

**LA SIMULACION EN
LOS NEGOCIOS CIVILES
Y MERCANTILES**

Carlos Alberto Velásquez Restrepo

I. ENFOQUE

Han dicho los estudiosos del derecho que existe una verdadera interrelación entre la dinámica histórica de la Sociedad y el derecho que trata de ajustar sus relaciones íntimas. En efecto, asistimos a un vestiginoso y convulsionado ambiente social, sujeto a las más insospechadas prácticas en los negocios, lo cual impone al Legislador, a los Jueces y a los mismos Abogados una actitud crítica; esto es lo que debe caracterizar a quienes se dedican a las disciplinas jurídicas.

En medio de la más brusca aparición de una inmoralidad manifiesta en todas las esferas sociales; inmersos en el predominio de las acciones fraudulentas o dolosas y ante los desmanes de inescrupulosos negociantes, ha surgido en toda su dimensión, una categoría tal vez ahora maltrecha : La seguridad de los negocios jurídicos. Por eso el derecho se ha visto compelido a rodear los actos o negocios jurídicos cuya tutela procura de la más variada gama de ajustes y medidas precautelativas, orientadas todas ellas a contener formalmente los abusos o usos indebidos del derecho.

El asunto de la **simulación en los contratos civiles y mercantiles**, tiene su importancia específica, como quiera que evoca una preocupación creciente de los comerciantes y la comunidad en general, en el sentido de evitar a toda costa que las maniobras fraudulentas y los negocios con oculta y dañina intención, sobrepasen la nitidez y honestidad que deben

acompañar las múltiples relaciones civiles y comerciales que establece nuestra realidad económica.

Habrá que buscar siempre la razón final o última de todos los actos jurídicos, porque sólo así es posible imprimirle seguridad a los compromisos legalmente adquiridos por quienes en ellos intervienen. Tal vez conviene apoyarnos en las reflexiones del profesor FRANCISCO FERRARA, quien afirma:

"... Cuando el derecho se aleja del ambiente social pierde o traiciona su misión. El derecho debe corresponder a la vida, de la que debe regular sus relaciones y satisfacer sus necesidades; y la interpretación también debe inspirarse en las exigencias sociales y económicas, en las que vive la norma y para cuya regulación fué creada. El mundo de los juristas no puede formar una casta desdeñosa de pensadores o de dogmáticos solitarios que viven en plena abstracción y en los esquemas lógicos, sino que es preciso que se interesen también por los hechos, por las necesidades de la vida, por las exigencias económicas, porque el derecho debe actuar precisamente sobre este terreno ...". ("La simulación de los negocios jurídicos").

Así las cosas, es necesario continuar trabajando en la búsqueda de mejores elementos de comprensión del tema, porque entendemos que las necesidades sociales reclaman del jurista ahondar en estos menesteres, con el claro propósito de buscar tutela jurídica a todos aquellos actos o negocios jurídicos que sean legales y de contraponer poderosos argumentos en contra de quienes actúan obligándose aparentemente y respondiendo a necesidades de turbia proyección u oscuros fines, en franco deterioro de los derechos de terceras personas.

II. RESEÑA HISTORICA.

Trataremos en este aparte de puntualizar algunos de los aspectos centrales en el desarrollo histórico de esta figura, sobre todo en cuanto a las teorías que mayor incidencia han tenido en su devenir.

A. En otros países : Puede afirmarse que la teoría de la simulación encontrará sus mejores y primigenios espacios de construcción, en la Europa del siglo XVII y del siglo XVIII, específicamente en Italia y Alemania, lo cual obedece a su condición de países pioneros en la conceptualización de los grandes postulados del derecho.

En verdad el concepto de simulación, elevado a la categoría jurídica de postulado del derecho, ha traído profundas consecuencias en la práctica comercial y tiene como punto de partida una reflexión central: las relaciones entre la voluntad y su declaración.

