciada como indicio en contra.”

²⁰ Art. 95 “Falta de contestación de la demanda. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el Juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”

²¹ Art. 175 “Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”

²² Art. 202 -Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso. El juez o magistrado podrá citar a las partes, en las oportunidades que se indican en el Artículo 180, para que concurran personalmente a absolver bajo juramento, el interrogatorio que estime procedente formular en relación con hechos que interesen al proceso.

La citación se hará en la forma establecida en el Artículo 205; la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicios en contra del renuente.

²³ Art. 210 *Confesión ficta o presunta*. La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

²⁴ Art. 232 Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia y validez de un acto o contrato.

Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerla, o que su valor y la cantidad de las partes justifiquen tal omisión.

²⁵ Art. 242 Deber de colaboración de las partes. Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el Juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 33.

Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al Juez, quien le ordenará facilitar la peritación; si no lo hiciere, la condenará a pagar honorarios a los peritos y multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra.

²⁶ Artículo 248. Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

²⁷ Artículo 249. La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

²⁸ Artículo 250. Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que se obren en el proceso.

²⁹ Artículo 285 Oposición y renuncia a la exhibición. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

³⁰ Código General del Proceso (CGP). Ley 1564. 12 de julio de 2012 Diario Oficial No. 48.489

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

también estableció cuáles acciones deben determinarse como indicios en los artículos 165³¹, 205³², 225³³, 233³⁴, 238 N° 2³⁵, 240³⁶, 241³⁷, 242³⁸, 267³⁹, 280⁴⁰.

Todas estas son conductas procesales de las partes que le permiten al operador judicial valorar, en conjunto con los demás medios de prueba, la ocurrencia de un hecho para, en el caso que nos ocupa, determinar si se configura o no la existencia de una simulación.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema en relación con la prueba de la simulación ha reconocido que:

³¹ ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

³² ARTÍCULO 205. CONFESIÓN PRESUNTA. La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

³³ ARTÍCULO 225. LIMITACIÓN DE LA EFICACIA DEL TESTIMONIO. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, o menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.

³⁴ ARTÍCULO 233. DEBER DE COLABORACIÓN DE LAS PARTES. Las partes tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.

Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen y se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

PARÁGRAFO. El juez deberá tener en cuenta las razones que las partes aduzcan para justificar su negativa a facilitar datos, cosas o acceso a los lugares, cuando lo pedido no se relacione con la materia del litigio o cuando la solicitud implique vulneración o amenaza de un derecho propio o de un tercero.

³⁵ ARTÍCULO 238. PRÁCTICA DE LA INSPECCIÓN. En la práctica de la inspección se observarán las siguientes reglas:

En la diligencia el juez procederá al examen y reconocimiento de que se trate.

Cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la inspección se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) y se presumirán ciertos los hechos que la otra parte pretendía demostrar con ella, o se apreciará la conducta como indicio grave en contra si la prueba hubiere sido decretada de oficio.

³⁶ ARTÍCULO 240. REQUISITOS DE LOS INDICIOS. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso.

³⁷ ARTÍCULO 241. LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO INDICIO. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

³⁸ ARTÍCULO 242. APRECIACIÓN DE LOS INDICIOS. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

³⁹ ARTÍCULO 267. RENUENCIA Y OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor.

⁴⁰ ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. (...)

«(...) como las circunstancias que rodean esas negociaciones, generalmente no son conocidas, sino que se mantienen ocultas en el ámbito privado de los contratantes, es de esperarse que no se hayan dejado mayores vestigios de su existencia; de ahí la dificultad de demostrarlas mediante probanzas directas. No obstante, las máximas de la experiencia constituyen un mecanismo eficaz e irremplazable a fin de determinar la presencia de ese negocio secreto.

“La simulación -expresó Ferrara-, como divergencia psicológica que es de la intención de los declarantes, se substrahe a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas (*per coniecturas, signa et urgentes suspiciones*) y es la que verdaderamente hiere a fondo la simulación, porque la combate en el mismo terreno”.

En ese orden, es la prueba indiciaria, sin lugar a dudas, uno de los medios más valiosos para descubrir la irrealidad del acto simulado y la verdadera intención de los negociantes, del cual el artículo 248 de la normatividad adjetiva estatuye que “para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso” y por su parte el 250 de la misma obra señala que su apreciación debe hacerse en conjunto, teniendo en consideración su “gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”.

