



SIMULACION Y NEGOCIOS SIMULADOS

— FOR GERMAN GIRALDO ZULUAGA —

"Acta simulata... veritatis substantia mutare non possunt".

PRELIMINARES:

Los filósofos han definido la verdad como: *conformitas intellectus et rei*. Este concepto envuelve necesariamente el de un ser pensante, es decir, un entendimiento que conoce y que es capaz de interpretar y captar la realidad. De aquí que la definición dada por San Agustín, y que tiene sus prosélitos, no se acomode ciertamente a lo que es la verdad, pues en ella el entendimiento o el ser capaz de conocer no juega ningún papel. Dice el Tagastino: *Verum est id quod est*; aquí definió el ente, lo que es la realidad, mas el concepto de verdad no aparece, pues sabido de todos es que la verdad es una de las situaciones en que se encuentra el entendimiento frente **al ser**.

En el concepto de verdad es necesario que vaya envuelto el de entendimiento. La relación entre cosa u objeto conocido y sujeto o entendimiento que conoce es claramente esencial. Por esto se ha dicho, con mucha razón y fundamento, que existiendo los objetos, si no existiese un ser capaz de conocerlos, existiría la realidad, mas no la verdad, pues ésta sólo puede predicarse en relación con el entendimiento.

La verdad, entonces, debe ser definida como la conformidad del entendimiento y las cosas.

Se dice que **conformidad**, pues, no captando el entendimiento lo que en verdad la cosa es, hay conocimiento, pero conocimiento erróneo y no verdadero. Mas si el entendimiento aprehende lo que la cosa es, surge la verdad. La necesidad de la conformidad es manifiesta.

Para el presente trabajo sólo nos interesa lo que es la verdad en relación con el hombre sujeto del derecho; es decir, la verdad lógica que es la conformidad o adecuación del entendimiento que conoce con el objeto de su conocimiento. *Conformitas cognitionis cum suo objecto*.

Sucede que, no obstante existir conformidad entre el entendimiento y el objeto del conocer, puede revelarse una disconformidad engañosa, por medio de las palabras. Por esto, para que la verdad lógica sea verdad realizada o exteriorizada, es necesario que a más de aquella conformidad del entendimiento con lo que es su objeto, haya también conformidad de las palabras con lo que captó verdaderamente el entendimiento en la cosa que conoció. Esto último es lo que los filósofos llaman verdad moral o veracidad, que consiste en el acuerdo entre lo dicho y la verdad conocida.

De lo expuesto se deduce que frente a la verdad lógica, se contrapone el **error**, que es la disconformidad del entendimiento con las cosas. Hay un conocimiento, mas un conocimiento imperfecto, o mejor, equivocado o erróneo.

Lo contrario de la verdad moral es la mentira, pues, apesar de haber un conocimiento perfecto, una adecuación del entendimiento con su objeto, las palabras exteriorizan algo diferente a lo conocido y tenido como cierto. Hay un distanciamiento entre la realidad conocida y lo expresado con las palabras. Existe disconformidad entre lo conocido y lo dicho.

FALSEDAD

La falsedad se contrapone a la verdad en general, y ha sido definida como disconformidad entre el entendimiento y la cosa.

La falsedad sólo se puede dar en el entendimiento creado, mas no en el Creador, pues respecto a Este, con necesidad absoluta, las cosas están en conformidad con El.

Hay, por tanto, sólo dos clases de falsedad: la lógica y la moral. Es la primera lo que específicamente se denomina **error** y que consiste en una disconformidad o desacuerdo entre el conocimiento y su objeto, desacuerdo que puede ser positivo o negativo; existe el primero cuando se predica de un objeto cualidades que no tiene; el segundo, cuando se ignora cualidades que él posee. Hay falsedad moral cuando habiendo conformidad entre el entendimiento y su objeto, es decir, verdad lógica, existe una disconformidad entre las palabras o manifestaciones externas del conocimiento y la verdad adquirida. Esta falsedad toma la denominación concreta de **MENTIRA**.

De lo antes expuesto concluimos que la verdad no tiene grados, pues siempre es conformidad total del entendimiento con las cosas. Hay grados en el conocimiento, mas en la verdad no. Por esto, se dice que la verdad es una y múltiples los conocimientos. Empero, res-

pecto a la falsedad sí hay grados, pues el error o la mentira pueden ser parciales o totales, es decir, que hay grados.

✱ Lo anterior se ha expuesto para fundamentar sólidamente la importancia que reviste, en los negocios jurídicos, la manifestación seria de las voluntades de los contratantes, respecto a la validez del consentimiento como elemento esencial del contrato, y en relación con el nacimiento de vínculos de obligatoriedad.

En los anteriores principios filosóficos estriba el concepto claro de lo que representa la simulación y la importancia que en ella tiene el saber si las manifestaciones de voluntad de los contratantes pueden catalogarse como declaraciones de voluntad jurídica.

Desde ahora se dice que en la simulación juegan papel importantísimo los conceptos de verdad, error y mentira. La ignorancia, que es carencia de conocimiento, no puede darse respecto a los simulantes, sino sólo respecto de los terceros en el acto simulado, terceros que están en imposibilidad de conocer la simulación del negocio.