Históricamente la respuesta a este interrogante básico, en el sentido que cuál de los aspectos (la voluntad o la declaración) tenía primacía sobre el otro, se constituyó en el elemento definitorio de la legalidad o no de un acto jurídico, a todo lo cual siguió la más interesante y profunda polémica doctrinaria y judicial.

En un comienzo, se estableció como tesis dominante la denominada "Teoría de la voluntad", en virtud de la cual se planteaba que lo realmente protegido por el derecho era la voluntad o el querer del sujeto que actuaba; en tanto que la declaración era sólo un medio de revelar, de dar a conocer esa intención o voluntad real. Savigny luchó decididamente por ésta concepción hasta convertirse en su más connotado defensor.

Esta teoría rígidamente aplicada causó nocivos perjuicios en el carácter de las decisiones judiciales que propugnaban por su defensa. En efecto, la reacción no se hizo esperar y esta se manifestó en un cúmulo de pronunciamientos adversos como los promovidos por los tratadistas Rover, Bahr, Scall y Kohler, en Alemania; surge así con su propia identidad la teoría opuesta a la de la "Primacía de la Voluntad", llamada teoría del "Predominio de la Declaración", que se expresaba diciendo que la declaración emitida por una persona capaz es la que produce efectos jurídicos, sin consideración a que lo declarado sea querido o no realmente por éste.

Desdoblando los pilares de una y otra teoría, los eclécticos, como suele ocurrir, intervinieron en estas polémicas y tomaron lo que así mismo denominaron como una tercera opción: esto es, la teoría intermedia. Hartmann y Zittelman se proclaman como dos exploradores iniciales de esa vía intermedia, y en profusos estudios y polémicos pronunciamientos, terminaron planteando que la doctrina del predominio de la voluntad subjetiva, brinda un elemento de juicio para el análisis; pero esto conduce a una regla externa rigurosamente formalista. De esta forma, se estaría a que en la práctica " ... *Los prudentes sufran el daño y los imprudentes queden libre de toda responsabilidad* ...".

En tal sentido, expresa Zittelman con agudo tono crítico: " ... *ambas teorías, tanto la dominante como la contraria, llevan a consecuencias*

intolerables: la una favorece al declarante, la otra lo declarado; la una y la otra conducen a injusticias y no satisfacen las necesidades del comercio ...".

Finalmente, encontramos que en medio de esta ardiente polémica, adelantada a finales del siglo XVIII y principios del XIX, aparece con toda su magnitud y vitalidad jurídica, el Profesor Italiano FRANCISCO FERRERA, quien en un vasto y profundo estudio titulado "la simulación de los negocios jurídicos", escrito en las postrimerías del siglo XIX, logra enrutar la construcción teórica de esta figura, de una manera tan significativa que hoy es fuente bibliográfica de obligada consulta en los estudiosos del tema, y en los propios círculos judiciales.

Lo que siguió en Europa en el presente siglo, después de las producciones de FERRERA, son continuos desarrollos y enriquecimientos de sus ideas, pero no constituyen oposiciones trascendentales a los puntos de vista tan profundos y elegantemente sostenidos por este ilustre jurista. Tampoco aquí pretendemos hacerlos, si algún esfuerzo se encuentra en este trabajo no pasará de un análisis de lo hasta ahora hecho sobre esta figura que hoy más que nunca toma singular importancia.

B. En Colombia : Nos remitimos desde luego, a los aportes inmediatos de tratadistas Europeos, básicamente, repito, de los italianos y alemanes, quienes mejores contribuciones han realizado al tema cuyo tratamiento ahora abordamos.

En nuestro país, justo es reconocerlo, la figura como tal ha tenido un pobre desarrollo. Lo anterior se puede observar en la escasa jurisprudencia y ante todo, en el esporádico tratamiento del tema por los doctrinantes.

Los pronunciamientos judiciales que ahora se conocen, continúan siendo reflexiones en torno a lo que los tratadistas Europeos han aportado al asunto (Ferrera, Knoll, Savigny , Ihering, etc.); pero no son de la suficiente magnitud como para plantear la existencia en Colombia de agudos y novedosos análisis acerca de la simulación de los actos jurídicos.