Así las cosas, es a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podrían jamás revelarse de no ser por la mediación del razonamiento deductivo. De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero» (CSJ SC7274-2015, 2015)⁴¹.

Establecido entonces que el medio probatorio idóneo para demostrar la simulación es el “indicio”, es importante tener en cuenta a la hora de identificarlos algunos elementos básicos, tal cual como fueron descritos por Nattam Nisimblat:

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de junio de dos mil quince de 2015). Sentencia SC7274- 2015. Radicación No. 11001-31-03-024-1996-24325-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

-Hecho conocido indicador o comprobado (*factum probandum*) sobre el cual existe total certeza de su existencia.

-Nexo lógico: inductivo o deductivo.

-Hecho desconocido o indiciado: (*factum probans*) lo que se quiere buscar. “El conjunto de estos tres elementos constituirá el ‘mecanismo lógico indiciario’”. (Nisimblat, 2018)⁴².

“En particular, a raíz de la experiencia se han establecido algunas conductas específicas de las que pueden extraerse inferencias siempre que sean lógicas, graves, concordantes y convergentes a partir de hechos debidamente demostrados relacionados con las aristas de la simulación”.⁴³

Teniendo en cuenta lo anterior y atendiendo a que se han enarbolado vía jurisprudencia una serie de hechos indicadores de la simulación, los cuales se enlistarán a continuación, los clasificaremos, y a su vez en algunos casos determinaremos cómo se acreditan.

Dentro de la literatura jurídica, no se ha establecido una clasificación respecto de la prueba indiciaria, sin embargo, tal como lo refieren algunos autores como Hernán Fabio López Blanco, Nattan Nisimblat, la doctrina universal de manera concordante establece la existencia de indicios necesarios y contingentes los cuales a su vez se dividen en graves, gravísimos, leves y levísimos⁴⁴; no obstante, se ha pretendido realizar una categorización de los indicios que vía jurisprudencia se han determinado a efectos de demostrar la simulación, los cuales facilitaran la identificación de los mismos así:

SUBJETIVOS: entiéndase por este carácter, aquellos hechos indiciarios que se relacionan con las cualidades y calidades de las personas, naturales o jurídicas involucradas en el negocio jurídico y su entorno⁴⁵.

⁴² Nisimblat, Nattan. (2018) Derecho Probatorio. Técnicas de Juicio Oral. Actualizado con el CODIGO General del Proceso cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley

⁴³ SC 3365-2020 Radicación N° 25307-31-03-001-1999-00358-01 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, septiembre 21 de 2020

⁴⁴ En relación con lo necesario, es aquel hecho desconocido que, probado el hecho indicador, de manera fatal tiene que darse por ser este el obligado supuesto para la existencia del otro; en relación con los contingentes serán aquellos que, con mayor o menor probabilidad, de acuerdo con la fuerza indicadora del hecho conocido puede permitir la inferencia de hechos desconocidos, de manera que, a su vez, se les subclasifica en indicios graves o leves.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil. (24 de noviembre de 2003). Sentencia No. 7458. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

1. Parentesco (*affectio*): familiaridad o amistad íntima. Es importante resaltar en este indicio que en relación con el parentesco se debe aportar ya sea registro civil de nacimiento, acta de defunción, registro civil de matrimonio, para determinar el grado de familiaridad; para la amistad podría aportarse partida de bautismo en donde se identifican los padrinos, con quienes por lo general existe un grado de cercanía; fotografías de eventos sociales en el que se evidencie que las partes comparten ese tipo de actividades, redes sociales.

2. *Tempus* o tiempo en que se celebró el contrato: que el momento en que se realizó el contrato sea sospechoso, la proximidad en las fechas de celebración de los actos traslaticios ej., se realizó la venta con posteridad al haber adquirido una o varias deudas que comprometen el patrimonio. Se puede acreditar con prueba documental de las ventas y las fechas en las que se adquirieron las obligaciones. Certificados de libertad de los bienes, escrituras o promesas de compraventa.

Adicionalmente puede converger el corto tiempo y la cantidad de bienes enajenados en el mismo lapso, ya sea por un hecho coyuntural (enfermedad catastrófica) o por la rapidez del negocio (*celeritas*)

3. Ausencia de datos: que no se aporten datos básicos de ubicación de las partes.

4. Falta de idoneidad de una de las partes: que el vendedor y/o el comprador no ejerzan habitualmente la actividad comercial que se está realizando, certificado cámara de comercio.