DOLO CIVIL

Dice el Art. 63 del C. C. Colombiano en su inciso final:

"El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

De esta definición se deduce que el dolo no puede ser culposo. Es necesario el factor intencional: el querer definido proyectado hacia el engaño, intención que está en pugna con el concepto de la buena fe y que generalmente reporta, al que así obra, un beneficio o provecho ilícito.

Vimos que la mentira consiste en una disconformidad entre lo conocido y lo expresado, pues el sujeto pensante, intencionalmente, revela, como ciertas y conocidas, cosas que no lo son en realidad. La mentira puede consistir en manifestar que una cosa es como no es, o en ocultar lo que la cosa es. Se simula y se disimula. Tal ocurre también en los negocios simulados: hay simulación y disimulación. "En la simulación se hace aparecer lo que no es; en la disimulación se oculta lo que es". (Francisco Ferrara).

Aunque algunos estudiosos sostienen lo contrario, parece que nuestro Código sólo tuviera en cuenta el dolo, cuando él ha inferido injuria a la persona o propiedad de otro. No interesa, por tanto, solamente que la persona haya obrado con intención de inferir injuria; es necesario que esa intención sea positiva, que tenga un resultado real, es decir, que haya intención de producir injuria y que ésta se realice.

Dos son, en consecuencia, los elementos que configuran el dolo frente a lo estatuido por nuestro Código Civil en su Art. 63, inciso final:

1). Elemento subjetivo: la intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, y

2). Elemento objetivo o material: realización de la injuria o daño, es decir, objetivación del elemento subjetivo.

Si solamente bastara el primer elemento, como algunos creen, y no fuese necesaria la realización de la injuria querida, el C. C., que es tan sabio y preciso, hubiera definido el dolo como intención de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Mas como dijo intención **positiva**, los dos factores son esenciales.

La noción de dolo dice relación necesaria al daño y error que sufre la otra parte; no es respectivo, pues el dolo de uno no supone el de otro, ni puede haber acuerdo sobre él entre los contratantes; respecto de terceros sí.

La noción civil del dolo supone siempre la concurrencia de dos personas: a) una persona que sufre una injuria o daño y b) otra que la ha querido y logrado.

En definitiva lo que hace sancionable al dolo no es la intención maliciosa, sino el perjuicio causado a quien lo padece.

"Ni la ley penal ni la civil, tienen en cuenta el dolo en sí mismo considerado, es decir, las maniobras fraudulentas tendientes a hacer incurrir a otra persona en error; lo que una y otra retienen son los resultados. La ley civil contempla el dolo como agente principal corruptor de la libertad individual; no le importa que el autor del dolo se haya o no lucrado con él; basta y es suficiente que a consecuencia del dolo la otra parte haya sufrido un perjuicio". (Valencia Zea. Cp. Cit. pág. 86, T. VI).

CONCEPTOS FILOSOFICO Y JURIDICO DE LA VOLUNTAD (VOLUNTAD Y VOLUNTAD JURIDICA)

VOLUNTAD

En filosofía se la define: *Facultas inorganica qua prosequimus bonum intellectu cognitum.* (Facultad inorgánica por medio de la cual se persigue el bien conocido por el entendimiento). Aquí el **bien** se entiende como todo lo que perfecciona.

En el acto voluntario hay tres etapas:

La **deliberación** que es el conocimiento del objeto y el examen de las razones y motivos que constituyen la fuerza impulsora del obrar. Después de este análisis intelectual viene la segunda etapa: la **determinación o elección** en la que se pone definitivamente en acción la voluntad. Es el momento en que conocido ya el bien, se toma la decisión, resolución o determinación de obrar en determinado sentido. Finalmente viene la **ejecución** que es el momento en que se realiza lo querido y determinado por la voluntad.

De estas tres etapas una sola es necesaria al acto voluntario, la determinación, ya que en veces se obra sin deliberar, y en otras, no se ejecuta lo querido y decidido por la voluntad. No por esto puede dejar de reconocerse la ayuda inmensa que presta la inte-

ligencia en los actos de la voluntad, pues es ésta la que viene a realizar o perseguir el bien conocido por el entendimiento. De aquí la verdad de estos aforismos: lo que mejor se conoce, se quiere mejor; lo que no se conoce no se quiere, y nada se quiere antes de ser conocido.

Cuando el entendimiento está en mejores situaciones de conocer, y logra el conocimiento integral del objeto y los motivos y razones que pueden impulsar la voluntad en un sentido o en otro, el acto voluntario puede ser más perfecto. Muy apropiado parece entonces, el nombre que Santo Tomás de Aquino dió a la voluntad: apetito racional (*appetitus quidam rationalis*).

La voluntad y el entendimiento son facultades distintas, pero se ayudan mutuamente; aquella busca el bien que es lo que perfecciona en cuanto es conveniente y que siendo conveniente es deseable. El entendimiento, en cambio, busca la verdad.

VOLUNTAD JURIDICA

En Derecho la voluntad tiene un significado específico; no se le tiene únicamente como una facultad del alma; es también el acto que realiza la voluntad, el "voluntario" filosófico con características específicas.

Podríamos definirla diciendo: El voluntario filosófico cuya "finalidad inmediata es perseguir un resultado jurídico de índole obligatoria y en que la voluntad se traduce en una manifestación externa suficiente, seria e íntegra".