Solamente en la década que transcurre, se constata una mayor preocupación judicial y doctrinaria por el tema, tal vez sea esta realidad un reflejo del vertiginoso proceso de complejización de la vida social, la cual

exige como ya se dijo, una permanente postura preventiva, protectora de la rectitud y la moral en los negocios.

En síntesis, pensamos que en nuestro país la evolución de la figura de la simulación en los negocios jurídicos está caracterizada por cierta insuficiencia de análisis, lo cual va en contravía de la necesidad del estudio y crítica reflexión del tema, por sus clarísimas y crecientes implicaciones en la práctica civil y mercantil.

III. EL CONCEPTO DE SIMULACION

A. Significado gramatical o etimológico.

La raíz primigenia del término simulación proviene de dos vocablos latinos: "*Simul*" y "*actio*"; según esta etimología significa el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra.

En el lenguaje corriente "simular" significa hacer aparecer lo que no es, o lo que es lo mismo: mostrar una cosa que realmente no es, para tratarlo como si fuera.

Simular significa dar aspecto de semejanza a lo no verdadero.

B. Aceptación jurídica.

Realmente no existe ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio una definición concreta del concepto de la simulación en los actos o negocios jurídicos.

Desde el punto de vista del derecho civil colombiano y las relaciones por él reguladas, se tiene que el fundamento de la teoría de la simulación radica en lo dispuesto en el Artículo 1766 del C.C., cuyo contenido es el siguiente:

" ... Artículo 1766: Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cu-

yas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero ...".

El Código de Procedimiento Civil en su Artículo 267 repite el mismo concepto expresado en el artículo 1766 del Código Civil.

De otro lado, en el Código de Comercio tangencialmente se hace referencia a la simulación en ciertos actos, pero con la deficiencia ya comentada, en cuanto no trae una definición del concepto.

Así se refiere el Código de Comercio en dos (2) de sus disposiciones relativas a esta figura:

" ... Art. 1168: Prohibase los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente convenidos ...".

"... Art. 1993: Estará sujeto a la pena de tres a seis años de prisión el comerciante declarado en quiebra que dentro de los dos años anteriores a tal declaración o después de ella, haya realizado uno cualquiera de los siguientes hechos:

- *Distraer, disimular u ocultar total o parcialmente sus propios bienes.*
- *Simular o suponer enajenaciones, gastos, deudas o pérdidas, y*
- *Desistir de una pretensión patrimonial cierta, renunciarla o transigir sobre ella, sin justa causa y en perjuicio de sus acreedores ..."*
(Subrayas nuestras).

De esta forma, acudiendo entonces a las ideas esbozadas por los tradistas para caracterizar ésta figura jurídica, encontramos versiones como las que a continuación se transcriben :

El profesor ARTURO ALESSANDRI R., define : *" ... La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la cual va dirigida la declaración, para producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo ...".* (Curso de Derecho Civil I, Vol. I, 1983).

Por su parte PLANIO Y RIPERT expresan : "*... Hay simulación cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente cuyos efectos son modificados o descartados o suprimidos por una convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta ...*". (Citada por la C.S. de J. en casación de junio 25 de 1937).

El ilustre profesor FRANCISCO FERRARA expone : "*... Un negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece.*

Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en si mentiroso o ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto ...". ("La simulación en los Negocios Jurídicos". Madrid, 1953, p.43)./

Finalmente, nuestra Corte Suprema de Justicia, definió la simulación en sentencia de vieja data, cuya filosofía aún se mantiene vigente, así: "*... La simulación consiste en celebrar un acto o contrato, pero al mismo tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto p publico o aparente ...*".(Casación de junio 25 de 1937).