5. El estado decadente de la salud del vendedor: la historia clínica.

6. Que el causante no haya tenido necesidad de enajenar la mayoría de sus bienes; acreditando solvencia económica con la declaración de renta de los últimos 3 años.

7. Que los accionados no tengan la capacidad suficiente para negociar la cantidad de bienes transferidos a su nombre: estatutos de la sociedad.

8. Que el vendedor mantenga vigilancia sobre los bienes aun después de transferidos.

9. Que el adquirente no tenga capacidad económica (*subfortuna*).

10. *Retentio possessionis* es cuando la tenencia de la cosa continua en manos del vendedor, es decir, no se entrega ni del objeto ni de su uso. Su acreditación se logra a través de testimonios, interrogatorio de parte, inspección judicial, en donde se demuestre que el objeto del contrato sigue bajo el dominio del enajenante.

11. Que el vendedor esté o se vea amenazado de cobro de obligaciones vencidas,

12. Que exista un ocultamiento de la venta a familiares y amigos: afecto especial con la parte adquirente o displicencia.

OBJETIVOS: se relacionan con los bienes respecto de los cuales se realiza la transacción comercial.

1. *Causa o animus simulandi*: es el móvil o motivo de realizar la acción, ej. Evitar pago de impuestos, afectar derechos de acreedores, excluir familiares que tienen derecho a la legítima, evitar que el titular del bien pueda acceder a este.
2. *Necitas*: es la necesidad o no de realizar la venta, estatus y capacidad económica del vendedor, carencia de utilidad o beneficio del negocio.
3. *Omnia bona* es el desprendimiento de todos los bienes del vendedor con el ánimo de evitar la eficacia de las acciones que pudieran realizarse en su contra.
4. *Pretium confessus* es la falta de pago del precio pactado o en su defecto ausencia de cobro del mismo; es decir, la no acreditación de que el valor estipulado fue cancelado o entregado, La falta de pago se puede demostrar a través de declaración de testigos o mediante el interrogatorio de parte.
5. *Pretium vilis* es el precio irrisorio de una transacción o incluso la inexistencia de ese precio; puede presentarse cuando no se acuerda un valor a cancelar o cuando el pago no se realiza en efectivo sino a través de un cruce inexistente de cuentas entre las partes. Se puede demostrar presentando el avalúo catastral, o comercial del bien, realizando un peritaje al mismo.
6. Forma de pago. En efectivo, por cuotas de valor irrisorio por un tiempo extenso, o manifestación que se recibió el pago con la suscripción de la escritura, uso de títulos valores.
7. La falta de evidencia del ingreso del supuesto pago del precio de los bienes enajenados al patrimonio del causante, certificados de movimientos bancarios, no tener cuenta de ahorros o corriente,
8. *La informalidad del contrato* se da cuando solo existe la minuta de la promesa de compraventa, o cuando esta no ha sido elevada a escritura pública o que la misma no se ha registrado, no aparece en el folio de matrícula del inmueble o en la carta de propiedad del vehículo. Su acreditación se determina con el respectivo certificado de registro.
9. Las sociedades ficticias se presentan cuando hay inexistencia del respectivo registro en la cámara de comercio o del certificado expedido por dicha entidad
10. La cantidad de bienes presuntamente enajenados en tiempo corto; certificados de libertad de los bienes.
11. Lugar sospechoso del negocio (*locus*). Distinto al lugar de residencia de los contratantes, o de ubicación del bien. Certificados de libertad, recibos de servicios públicos
12. Documentación sospechosa (*preconstitutio*). Documentos de difícil lectura,
13. Precauciones sospechosas (provisio). Testigos
14. No justificación dada al precio recibido (inversión). Contabilidad, estados financieros.

15. Falta de examen por el comprador cuando se trate de un bien raíz. Testimonial, interrogatorio de parte (preguntas sobre características específicas del bien)
16. Operaciones por valor catastral. Certificado catastral versus un avalúo comercial del bien objeto de venta
17. Ausencia de equivalencia en las prestaciones y contraprestaciones (disparities), porque el vendedor renunció a la condición resolutoria derivada del incumplimiento de la obligación adquirida por la compradora.