No es, por tanto, la voluntad para el derecho el simple fenómeno psicológico, sino que aquel concepto envuelve éste y su exteriorización, y siempre que persiga determinado fin de características específicas.

En definitiva, la voluntad jurídica es una especie de la voluntad filosófica, que es el género. Tiene en consecuencia un campo de acción más estrecho y delimitado. Esta busca la realización de todo bien conocido por el entendimiento, y aquella, en cambio, sólo el bien jurídico, es decir, lo que pueda crear, extinguir o modificar un derecho, vale decir, un resultado jurídico de índole obligatoria. Otra de las diferenciaciones entre estos dos conceptos es la EXTERIORIZACION que se hace necesaria en la voluntad jurídica y no en la filosófica. Con razón dicen Planiol y Ripert en su Tratado de Derecho Civil Francés en el T. VI, que trata de las obligaciones:

"La voluntad, simple fenómeno psicológico, no puede producir efecto jurídico alguno sino cuando sale del fuero interno y se revela exteriormente en condiciones tales que los terceros pueden notarla como tal". (Pág. 129).

Los siguientes son requisitos que exige la voluntad para que pueda operar efectivamente en el campo del derecho:

- 1). Que provenga de una persona capaz, o sea aquella que

pueda, por sí misma, adquirir derechos o contraer obligaciones sin el ministerio de otra.

2). Que tenga como objeto uno que sea lícito y como causa una lícita.

3). Que sea suficiente, es decir, que no esté dañada por los vicios, que son: el error, la fuerza, el dolo y (la lesión enorme, en ciertos casos).

4). Que cierta y realmente tenga como finalidad inmediata perseguir un resultado jurídico de índole obligatoria.

5). Que la exteriorización de la voluntad o manifestación sea seria, y que sea íntegra para que lo querido internamente corresponda a lo declarado; así la declaración sería como un espejo en el que podría conocerse nítida e íntegramente la voluntad interna reflejada.

La voluntad jurídica en la forma en que hemos venido exponiendo se entiende como un producto que tiene dos componentes inseparables: el querer o voluntad interna, y la declaración, manifestación u objetivación de ese querer íntimo. La declaración que no es otra cosa que la manifestación en el mundo objetivo o material de aquel fenómeno subjetivo de la voluntad, es la forma más clara de saber cual es en verdad el querer interno del que hace una manifestación.

Hay quienes sostienen que al Derecho sólo le interesa como factor de orden principal "la voluntad interna"; que ésta es el elemento primordial del negocio jurídico, y que, por tanto, siendo "la declaración" un medio de manifestar la "voluntad interna", ésta prevalece sobre aquella.

Esta es la escuela jurídica llamada "volitiva". Uno de los principales argumentos en que se fundan es este: la declaración de una voluntad no verdadera es tan sólo una apariencia de declaración. "ninguna declaración, en consecuencia, es eficaz sin voluntad".

Otros que forman la escuela "declarativa", sostienen ser la declaración o manifestación de voluntad el principal elemento del negocio jurídico; aseveran que "la declaración emitida por una persona capaz produce efectos jurídicos, sin consideración a que lo declarado se haya querido o no realmente".

Estas escuelas, que he bosquejado con suma brevedad, son demasiado rígidas y exageradas; ambas tienen aciertos, y ambas, también, equivocaciones y errores. Si nos acogemos a la teoría volitiva, estaríamos amparando la destrucción de la buena fe, "bona fides". La teoría se presta para proteger al que después de prestar su consentimiento en la creación, modificación o extinción de un derecho, volviera atrás porque no le conviene el resultado jurídico. Se podría alegar, entonces, que su íntimo querer era muy diferente al manifestado.

Si acatamos la teoría "declarativa", con ella tendríamos que defender algunos errores. Este principio: "la declaración emitida por una persona capaz, produce efectos jurídicos, sin consideración a

si lo declarado se ha querido o no realmente", es peligroso y en el fondo falso. Ya vimos que la "voluntad jurídica" debe ser suficiente, íntegra y seria. Por tanto, si alguien manifiesta contraer una obligación, sin que su voluntad persiga este fin, es decir, manifiesta algo que no quiere, la declaración no sería suficiente para producir una relación de derecho. La voluntad jurídica no puede equipararse a una manifestación cualquiera. No es lo mismo querer que decir que se quiere, ni esto ni aquello pueden tener el valor asignado, propio de manifestar o decir lo que se quiere realmente.

Es verdad que "la declaración de una voluntad no verdadera es tan sólo una apariencia de declaración" y por ello no constituye en el técnico y específico concepto del derecho una "voluntad jurídica".

Arriba vimos como la voluntad para que pueda denominarsele y tenersele por "JURÍDICA", no sólo es necesario que se manifieste o exteriorice, sino que también, y como especial finalidad, debe perseguir la producción de un resultado jurídico; por ello una simple manifestación no puede constituir la voluntad jurídica. Esta tiende siempre a lograr un efecto jurídico por medio de la declaración. En consecuencia, si la declaración no tiene aquella finalidad, como sucede en innumerables veces, sería error afirmar que ella, por sí, estructura la voluntad jurídica.