Ahora bien, es presupuesto claro de estas definiciones, la idea de que en los contratos o actos simulados hay sólo un acto o contrato, por lo menos en la simulación relativa, y no dos (ficticio y verdadero), ya que la realidad es que se configura uno sólo pero las partes han convenido en disfrazarlo o presentarlo como otro. La confusión anterior, en el sentido de pensar que se han integrado dos contratos de diferente índole y finalidad, conduce a un abismo probatorio, porque parte de considerar la falsa dualidad de consentimientos, lo que a su vez implica una difícil comprobación procesal.

C. Acto voluntario y declaración de voluntad:

Ciertamente hemos esbozado que el proceso evolutivo de esta figura obedece a la concepción que históricamente se ha tenido sobre las categorías **voluntad y declaración**, como soporte inicial de los actos o negocios jurídicos. Puntualizamos ya que la respuesta, esto es, la predominancia de una de estas categorías sobre la otra, o bien su propia inter-

relación, ha marcado una diferencia en las escuelas de opinión que tradicionalmente se han mantenido en relación con el tema estudiado.

El estudio cuidadoso de estos dos elementos, sus incidencias recíprocas, su necesaria unidad, e incluso su supuesta o real contradicción, contribuirá a allanar el camino de las soluciones prácticas a los complejos problemas que plantea la dinámica mercantil de la época, no sólo de esta sino de otras figuras analógicas.

Desde luego, no queremos afirmar que sea este el punto exclusivo o totalmente definitorio del establecimiento del acto simulado, pero sí constituye un certero punto para su identificación.

Se ha dicho que todo acto jurídico realizado por una persona capaz, debe provenir únicamente de su real y exclusiva voluntad, por tal razón se sanciona con la rescisión, aquellos actos ejecutados por quien ha sido objeto de un vicio en su consentimiento (dolo, fuerza o violencia generalizada). Esta especial protección de los contratantes, obedece a que la Ley ha querido que los actos jurídicos estén inspirados en sanos criterios, en donde cada contratante se obliga según su leal saber y entender, y ante todo, su voluntaria decisión contractual se vea reflejada en las declaraciones vertidas en la negociación de que se trate.

Existe en el Ordenamiento Civil Colombiano, una valoración especial de esta real intencionalidad de los contratantes, por eso se ha consagrado como principio regulador, la presunción legal de la buena fe. (Artículo 769 C.C.).

Sin embargo, una mejor regulación la encontramos en nuestro régimen mercantil que consagra el principio de la buena fe como genérico para todo tipo de actos o contratos (Artículo 871 C. de Co.), y específicamente lo establece para la época precontractual (Artículo 863 C. de Co.); y finalmente en lo atinente a la representación, establece la presunción de este mismo principio (Artículo 835 C. de Co.).

En síntesis, no siempre hay una correspondencia entre el querer del individuo que contrata y la declaración que vierte expresamente. El acto es voluntario cuando proviene exclusiva y llanamente de la voluntad del contratante y sólo a ella debemos remitirnos si se quiere indagar la real intencionalidad del declarante-contratante. Por su parte, la declaración de voluntad es una especie de presunción, en tanto, se dice que lo decla-

rado es precisamente lo que los postulados de la propia voluntad personal le señalan al sujeto.

La preeminencia del elemento voluntad o el contenido de la declaración, según se dijo, originaron una descarnada e intensa lucha entre las dos corrientes de pensamiento que dieron predominancia a uno u otro elemento. Aún en nuestros días, se torna actual esta discusión. Sin embargo, la inmensa mayoría de los Ordenamientos Jurídicos han configurado también sanciones legales para aquellos contratantes que emiten declaraciones que reflejen una intención o un querer diferente al de su voluntad real.

Lo cierto es que desde el punto de vista jurídico, todo acto o contrato se presume celebrado de buena fe entre las partes y que por tanto obedece a la propia voluntad de quienes lo celebran; en tal sentido se presumen válidos mientras no sean atacados por vicios que puedan significar la nulidad del acto; y uno de esos vicios es precisamente la declaración de un contratante que es contradictoria con la real voluntad del mismo, cuando es emitida en concierto con el otro contratante para defraudar o engañar a terceras personas. Surge acá con toda su magnitud el fenómeno de la simulación, cuya declaratoria judicial acarrea como sanción, en principio, la inexistencia del acto o contrato celebrado en tales circunstancias.