PROCESALES: son los que se enmarcan dentro de las acciones realizadas por las partes en curso de cualquier actuación judicial.

1. Falta de reclamación con relación al incumplimiento.
2. Comportamiento de las partes en el litigio.
3. Intervención del adquirente en una operación simulada anterior.
4. Los intentos de arreglo amistoso (*transactio*).
5. Compensación.
6. Cuando el citado a la audiencia no asistiera, o sus respuestas fueren evasivas o si se negare a responder. Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, es indicio grave en contra de la parte citada.
7. En las obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito.
8. La falta de colaboración de las partes con el perito o en desarrollo de una inspección judicial.
9. La renuencia y oposición a la exhibición.

Identificados los indicios, se debe tener claro que tal como lo evoca el adagio popular “una sola golondrina no hace verano”, en consecuencia, uno por sí solo no es determinante para demostrar o inferir deduciblemente la existencia de la simulación, requiriéndose como tal, de mínimo tres de los indicios expuestos en precedencia, recordando que estos surgen de la ocurrencia de unos hechos que deben estar acreditados y probados en el curso del proceso; por tanto, se requiere por parte de las partes la agilidad de demostrarlos para llevar al juzgador a un estadio de probabilidad, en el cual pueda inferir razonadamente la ocurrencia de la simulación.

VALORACIÓN

Concluida la etapa probatoria, una vez verificados y aportados cada uno de los elementos mediante los cuales se pretende la declaratoria de la simulación en el

negocio jurídico ventilado, emerge la obligación del funcionario judicial de apreciar las pruebas en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, tal como lo establece el artículo 176 del C.G.P., argumentando razonadamente el valor o merito que le concede a cada prueba.

La sana crítica, según el autor Boris Barrios González, es “un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines”.⁴⁶ (Barrios González, 2011)⁴⁷ Bajo ese entendido no es posible, al igual que con los indicios, determinar de manera específica un listado en el cual se conformen esas reglas de la sana crítica, las cuales se han venido desarrollando en la doctrina y la jurisprudencia, lo que ameritaría un estudio posterior.

Expuestos los indicios más comunes, cobra relevancia el concepto que estableció Parra Quijano⁴⁸ al indicar que, “para que podamos con propiedad hablar de indicio, se requiere aprehender el hecho en su momento dinámico, es decir cuando se relaciona con la pequeña historia del proceso y con una regla de la experiencia” “si el hecho no muestra otro no es un indicio” por tanto se requiere de varios indicios que, conectados entre sí, permitan develar la historia del proceso.

Atendiendo a las características que puede tener el acto simulado, se le ha dado al juez una libertad a efectos de desentrañar la realidad, es decir, aplicar los criterios de valoración como ha indicado la sana crítica; en consecuencia, en el trámite procesal no se requiere que desde la demanda el interesado plantee de manera impecable sus pretensiones o que enumere explícitamente los hechos que probarán dentro de la simulación; así las cosas, para que se declare la simulación es suficiente con que la intensión del actor se deduzca del libelo a través de una interpretación lógica, basada en el conjunto de la demanda (CSJ, 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 a propósito de la voluntad real de las partes, diferente de la declarada. (Deik, 2010)

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 juicio de valor lógico-crítico en el que, partiendo de

⁴⁶ Barrios González, Boris. (2006). Teoría de la sana crítica. Panamá.

<http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00941-teoria-de-la-sana-critica-boris-barriosgonzalez.html>

⁴⁷ Citado en Sentencia del 13 de julio de 2011 del Tribunal de Medellín. M.P Nelson Saray Botero.

⁴⁸ Parra Quijano, Jairo. “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”. 13 abril, 2015. Instituto Chileno de Derecho Procesal. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>

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” (CSJ, 1941)

Se debe tener especial cuidado al momento de realizar la ponderación razonada del mérito de los medios de prueba, para determinar si estos conjuntamente derriban el velo y tienen la suficiencia para causar la convicción en el togado de la simulación del negocio; esto solo ocurrirá cuando las inferencias o deducciones sean graves, precisas y convergentes (CSJ, 2003), dado que al tenor de los artículos, 248 y 250 del Código de Procedimiento, para que 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” (CSJ, 2004), en la actualidad el Código General del Proceso mantiene lo establecido por su antecesor y en su artículo 242 indica que “el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”.