En medio de estas dos teorías extremas, la volitiva y la declarativa, está la que podríamos denominar del justo medio, que se expondrá con brevedad y cuyos fundamentos generales quedaron descritos al definir lo que debe entenderse por "voluntad jurídica".

Aquí juegan papel de importancia casi igual, "voluntad interna" y "declaración" y en verdad, como dice Francisco Ferrara:

"En el acto jurídico deben concurrir conjuntamente voluntad y declaración. Es preciso que exista una intención y que pueda reconocerse mediante un acto; pero así como la declaración en sí misma es un esquema vacío, sin contenido, así la intención no revelada está todavía en el limbo del acto jurídico. La voluntad interna, por sí sola, considerada frente a la declaración, no tiene más que una eficacia negativa en el sentido de que impide el efecto jurídico: necesita el concurso o el trámite de la declaración para llegar a actuar de un modo positivo. Por otra parte, la declaración es un medio para perfeccionar y fijar la voluntad: es, como dice Enneccerus, semejante a la publicación de una ley; pero así como es cierto que una ley no publicada carece de vigor, también lo es que una publicación sin un acto legislativo no puede obligar a nadie. La declaración no puede vivir de por sí, aisladamente y en abstracto".

Por esto no debe mirarse la declaración como la expresión definitiva y única de la voluntad. En muchos casos la declaración no es el trasunto de lo querido, porque aquella no ha logrado objetivar precisamente el íntimo querer; porque no hay armonía entre lo querido y la aparente manifestación de ese querer.

En el último término lo principal en el negocio jurídico es la

“voluntad interna”; mas cuando no existen medios ciertos, precisos y seguros para conocerla, toma la **declaración** primacía en los elementos del negocio jurídico, pues ésta se torna medio único de llegar al conocimiento de la verdadera “voluntad”. La declaración o manifestación se hace, entonces, fuente, base y camino para alcanzar el conocimiento de cual fue el íntimo querer del declarante.

La manifestación o declaración en cuanto tiene de común con la voluntad interna, estructura la voluntad jurídica.

CONSENTIMIENTO

Consiste en el acuerdo de las voluntades jurídicas de los contratantes sobre las cláusulas de la convención que se proyecta. No parece técnico agregar “con la voluntad de hacerle producir efectos jurídicos”, como lo hacen Planiol y Ripert (Derecho Civil. T. VI, pág. 122), ya que entrando en la definición el concepto de voluntad jurídica, consecencialmente viene la finalidad de que ésta busque producir un efecto jurídico, una relación de derecho, pues ese es precisamente el fin específico que persigue la voluntad jurídica; ese es su objeto inmediato.

Consentimiento es, por tanto, acuerdo, asentimiento, aceptación, entre lo querido por una parte y lo querido por la otra. En último término: acuerdo entre las voluntades jurídicas de los contratantes (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*), o “uniformidad de opinión”, como lo llama Littré. (Véase Jossierand. Derecho Civil. T. II. Vol. I, Págs. 39 y ss.).

OBLIGACIÓN

La obligación es un vínculo de derecho (*iuris vinculum*) por el cual una persona queda comprometida para con otra a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa. Es un nexo de obligatoriedad jurídica entre dos partes, pudiendo constar cada parte de muchas personas, ya naturales, ya jurídicas.

CONVENCIÓN Y CONTRATO

Convención es el consentimiento o acuerdo de voluntades jurídicas de dos o más personas, en cuando a un objeto de “interés jurídico”, con el fin de crear, probar, modificar o extinguir obligaciones.

El contrato es una especie de convención que sólo tiene como finalidad engendrar obligaciones.

De lo definido se deduce que todo contrato es convención, mas no toda convención es contrato, ya que entre aquellas las hay que persiguen probar, modificar o extinguir obligaciones, en tanto que la única finalidad jurídica del contrato es la “creación de obligaciones”, y no su prueba, modificación o extinción.

SIMULACION

Por lo que antes se ha expuesto, queda de manifiesto la singular importancia que reviste en los negocios del derecho la "voluntad jurídica". Ella es elemento que integra el consentimiento y éste es requisito necesario en toda convención.

El contrato genera obligaciones y por tanto, en éstas incide, tanto como en aquél, la "voluntas juris". Finos engarces encadenan los conceptos de voluntad jurídica, consentimiento, convención, contrato y obligación. Relaciones estrechas existen entre ellos.

En los tiempos modernos, con especialidad, muchas personas desconocen el valor de la palabra, y empeñada ésta, su cumplimiento exacto no les importa. Hay un derrumbamiento de la buena fe y un afán de ocultar, en muchos casos, la realidad de los negocios jurídicos celebrados, o aparentar que se han celebrado otros que en verdad no lo han sido realmente. En unos casos se oculta la celebración o existencia de un negocio, haciendo surgir ante los ojos ajenos uno distinto. En otros, se ostenta la realización de uno que no existe en realidad, ya que no se ha querido.

De dónde resulta, jurídicamente, esta mutación de la verdad? Cuál la causa de este enmascaramiento y ocultación de la realidad?

El fundamento para responder los interrogantes anteriores lo encontramos en el concepto arriba dado de lo que es "voluntad jurídica". Los defectos de ésta o cuando ella sólo es aparente engendran la mutación de la verdad real frente a la ostensible que aparece a los ojos de los terceros.