La reserva mental de uno de los contratantes respecto de la declaración que hace no afecta en nada la existencia o validez del acto; por cuanto esta reserva permanece en el fuero interno del individuo, sustraído casi siempre de la órbita del derecho, mientras no haya por lo menos un principio de manifestación externa, exteriorización de esa voluntad o querer reservado.

D. Actual concepción : Los últimos desarrollos de esta figura, están encaminados a asuntos relacionados con el aspecto probatorio, o bien sobre algunos problemas procesales que van surgiendo en la práctica judicial. Podría decirse que la madurez teórica del concepto en nuestro país, ha tenido un vertiginoso ritmo en cuanto al aspecto adjetivo; pero en cuanto al tratamiento sustancial la noción ha sufrido de cierto estancamiento. Desafortunadamente se ha convertido en norma de los fallos pronunciados por la judicatura, el afán procesalista exagerado al definir si en verdad se integró debidamente el contradictorio; o los efectos que la declaratoria de simulación acarrea frente a los herederos del contratante fallecido; o la magnitud de la prueba indiciaria o su valoración, etc., etc.

Contrasta con lo anterior una huérfana y casi nula actividad doctrinaria y judicial que contribuya al desarrollo teórico en el aspecto esencial de la figura, o propiamente sustancial; máxime, en el medio social que ahora afrontamos, caracterizado por la inmoralidad y malicia en los negocios civiles y mercantiles.

De otro lado, el proceso de construcción teórica de esta figura jurídica, surgió del análisis de realidades propias de la actividad civil, siendo entonces necesario acudir a estos aportes y sobre ellos fundamentar el análisis para actos o contratos de naturaleza propiamente mercantil.

En nuestro medio, desde este punto de vista jurisprudencial y doctrinario, han surgido algunas discusiones relacionadas con el aspecto de si es o no necesario que el acto o contrato simulado reúna los requisitos de fondo y forma, propios del respectivo acto; esto es, que si se está haciendo una donación disfrazada de compraventa, este negocio debe adelantarse observando la totalidad de las formas y los requisitos esenciales de la compraventa.

Al respecto, la Corte ha zanjado esta polémica en los siguientes términos:

"... Implica lo anterior que cuando se pretende obtener la declaración judicial de simulación de la compraventa de un inmueble, esta debe llenar los requisitos que la ley exige. Menester es que el documento público llene las condiciones que la Ley consagra para su existencia, por manera que si alguna de ellas faltare, aquel no podrá tenerse como tal escritura y, por tanto, no podrá producir los efectos que la misma Ley le asigna, porque entonces será inexistente ...".

"... El artículo 100 del Decreto 960 de 1970 establece que "el instrumento que no haya sido autorizado por el notario, no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal", razón por la cual si se ha omitido ese requisito en el instrumento contentivo de un contrato de compraventa de un inmueble, este se tiene por no celebrado". (Corte Suprema de Justicia. Cesación de Septiembre 16 de 1987. Magistrado Ponente: Dr. Héctor Gómez Uribe).

Así mismo, en lo que constituye una verdadera ruptura jurisprudencial y doctrinaria, en cuanto al denominado interés jurídico para ejercitar la acción de simulación, la Corte en reciente fallo ha planteado que esta ac-

ción se transmite también a los herederos de quien actuó como simulante; veamos una transcripción de esta providencia:

" ... En lo que toca con la simulación, tradicionalmente ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia que en ella rige el principio general consistente en que quien la alega debe tener interés jurídico, como quiera que sin interés no hay acción ...".

" ... Ahora bien, como la acción de simulación es de linaje patrimonial, es transmisible y, por ende, los herederos del simulante tienen el suficiente interés jurídico para atacar de simulados los actos celebrados por el causante, ya sean herederos forzosos, ora sean herederos simplemente legales". (Corte Suprema de Justicia, Cesación de mayo 20 de 1987. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Ospina Botero).