En consecuencia, al realizar el análisis en conjunto de cada uno de los elementos aportados, se debe tener claro que los indicios tal como lo manifiesta Parra Quijano son hechos que permiten inferir la existencia de otros, por tanto el hecho indicador se acredita a través de otro medio de prueba como lo puede ser los documentos, testimonios de terceros, interrogatorios de parte, inspecciones judiciales, dictamen pericial, los cuales en aplicación de las reglas de la experiencia y la sana crítica permitirá determinar la inferencia razonable de la ocurrencia del hecho simulado. (Parra Quijano, 2015)

EN LA PRACTICA

Carlos vende a Andrés un lote por valor de 150 millones. Se inicia proceso declarativo de simulación en el cual se acredita que el avalúo comercial es de 3000 millones (se presentó un informe pericial); Carlos tenía pendiente pago de obligaciones bancarias (aportaron extractos bancarios), Andrés trabaja en una empresa en la cual devenga \$2.300.000 mensuales (certificación laboral de la empresa), tienen acreencias bancarias por valor de \$80.000.000 que corresponde a la hipoteca del apartamento en el que vive (en la certificación aparece un descuento por nómina). Andrés y Carlos

son familiares en 4º de consanguinidad (en el interrogatorio manifestaron el grado de parentesco).

Partiendo del anterior ejemplo, el funcionario judicial deberá 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; por tanto, al realizar una valoración de dichos indicios en conjunto, se puede establecer que la venta fue simulada, toda vez que las partes tienen un grado de parentesco, se acreditó una disparidad entre el valor de la venta y el avalúo del bien, se determinó que la capacidad económica del comprador no estaba dada para cubrir el valor del bien adquirido y que el vendedor tiene obligaciones bancarias pendientes; es decir, hay suficientes indicios que permiten de manera fehaciente determinar que el negocio jurídico se realizó de manera ficticia.

En este punto, es importante indicar que dentro del análisis y valoración también se deben tener en cuenta los contraindicios que se hayan enunciado y acreditado dentro del trámite procesal a efectos de descartar la simulación; como tales (contra indicios) en relación con el indicio de precio irrisorio se debió aportar el avalúo catastral o un dictamen pericial en el que se relacionaran los criterios determinantes del avalúo, como ubicación del predio, destinación, entre otros; respecto de la capacidad económica o ingresos de Andrés, se requería aportar la declaración de renta de los últimos tres años, testimonios de transacciones comerciales, o certificados de saldos en cuentas bancarias y así derrumbar la convergencia de los indicios.

Anotaciones A Propósito Del Derecho Comparado: Colombia - Brasil

En el entendido de que en general para occidente el común origen del derecho, sin que sea exclusivo, es el Derecho Romano, merece una particular referencia el nacimiento de la institución en comento a partir de aquel, sobre todo si vamos a intentar comprenderla en un ambiente comparativo.

El despliegue normativo en torno a la simulación y la acción de simulación ha sido tratado de manera desarticulada desde la antigüedad más allá de su relativa recurrencia⁴⁹; sin embargo, fácilmente puede colegirse que ante su presencia se suponía inmediatamente una adolescencia del vicio de nulidad.

⁴⁹ Digesto: 24, 1, 52 "Si vir uxori donationis causa rem villius iocaverit; locatio nulla est"; 24, 1, 5.5 "Venditiomen donationem causa inter virum et uxorem factum nullius esse momenti, si modo cum animun maritus vendendi non haberet"; 24, 1, 32.24 "Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgat nulla est"; 23, 2, 30 "Simulatae nuptiae nullius momenti sunt".

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=cuerpo+del+derecho+civil&at=Justinia>

En la misma línea diremos que difícilmente puede encontrarse desarrollada la simulación en alguna codificación legal romana o medieval, aunque en ciertas puntuales citas se le mencione, lo cual evidencia que, a pesar de la evolución de los sistemas e instituciones jurídicas, tales progresos no permearon la cuestión *sub examine*. Entonces, identificar con exactitud el origen de la acción de simulación es una empresa cuando menos dificultosa.