Ya vimos que no toda voluntad, ni manifestación o declaración de ella tiene fuerza suficiente para producir efectos jurídicos, para engendrar relaciones de obligatoriedad frente al derecho. Para que tal efecto se produzca, es necesario que la voluntad y su declaración consistan verdaderamente en una "voluntad jurídica", concepto que necesariamente envuelve y conlleva los requisitos que se estudiaron al tocar este punto y que pueden resumirse así:

Toda voluntad para que sea jurídica necesita tener estas cualidades:

"ser seria, sincera y pura. El que sea seria una voluntad indica que entienda obligarse; que sea sincera indica el que entienda obligarse conforme se exterioriza en el contrato; que sea recta o pura indica que obre dentro de la licitud, que la declaración no tenga por fin exclusivo el lesionar una regla imperativa del orden público". (Arturo Valencia Zea. Curso de Derecho Civil Colombiano. T. VI, pág. 95).

Puede decirse que la **simulación** es una figura del derecho caracterizada por defectos en la voluntad jurídica que integra el negocio en que se da.

"Negocio simulado —dice Ferrara— es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece". (Op. Cit. pág. 60).

Esta definición ha sido aceptada textualmente por la Corte Suprema de Justicia y sobre ella ha edificado la tesis jurisprudencial de la simulación.

En sentencias de 24 de octubre de 1936 y 15 de febrero de 1940, entre otras, dijo, empleando las mismas palabras de Ferrara: "Negocio simulado 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".

En el primer caso se dice haber negocio simulado absolutamente; en el segundo relativamente. En el primero las partes no han buscado vincularse jurídicamente; en el segundo sí, mas de una manera diferente a la ostensible, a aquella que se ha hecho pública. En ambos casos las partes han perseguido el ocultamiento de la realidad del acto o contrato y han manifestado públicamente haber celebrado un negocio en el que no hay concurso real de las voluntades jurídicas de las partes que aparecen como contratantes, al menos en su integridad.

El acto ostensible, a los ojos de los terceros, parece tener todas las características de lo real y cierto, mas en el fondo no es otra cosa que una mutación intencional de la verdad. Es una mentira jurídica.

Héctor Cámara dice que "el acto simulado consiste en el acuerdo de las partes de dar una declaración de voluntad o designio diferente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inoportunamente, o en perjuicio de la ley o de terceros".

Como se desprende de esta definición y del contenido de la de Ferrara, el acto simulado es conocido por ambas partes contratantes, éllas lo realizan intencionalmente; pudiéramos decir que es una mentira de dos, forjada por ellos mismos y por ellos mismos manifestada.

El fin inmediato de los contratantes simuladores, diverge según la clase de simulación: en la absoluta se busca **aparentar** una realidad que no existe, se tiende al engaño; en la relativa, búscase precisamente **ocultar** una realidad y no se persigue definitivamente el engaño, se busca con frecuencia un simple ocultamiento. En la simulación absoluta hay verdadera simulación, en la relativa una disimulación.

En concierto con la doctrina universal, la Corte ha aceptado, también, que la simulación se divide en absoluta y relativa. En uno de sus fallos dijo:

"La simulación puede ser absoluta o relativa. La primera tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; es decir, cuando la contraestipulación se ha limitado a destruir los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. Es el caso típico de las llamadas ventas de confianza, hechas generalmente por el deudor en perjuicio de los acreedores. Por ejemplo,

Pedro recargado de deudas vende a Diego una casa para evitar que se la embarguen los acreedores. Se otorga la respectiva escritura en la cual se declara pagado el precio de la venta. La escritura se registra. La venta tiene así todas las apariencias de ser verdadera. Pero resulta que en el fondo todo es una farsa; entre las partes contratantes no hay tal venta, ni pago de precio, ni transferencia de la propiedad, ni acuerdo distinto del de que, conjurado el peligro del embargo, la casa volverá a su dueño, quien no obstante la venta ha continuado, con el tácito acuerdo de su panaguado, reputándose privadamente propietario único. En este caso el acto presenta las apariencias de venta, pero en realidad no hay tal acuerdo ni ningún otro que haya alterado entre los contratantes la propiedad del bien. Pueden igualmente encontrarse donaciones aparentes, préstamos que no han tenido ninguna realidad, etc. Por ello decíase: *colorem habet, substantiam vero nullam* (tiene color pero sustancia ninguna).

"La simulación es relativa cuando se emplea para encubrir los efectos jurídicos de otro acto real que es el que las partes han querido celebrar, como en el caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o modificar positivamente las relaciones de los contratantes del acto aparente. En estos casos decíase: *colorem habet, substantiam vero alteram* (tiene color pero la sustancia es otra)". (Noviembre 13 de 1939. G. J. N° 1951, pág. 877).

Hoy día, tanto la doctrina como la jurisprudencia, aceptan que el **daño** no es esencial al negocio simulado, mas dicen que sí lo es el **engaño**, o al menos el fin de engañar por parte de los simulantes. (Ferrara, Cámara, Moreno Jaramillo, Valencia Zea, Hernán Cortés, etc.).

La jurisprudencia ha sentado este principio de la siguiente manera: "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 el de dañar**. Aunque da a la mentira apariencia de verdad, puede ocurrir que no cause detrimento".