Finalmente y con carácter ilustrativo, presentamos a continuación una transcripción literal del artículo referente a la simulación en los actos jurídicos, contenido en el "proyecto de código de derecho privado", elaborado por el doctor ARTURO VALENCIA ZEA y que actualmente se discute por una Comisión de Expertos nombrada por el Gobierno Nacional, que tiene por finalidad su estudio y revisión para posteriormente, si es del caso, someterlo a consideración del Congreso Nacional.

"FUENTES DE LAS OBLIGACIONES"

"CAPITULO I"

"CONTRATOS Y DECLARACIONES UNILATERALES DE VOLUNTAD"

" ... 5. Contratos Simulados.

" ... Artículo 463: El contrato simulado no produce efecto entre las partes. Si las partes han querido concluir un contrato diverso del simulado o aparente, tiene efecto entre ellas el contrato que realmente quisieron celebrar si reúne las condiciones de licitud y de forma.

"Artículo 464 : El contrato simulado no puede oponerse a los terceros de buena fe que han adquirido a título oneroso derechos del titular aparente".

" ... Artículo 465: Las partes contratantes y los terceros que justifiquen un interés legítimo pueden solicitar la declaración de simulación del contrato aparente o de aquellas cláusulas no queridas.

"... Cualquiera de los cónyuges puede solicitar la declaración de simulación de los contratos celebrados por el otro cónyuge si tales contratos lesionan el haber de la Sociedad conyugal...".

"... Tanto las partes como los terceros puede acreditar la simulación por cualquier medio probatorio".

CONCLUSIONES SOBRE LA REGLAMENTACION DEL PROYECTO :

1. Establece claramente los efectos jurídicos entre los contratantes y ante terceros respecto del contrato simulado en forma absoluta.
2. Regula expresamente la buena fe en los terceros adquirentes, para definir que ante ellos el acto totalmente simulado es inoponible y el relativamente simulado sólo les es oponible cuando la simulación les favorece.
3. Regula expresamente todo lo atinente a quienes tienen interés jurídico para accionar.
4. Define claramente la llamada libertad probatoria, para efectos de establecer procesalmente si el negocio o acto jurídico impugnado es o no simulado.

En síntesis, el proyecto no introduce, absolutamente, ninguna innovación a los actuales elementos de la figura, se limita a reproducir lo existente en la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina.

IV. CLASES DE SIMULACION

En general se afirma que la simulación como tal, puede revestir varias formas, así :

1. Los contratantes se avienen a la producción de un acto que no quieren realmente. De esta forma, el acto será inexistente, ficticio, o como otros lo denominan: ilusorio.
2. Los contratantes realizan un acto real, pero diferente a aquel que aparece exteriormente. Se trata de un acto escondido o velado.

3. Los contratantes realizan un acto real y expresan claramente su naturaleza, sólo que hacen un engaño en cuanto a la persona del verdadero contratante.

Estas modalidades del negocio simulado, ayudarán a comprender mejor la gran clasificación de la simulación, bien como absoluta, o como relativa.

1. SIMULACION ABSOLUTA:

Al decir de Ferrara: " ... es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que el mismo produce ..." (op. cit., p. 173).

Por su parte, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, sostienen que: " ... La simulación es absoluta cuando en realidad ningún acto jurídico requiere celebrarse, y sólo aparentemente se realiza uno ...". (Curso de Derecho Civil - parte General, Tomo I, 1981 p. 451).

La concreción de la simulación absoluta, nos remite implícitamente al problema de los principios vigentes sobre la formación de los contratos, y más aún al asunto de las fuentes de las obligaciones.

Es menester recoger lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, en cuanto a la aplicación de normas civiles y probatorias a los actos mercantiles. Por tal razón nos referimos indistintamente al asunto, desde este punto de vista.