Para insignes juristas como Accorso di Bagnolo quien, glosador de la escuela de Boloña, hiciere un reconocido compendio de glosas, la *Magna Glossa*, al *Codex Iuris Civilis*; Acio de Bolonia, (Azo, Azzo, Azzone, Azolenus o Azolino) autor de la célebre *Summa Codicis*; o Bartolo da Sassoferrato, quizá el más importante jurista del siglo XIV -principal representante de la escuela de los postglosadores o comentadores, sobre todo por su comentario al *Corpus Iuris Civilis*, exceptuando a las Instituciones de Justiniano-, la cuestión de la simulación, no tuvo una especial relevancia, y de que “la legislación que [la] regulaba... tampoco logró un desarrollo significativo”⁵⁰ (Ovalle 2020), tanto así que no exigió en sus obras título aparte desde donde sea posible establecer precisiones puntuales pues en palabras del profesor Germán Ovalle (2020), y en referencia a Accorso, recibió un “... tratamiento [que se le dio fue] escaso y fragmentario”, seguramente por la recurrente confusión y/o también por la aparente identidad por ejemplo entre el acto contra la ley -*contra legem*- y el fraude a la ley -*fraus legis*- consideración explicitada por el mentado Acio en atención a su carácter de “ilegalidad”. Sin embargo, no hay duda de que ellos sí hicieron relevantes progresos, algunos de los cuales se manifiestan por ejemplo y para continuar con el mismo glosador citado por el profesor Francisco Ferrara en su obra “La simulación de los negocios jurídicos” (1961)⁵¹, en la clasificación de los modos de fraude de ley, la cual es realmente una clasificación de varias formas de simulación en fraude de ley o a la ley⁵², es decir, un avance interpretativo del *CIC* en torno a la simulación y no al fraude. Entonces de allí surgieron algunas conclusiones por ejemplo en torno a que hay “diferencia entre simulación y falsedad”, “[en que] en todo acto simulado había [hay] un quebrantamiento de la verdad”, o que es necesario “incluir como elemento esencial al acto simulado “el acuerdo de voluntades””⁵³. Ese desarrollo continuó luego en torno a una figura jurídica que ganó gran relevancia: la usura. “Debido a que esta

⁵⁰ Ovalle Madrid, Germán. (2020). Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en el derecho español. Artículo recibido el 8 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 27 de agosto de 2020.

⁵¹ Ferrara, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente. Reimpresión. Editorial: Madrid, Editorial REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1961

⁵² 1. De re a rem; 2. De Persona ad personam; 3 De uno contractu ad alium contractum; 4. De uno contractu ad eundem contractum.

⁵³ Hurtado Escobar, Germán. 1958. De la simulación. En “Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas” Número 23-25. Año, 1958.

práctica estaba prohibida por la autoridad; las partes simulaban los contratos a fin de ocultar su verdadera intención, a saber, el pacto usurario de cobro de una tasa de interés superior a la permitida por la ley". (Ovalle 2020). En el mismo sentido cita el profesor Ovalle la obra "La simulación de los actos jurídicos" del Profesor Cesar Coronel, que Alberico Gentili, fue el comentarista que propuso una bipartición de la simulación a partir del sentido del contratante de manera que se dividía entre hipocresía o simulación mala y simulación, entendiendo por mala aquella que contraviene la ley. Además, fue el primero en manifestar que "la simulación no podía oponerse a terceros de buena fe"⁵⁴.

Posteriormente el tratadista francés D,Argentre, planteo la distinción entre la simulación Relativa y la Absoluta, la cual aún sigue vigente (Hurtado 1958) en la medida de que la figura hace parte de la actual legislación de muchos países que en sus codificaciones civiles le consagraron algún título: alemán (1900), japonés (1896), ruso (1923), chino (1929), portugués (1868), austriaco (1811), argentino (1869), polaco (1935), ruso (1923), brasileño (1917), venezolano (1942), mexicano (1884); otras legislaciones como la nuestra dedican uno que otro artículo al desarrollo de esta figura jurídica.

Haremos una referencia particular al Brasil en cuanto que realizamos una visita y estudio particular al derecho de este país. El gigante suramericano, en la Ley 3.071 del 01 de enero de 1916 dedica los artículos 103,104,105 de su Código Civil a la simulación; aun cuando no presenta una definición, sí determina en qué momentos se configura la simulación; sin embargo, en la recién entrada en vigencia, Ley 10.406 del 10 enero de 2002 (Código Civil) solo se le dedicó el artículo 167 para indicar que todo negocio simulado es nulo y sin valor, adoptando así la tesis que la simulación es una especie dentro del género de la Nulidad, tal como existía en Colombia antes del desarrollo jurisprudencial de los años 1936 a 1946.