Parece que el engaño no es elemento de la simulación y no se ve claro por qué ha de entrar en todo negocio simulado, cuando, **en la simulación relativa**, se dan casos muy frecuentes en que las partes no buscan el engaño, sino simplemente impedir a los terceros conocer una realidad, que por causas diferentes, a los contratantes o a uno de ellos no le conviene que se haga de dominio público, sino que le interesa que permanezca en la sombra, en el desconocimiento.

En verdad, el engaño o el fin de engañar, no pueden tener la calidad de elemento integrante del negocio simulado relativamente; en último término podrá el engaño ser un efecto, un producto, un resultado de la simulación, pero no un elemento estructural de la figura jurídica.

Parece que el mismo Ferrara, que enuncia como tercer elemento o requisito del negocio simulado "la intención de engañar a terceras personas" (Op. Cit. pág. 61), reconociera que éste no es un elemento, sino un producto de la simulación, pues dice, al referirse al engaño, que "el engaño es un efecto de la simulación, más no efecto necesario"; siendo el engaño un efecto, sea de la naturaleza que sea, siempre será posterior a la causa que lo engendra, y, por tanto, siendo la simulación la causa eficiente del engaño, ella debe haber tenido estructuración perfecta, antes de producir el efecto: el engaño. Ahora bien, si el negocio simulado estaba perfecto antes de producirse el engaño, es bien claro que éste no puede ser requisito necesario del negocio simulado, no puede ser elemento estructural de la figura. El engaño sólo es efecto de la simulación, figura que por sus mismas características y naturaleza lo lleva latente.

En el negocio simulado se aparenta siempre la celebración de un acto jurídico que en verdad no es el querido por las partes y que en realidad no existe, o es diferente al querido. Pudiera decirse con acierto que toda simulación produce engaño, mas no que este sea el fin buscado por los simuladores. La intención de engañar no es elemento esencial en las simulaciones relativas.

Como en la simulación relativa hay algo de real y algo de ficticio, en el fondo de ella hay algo de disimulación, que no es otra cosa que el ocultamiento de lo cierto por medio de la ostentación de una mentira expuesta con ropaje de verdad.

En síntesis, en toda simulación relativa hay ocultamiento de una realidad cierta que se disimula por medio del acto ostensible que sólo tiene apariencias de real. Si en esta clase de simulación necesariamente hay una disimulación, un ocultamiento de la realidad, no puede decirse que haya esencialmente un fin de engañar, pues a las partes, en muchos negocios, no les interesa que los terceros se enteraran de ellos y antes bien, se realizarían los fines buscados sin necesidad de simular, si tuvieran la seguridad que los terceros no se enteraran del negocio realmente querido y celebrado. Hay casos en que únicamente se busca disimular, ocultar; se disimula, se oculta, y, por tanto, no siempre se busca el engaño o se tiene éste como fin. El engaño es efecto de la simulación y de la disimulación, mas no elemento estructural. Hay simulaciones para engañar y las hay para beneficiar calladamente, en secreto.

Lo anterior tiene soporte también en la definición de simulación relativa dada en el Art. 98 del Código Internacional de las Obligaciones de Fr. Consentini y en el Art. 955 del Código Civil Argentino, donde se dice que la simulación es relativa "cuando se emplea para dar a un acto una apariencia que OCULTA o DISIMULA su verdadero contenido". (Cita tomada de Valencia Zea, op. cit.).

ELEMENTOS DE LA SIMULACION

Son elementos que integran esta figura:

a). Ostentación de una aparente voluntad jurídica que en verdad no lo es, ya que no busca obligarse en la forma manifestada.

b). Conocimientos y acuerdo perfecto entre las partes, de que aquella voluntad aparente y pública, sólo tiene apariencias de ser real.

c). La ostentación de la aparente voluntad jurídica con el fin de engañar a terceros cuando el acto o contrato no existe, o con el fin de ocultar una realidad jurídica, cuando el acto simulado es diferente al que se han querido en verdad.

Arriba dijimos que había negocios simulados absoluta y relativamente. En los primeros se busca SIMULAR, aparentando la celebración de un acto jurídico que no existe; en los segundos se busca DISIMULAR la existencia de un acto o contrato realmente celebrado y querido, haciendo ostensible la celebración de otro que no ha sido querido como aparece y que es diverso del celebrado realmente. En el primer caso no hay acto o contrato; en el segundo lo hay; pero es distinto de como se manifiesta. En el primero hay un hecho jurídico, en el segundo un acto.

En la simulación absoluta "...las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo aparecer, y, por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico y, al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezca formada una relación que, en realidad, no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Se trata pues, de una declaración efímera, vacía, ficticia, que no representa una voluntad real y es, por lo mismo, nula, destinada únicamente a deslumbrar al público". (Francisco Ferrara. La Simulación de los negocios jurídicos, pág. 62).