El artículo 1524 del Código Civil dispone: " ... Artículo 1524: No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no exista, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

De lo anterior surge la necesidad en la concurrencia de los elementos consentimiento válido y causa lícita para que el negocio surja a la vida jurídica con toda su fuerza vinculante.

Es evidente que en el negocio fingido hay una carencia total de causa y de otro lado, tampoco existe en absoluto el elemento consentimiento, por cuanto lo expresado en las declaraciones de los contratantes, es incompatible con la real intención o voluntad de no obligarse.

No estamos en consecuencia frente a un acto jurídico, estamos ante su sombra, ya que no hay causa ni tampoco consentimiento; menos objeto del acto jurídico, ya que no hay prestaciones recíprocas.

Dicho de otra forma, en la simulación absoluta estamos ante un acto aparente, que por lo mismo no es acto, es sólo eso, apariencia.

Pero además de estas dolencias, el acto simulado absolutamente no está dirigido consciente y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, argumento que aboga, aún más, por la declaración de su inexistencia.

Aquí estamos en presencia de una apariencia de forma, pero de la nada en el fondo.

Son de continua ocurrencia en nuestra actividad mercantil ordinaria los contratos para la distracción simulada de bienes con el fin de evitar la acción de los acreedores, etc., esta práctica perniciosa es un claro ejemplo de simulación absoluta.

2. SIMULACION RELATIVA :

En una especie de simil, reflexionamos respecto a la simulación relativa, retomando las definiciones de quienes ya conceptuaron con relación a la absoluta:

La opinión de Francisco Ferrara, es la siguiente : " ... *La simulación relativa consiste en disfrazar un acto: en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma que su naturaleza permanezca secreta ...*". (Op. cit. p. 205).

Una diferenciación marcada y tajante entre la simulación absoluta y la relativa, consiste en que aquella hay sólo una apariencia de acto jurídico y una expresión de voluntad, en tanto que en esta, se presenta un acto verdadero y dos manifestaciones de voluntad, así:

1. Una simulada, ficticia, ostensible o externa, que es precisamente la que las partes han fingido realizar.
2. Una oculta, sincera, real o disimulada, correspondiente a la verdadera intencionalidad de las partes, o a su íntimo querer, la cual estará predestinada a quedar en los terrenos de lo suprepicio o secreto.

Obviamente, es menester también en esta modalidad simulatoria, el previo acuerdo de voluntades, en orden a exteriorizar un querer que realmente no tiene la fuerza como tal.

Procesalmente se ha suscitado una interesante discusión en torno a si ambos actos de expresión de voluntad (la aparente y la oculta) están soportando vicios que conducen a su nulidad, o si por el contrario, es jurídico solicitar que sea declarado una de ellas como verdadera o real, para hacer derivar a ésta todos sus efectos legales. En verdad, la Corte Suprema de Justicia ha brindado importantes elementos a la construcción de la denominada "Acción Simulatoria", según la cual es procedente solicitar que la declaración oculta, por responder a los reales intereses de las partes, sea legal y terminantemente declarada como válida, siempre y cuando esta declaración no acarree perjuicios a terceros de buena fe. (1618 C.C.).

V. ASPECTO PROBATORIO

Como ya lo hemos anotado, este aspecto constituye uno de los asuntos que mayor desarrollo ha tenido en nuestro medio. La concepción, como tal sobre la prueba, la carga de ella, el valor de la prueba indiciaria, y otros, han evolucionado como producto de las urgentes necesidades que la práctica jurídica va planteando.

Opera en tratándose de la pretensión simulatoria el principio general de la apreciación conjunta de las pruebas, en función de las reglas de la sana crítica, tal como lo consagra el artículo 187 del C. de P. C. De esta forma, se tiene que en este tipo de procesos, es procedente la presenta-

ción de cualquier medio legal que pueda generar convicción al fallador sobre la realidad de los hechos motivo de litigio.