Ahora bien, en lo relacionado con los medios probatorios avalados para demostrar la simulación se tiene que en el Código de Procedimiento Brasileño Ley 13.105 de 16 de marzo de 2015 están la confesión artículos 389-395, declaración de parte artículos 385-388, exhibición de documentos artículo 396, acta notarial artículo 384, producción anticipada de prueba artículos 381-383, quedando vetados los indicios como medios probatorios en esa legislación, considerados como prueba incompleta y por tanto incapaz de constituir una consecuencia jurídica contundente.

⁵⁴ 'Nulli praeiudicial dolosa simulatio'.

CONCLUSIONES

No existe por vía legal una conceptualización concreta con relación a la acción de simulación, razón por la cual su desarrollo, tal como se ha evidenciado, ha sido dado a través de jurisprudencia y doctrina, lo que ha permitido una libertad probatoria a las partes a efectos de lograr la declaratoria de los actos simulados, recayendo en los “indicios” la responsabilidad de acreditar esos hechos ocultos, base de la simulación impetrada.

Se tiene que el objeto de la simulación es la prevalencia del acto oculto sobre el aparente; sin embargo, para arribar a ese objetivo, la jurisprudencia tuvo un cambio en la aplicación o uso de dicha figura, toda vez que inicialmente se equiparaba la simulación a una especie o causa de nulidad absoluta; dicha dicotomía fue superada ya por la Corte, concediéndole independencia a la acción de simulación.

En coherencia con el anterior análisis, y si bien sí se habían establecido criterios respecto de los cuales se determinan y prueban los indicios para acreditar la simulación, a estos se les ha dado una categorización entre subjetivos, objetivos y procesales, a efectos de facilitar su identificación y la forma en que se deben aducir al proceso, en cuanto que su utilidad judicial y procesal es llevar al convencimiento del Juez sobre la existencia de un acto oculto que debe prevalecer sobre uno aparente y entonces develar la simulación.

En igual sentido y más allá de la visible libertad probatoria disponible a la hora de demostrar la simulación, sin embargo en la práctica judicial se nota la ausencia de técnica en la aducción de los medios de prueba tendientes a demostrar los hechos indiciarios, pues si bien se han planteado cuáles son los elementos que deben converger para su identificación y demostración, es común que en el curso de las actuaciones judiciales no se acrediten algunos de los indicios que fueron enlistados en precedencia. Por ejemplo, respecto del parentesco entre padre e hijo no se aporta el registro civil de nacimiento como prueba documental idónea para acreditar ese hecho, ocurriendo que dentro de las demás pruebas aportadas como testimonios se manifiesta que son padre e hijo o madre e hijo o porque simplemente en la contestación no hubo oposición a dicho hecho; también sucede que frente a otros indicios como falta de capacidad económica, precio irrisorio o falta de pago, casi que el común denominador para su demostración es la prueba testimonial, olvidando que los hechos que forman el indicio se pueden probar a través de los medios de prueba enlistados en el art. 165 del Código General del Proceso (C.G.P.), circunstancia que

impide una adecuada inferencia que permita acreditar la existencia del hecho simulado.

Es imperativo tener una adecuada claridad en torno a los hechos que conforman los indicios, a efectos de verificar que estos se acrediten en debida forma por el interesado o que, por el contrario, la contraparte pueda aportar elementos probatorios que derrumben la teoría inicial de la simulación (contraestipulación o contraescrituras); sin duda, esto permitiría que el proceso valorativo del operador judicial se realizara con mayor eficiencia, atendiendo a los criterios de la sana crítica y a las reglas de la experiencia.

Se evidencia la carencia de desarrollo legal en las legislaciones suramericanas, específicamente en Brasil, en donde inicialmente se dedicaron algunos artículos para definir la simulación como entidad jurídica independiente, la cual perduró desde 1917 hasta el 2002, cuando fue derogada por el artículo 167, en el que se determinó que los efectos de los actos simulados corresponden a una nulidad y en consecuencia carecen de valor; esta es situación disímil de lo desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico, ya que a pesar de no tener una codificación clara, sí se ha desarrollado la simulación por vía jurisprudencial, estando en mora que sea incluida en la codificación civil pertinente.