De lo expuesto se desprende que en todo negocio simulado hay dos pactos: el ostensible o público y el oculto o secreto. Este es el que declara la absoluta ficción, o modifica los efectos que aparente y lógicamente debía producir el acto ostensible, si en verdad en él hubiera íntegramente real concurso de voluntades jurídicas. Al pacto oculto se le han dado los nombres de contraestipulación o contraescritura. Dijimos que éste consigna la total ausencia de voluntad jurídica en los efectos que debía producir lógicamente el acto público, cuando las partes no han querido en ninguna forma vincularse jurídica y realmente. Tal ocurre sólo en la simulación absoluta; por eso en ella el negocio ostensible no existe en absoluto, ya que por medio de la contraestipulación o pacto oculto, los efectos jurídicos que aquel pudiera engendrar, han sido reconocidos como inexistentes. Como hay una total divergencia intencional, contrapuesta, mutua y pactada entre el íntimo querer y su manifestación

o declaración, no hay voluntades jurídicas que concurran a la creación de obligaciones, y, por tanto, no hay contrato, ya que es elemento esencial a éste la concurrencia real de "voluntades jurídicas". No existiendo voluntad, el aparente contrato celebrado, no es contrato, sólo es una ficción o fantasma que no tiene virtud para engendrar vínculos de derecho entre las partes. Es un contrato nulo.

En la simulación que se ha llamado relativa ocurre algo semejante, pero no igual; allí también existe una divergencia intencional, mutua y pactada, pero no hay contraposición, o disconformidad absoluta entre el querer íntimo y su declaración; sólo hay disconformidad en parte y en el resto adecuación perfecta entre voluntad íntima y manifestación. En esta clase de simulación hay intención de crear obligaciones entre las partes, pero son diferentes a las que resultan del acto público ostensible. Se contrata realmente; hay concurrencia de voluntades jurídicas y efectos obligatorios, pero distintos de como aparecen, tomando como base el negocio público. Por esto se dijo que el acto oculto **modifica** el ostensible. Al decir modificar se entiende adicionar, alterar, aminorar, desviar, variar o cambiar, pero nunca **suprimir** o **anular**, ya que estos conceptos significan destruir o aniquilar totalmente, y aquel, en cambio, significa que entre lo que se modifica y lo modificado hay algo que en ambos es común, algo que permanece, no obstante la mudanza; algo que persiste sin mutación.

De aquí que el negocio público en la simulación absoluta, no tiene valor para las partes, ya que realmente él no existe. El pacto secreto no lo ha mudado o transformado, sino que lo ha declarado expresamente, tal cual es, nulo. No hay voluntad jurídica en él. En cambio, en la simulación relativa el acto ostensible tiene valor para las partes simulantes en lo que no exceda las estipulaciones del acto secreto, es decir, en lo que no tenga de común con éste, pues sólo sobre ello existe concurso real de voluntades jurídicas, acuerdo de ellas. En consecuencia, faltando el consentimiento en lo que el acto público exceda al secreto que es el querido, lógico y conforme al derecho es que, entre las partes, no obligue el pacto público en lo que excede al verdaderamente querido por ellas.

Esta razón explica, jurídicamente, por qué en la simulación absoluta el pacto público no tiene ningún valor entre simulantes.

Hay quienes afirman que la celebración del acto público y la consignación por escrito del acto secreto deben ser simultáneas, o, al menos, que ésta sea anterior a aquella. No es acertada esta tesis, pues en los negocios simulados el factor tiempo dice relación al momento del consentimiento, no al de su consignación por escrito. Si se ha celebrado un contrato que sólo lo es en apariencia, entre las partes no tiene valor absolutamente, o al menos en la forma manifestada públicamente. El pacto oculto, aunque su consignación por escrito sea posterior, puede declarar la total ausencia de voluntad o una parcial y modificar los aparentes efectos que debía producir el público que es anterior. En este caso también ha-

bría negocio simulado, porque el acto o contrato público tendría una apariencia distinta a la realidad, porque no existe, pues no fue querido, o porque es distinto de como aparece, por haber sido modificado.

No es de la esencia del acto concreto que conste por escrito; él puede ser verbal y así sucede con mayor ocurrencia. El pacto secreto nace a la vida, no cuando se consigna por escrito, sino cuando fue consentido, cuando surgió el acuerdo de voluntades.

Ahora bien, cuando el contrato anterior ha sido celebrado seriamente y produjo todos los efectos legales, no puede decirse que el negocio se torne simulado por la celebración de un nuevo contrato plenamente querido, que anule, modifique, altere, adicione o cambie el anterior. Y bien claro es: en estos casos los dos contratos han sido queridos; ha existido conformidad entre la apariencia y la realidad; entre los contratantes ha existido concurso real de sus voluntades jurídicas. No hay disconformidad entre lo públicamente declarado y lo que fue querido realmente:

PACTO SECRETO, PRIVADO O CLANDESTINO

El pacto secreto ha tomado distintas denominaciones: Nuestro C. C. lo ha llamado CONTRAESCRITURA en el Art. 1766; la Legislación Francesa le ha dado el nombre de CONTRE-LETTRE que tiene equivalencia a la de nuestro C. C.; la Corte Suprema lo ha designado CONTRAESTIPULACION. (Véase sentencias de 24 de octubre/36 y febrero 15/40 entre otras.

DEFINICION DE LA SIMULACION

De lo anteriormente expuesto sobre lo que son los actos o negocios simulados, podemos concluir tomando como base a Francisco Ferrara, que

SIMULACION es la manifestación de una aparente voluntad jurídica, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir la apariencia de un negocio de derecho que no existe, o para producir la apariencia de uno que es distinto de aquel que se llevó a cabo, ya sea con la intención de engañar o la de ocultar el negocio en que hubo concurso real de voluntades jurídicas. (V. Ferrara. Op. Cit., pág. 74).

FORMAS O CLASES QUE SE PRESENTAN EN LA SIMULACION

En la simulación absoluta:

Dice Ferrara que los casos más diversos de simulación absoluta pueden agruparse en dos categorías:

"...negocios que tienden a una **disminución del patrimonio** y negocios que implican un **aumento del pasivo**. (F. Ferrara; Op. Cit., pág. 192).

Simulación y Negocios Simulados

Esta distinción que de por sí es sutilísima, en último término no existe, pues todo aumento del pasivo, es una disminución del patrimonio. Estas dos formas realizan un mismo fin. En el fondo es lo mismo no tener que deber lo que se tiene. Existe una estrecha relación directa entre disminución del patrimonio y aumento del pasivo, siempre que se da aquella es como si aumentara éste y siempre que éste aumenta, necesariamente aquél disminuye. El patrimonio no es sólo el conjunto de derechos, sino el de éstos y el de las obligaciones apreciables en dinero.

En la simulación relativa:

En general, la doctrina moderna, y especialmente nuestra Corte Suprema, han tenido como fundamento para establecer estas categorías, lo afirmado por Ferrara, quien dice que puede haber simulación; a), en cuanto a la naturaleza del contrato, b), en cuanto al contenido del mismo, ya sea del objeto, del precio, de la fecha, de las moralidades, o de los pactos accesorios, y c), simulación por interpretación de personas, ya sea el sujeto interpuesto, real o ficticio; aquí la simulación incide en los sujetos del contrato.

Esta división fue acogida por la Corte Suprema en la sentencia de julio 27 de 1935. (Véase G. J. Nro. 1899). En los fallos posteriores se aceptó que la simulación relativa tiene aquellos tres grados, al decirse concretamente que ella puede ser de naturaleza, de accidente y de interposición. (Véase Sentencia de octubre 24 de 1936. G. J. Nro. 1914).

Simulación en la naturaleza del contrato

Se da cuando la naturaleza del contrato ostensible es diferente de la del oculto. Ej: Públicamente se hace una donación, mas ocultamente celebrese un contrato de préstamo.

Simulación en el objeto o contenido del contrato.

En este grado de simulación, el acto ostensible y el oculto son de la misma naturaleza. Ej: En el pacto público aparece un contrato de compraventa, y en el oculto también; la naturaleza del contrato es una misma en ambos pactos; mas el contenido de ellos no es el mismo. Puede decirse en el público que el precio es de \$ 2.000.00, cuando en verdad se ha estipulado secretamente \$ 1.000.00; puede decirse que la fecha del contrato es la determinada en el acto ostensible, cuando en verdad ella es anterior o posterior; se puede, en fin, hacer aparecer modalidades o estipulaciones que no se han querido realmente y que, en consecuencia, son distintas de las establecidas en el negocio oculto que es el verdaderamente querido por las partes y que él regula la vinculación de derecho entre ellas.

Simulación en cuanto a los sujetos del contrato.

Esta categoría toma el nombre específico de simulación por in-

terposición de personas, ya que en ella entra un sujeto que es medio o puente de unión entre los dos sujetos verdaderos entre los que se tiende el vínculo definitivo de obligatoriedad jurídica, nacida del contrato. Aquí, entre el acto público y el oculto hay identidad en cuanto a la naturaleza y contenido del contrato, mas las personas entre las que se establece el "iuris vinculum" definitivo, no son las mismas que aparecen públicamente. Uno de los sujetos definitivos y reales del contrato, no aparece en el acto ostensible, pues en éste es reemplazado por otro que lo está ocultando y que toma el nombre de persona interpuesta o interpósita. Por medio del acto público, en el que figura la persona interpuesta con todas las apariencias de contratante real y definitivo, se disimula o encubre la persona de uno de los sujetos verdaderos del acto, que surge en el pacto clandestino.

No obstante, la persona interpuesta puede tener la calidad de contratante real, pero esta calidad no permanece, no perdura, es momentánea o pasajera. Por eso se dijo que la persona interpuesta oculta o encubre a uno de los sujetos definitivos del contrato.

Este fenómeno lo anota con claridad F. Ferrara, al decir: "esta intromisión de un tercero en las relaciones contractuales de otro puede revestir distinta forma jurídica. Y aquí se impone una división de las personas interpuestas en dos grandes categorías, a saber: personas interpuestas reales y personas interpuestas simuladas". (Op. Cit. pág. 288).

Cuando existe persona interpuesta ficticia, la relación del acto celebrado sólo se establece entre las partes reales y definitivas. Cuando la persona interpuesta es real, "la relación en lugar de desenvolverse entre las dos partes, se desenvuelve entre tres personas, quedando el intermediario colocado en medio de ellas para recibir y volver a transmitir, o para obligarse y ser exonerado de su obligación". (Ferrara, Op. Cit. pág. 289).

Con lo expuesto se entiende nítidamente el concepto que Unger dió sobre lo que es la simulación por sujetos interpósitos y en qué consiste. Que existe esta clase de simulación, dice el citado, "cuando deben ser titulares del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración".