Brasil, a diferencia de Colombia, no adopta como medio probatorio idóneo para demostrar la simulación el indicio, toda vez que considera que es un elemento incompleto a través del cual no sería posible generar una consecuencia jurídica, mientras que nuestra legislación sí lo contempla como medio probatorio que debe ser valorado en conjunto con las demás pruebas.

BIBLIOGRAFÍA

- Acción de Nulidad de un Contrato - Acción de Nulidad y Acción de Simulación, Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, 22 de agosto de 1940.
- CSJ (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil, Simulación de Contratos, 24 de octubre de 1936.) en Gaceta Judicial, Tomo XLIV, noviembre de 1936, #1914 y 1915, Página 167 ss. Magistrado Ponente Dr. Miguel Moreno Jaramillo.
- CSJ (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil, Acción de Nulidad y Acción de simulación, 22 de agosto de 1940) Magistrado Ponente Dr. Daniel Anzola. Gaceta Judicial, Tomo XLIX, agosto - septiembre de 1940, #1959, Página 842 ss.
- CSJ (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil 24 de abril de 1941).
- CSJ, 7458 (Corte Suprema de Justicia Sala Civil 24 de noviembre de 2003).
- CSJ, 7145 (Corte Suprema de Justicia Sala Civil 19 de mayo de 2004).
- CSJ 2005, 19728-02 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 15 de diciembre de 2005).
- CSJ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (06 de Mayo de 2009). SentenciaSC 227388-2009. Radicación N° 11002-3103-032-2002-00083-01 M.P. William Namén Vargas.1
- CSJ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (10 de junio de dos mil quince de 2015). Sentencia SC7274- 2015. Radicación N° 11001-31-03-024-1996-24325-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.
- CSJ Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación Civil. (Septiembre 21 de 2020). Sentencia SC3365-2020. Radicación N° 25307-31-03-001-1999-00358-01 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.
- Barrios González, Boris. (2006). Teoría de la sana crítica. Panamá. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/05/00941-teoria-de-la-sana-critica-boris-barriosgonzalez.html>
- Compagnucci de Caso, R. (1992). El negocio juridico. Buenos Aires: Astrea.
- Código de Procedimiento Civil. 21, de septiembre de 1970.Diario Oficial. AÑO CVII. N. 33150. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1740641>
- Deik Acosta-Madiedo, Carolina (2010), Simulación de actos jurídicos, teoría, acción y los efectos de su declaración, Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, N° 34, págs. 377-409.

- Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil
- Ferrara, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente. Reimpresión. Editorial: Madrid, Editorial REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 1961
- Código Judicial. Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, Diario Oficial. Año LXVII. N. 21823. 24, octubre, 1931. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1639321>
- Hurtado Escobar, Germán. 1958. De la simulación. En “Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas” Número 23-25. Año, 1958
- Nisimblat, Nattan. (2011) Derecho Probatorio. Principios y Medios de Prueba en Particular. Actualizado con la Ley 1395 De 2010 y la Ley 1437 de. Bogotá: Universidad Católica.
- Nisimblat, Nattan. (2018) Derecho Probatorio. Técnicas de Juicio Oral. Actualizado con el CODIGO General del Proceso cuarta edición. Ediciones Doctrina y Ley
- Ospina Fernández, Guillermo. (2000). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Temis.
- Ovalle Madrid, Germán. (2020). Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en el derecho español. Artículo recibido el 8 de enero de 2020 y aceptado para su publicación el 27 de agosto de 2020.
- Pájaro Moreno Nicolás. Las Acciones Reconstitutivas del Patrimonio del Deudor. Castro de Cifuentes, Marcela (Coord.). Derecho de las Obligaciones, T II, Vol. 1. Universidad de los Andes. Bogotá, 2010.
- Parra Quijano, Jairo. Ponencia “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”. 13 abril, 2015. Instituto Chileno de Derecho Procesal. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>
- SC 3365-2020 Radicación N° 25307-31-03-001-1999-00358-01 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, septiembre 21 de 2020
- Simulación de Contratos, Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, 24 de octubre de 1936.
- <https://www.lexico.com/es/definicion/indicio>.
- <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=cuerpo+del+derecho+civil&at=Justinia>