Sobre este particular, se han configurado dos (2) corrientes de opinión, tratando de dilucidar la esencia misma del acto o contrato simulado. En efecto, resulta particularmente simple la diferencia entre ambas tesis, pero son cardinalmente contradictorios los efectos de acoger una u otra.

1. La teoría de la simulación-dualidad: El eje central de esta tesis, consiste en entender que definitivamente la simulación implica la existencia de dos actos o contratos, de donde se concluye que el acto aparente es inexistente por falta absoluta de consentimiento y de su causa y el acto oculto es válido; en la simulación relativa.
2. La teoría de la univocidad del acto o contrato: Aunque su denominación es un tanto caprichosa, esta tesis sostiene que en realidad se trata de un sólo acto o contrato, y por consiguiente el debate probatorio debe encaminarse a demostrar el verdadero contenido del acto o contrato celebrado según el contenido real de voluntad de las partes. (Art. 1618 C. C.).

En verdad, la tesis predominante y normalmente acogida es la segunda, ya que ella parte de un elemento claro, solamente se trata de un sólo acto, no obstante la verdadera intención de las partes sea otra, aquella que permanece oculta y en secreto. En tal sentido, el debate probatorio debe orientarse a demostrar la realidad o no del contenido del mismo contrato, en lo que constituye la denominada "pretensión simulatoria".

De otro lado, se ha sostenido que para que el acto o contrato pueda ser analizado por el juzgador, como objeto de declaración en ese sentido, es necesario que tal acto o contrato reúna todos los requisitos que la Ley sustancial le señala, y que, por ello, es fuente creadora de derecho y obligaciones entre las partes vinculadas (Artículo 1502 Código Civil).

A. NECESIDAD Y CARGA DE LA PRUEBA : Preceptúa el Artículo 177 del C. de P. C.

"... Artículo 177 : Carga de la Prueba: incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba "

Por su parte, el artículo 174 de la citada codificación, dispone: "*...Artículo 174: Necesidad de la Prueba: Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso ...*".

Significa lo anterior, que en materia procedimental civil y particularmente en lo atinente al proceso de declaratoria de simulación de un acto o contrato, aún el mercantil, se mantiene incólume el principio general de que : "**quien invoca debe probar**" Conviene observar la expresa remisión a las normas adjetivas civiles, contenida en el artículo 822 del Código Mercantil, incluso en materia probatoria, salvo pequeñas excepciones.

Según el profesor Ricardo Uribe Holguín, la práctica ha demostrado que en cuanto a la manifestación de voluntad aparente, los contratantes generalmente utilizan como vehículo documental el instrumento público, de notorio conocimiento por ser precisamente público; o bien, ejecutan o realizan deliberadamente actos normales, públicos, revestidos de aparente legalidad, con los cuales van abonando el terreno para la posterior defensa de la misma declaración en términos procesales. Por eso la huella va quedando transparente y nítida para luego recurrir a ella. Por su parte, la declaración verdadera y cierta, permanece generalmente consignada en documentos privados o "papeles domésticos", y su carácter secreto se observa al contar las pocas personas que de oídas se han enterado de dicha manifestación.

Sin embargo, es necesario aclarar que se presentan notorias diferencias al tratarse de ser un contratante el actor en el proceso, o por el contrario, ser el actor un tercero, protegido por la presunción legal de buena fe contractual; para estos efectos entendemos que tercero es aquel que deriva un derecho del contrato aparente, desconociendo o ignorando que el mismo es **simulado**. También puede ser un tercero, quién es portador de un derecho cuya tutela y ejercicio tiene una dependencia directa del contrato. Es parte, el contratante, sus herederos universales o sus cesionarios (Art. 1008 C. C.), los demás son terceros.

Resumimos, entonces, este aparte diciendo que la prueba de la simulación es imprescindible para que tal declaratoria judicial proceda, ya que en nuestro ordenamiento jurídico los actos y contratos se presumen válidos y celebrados de buena fe (Art. 871 C de Co.). Así mismo, la simulación de los contratos o negocios mercantiles es un fenómeno anómalo o

excepcional, porque normalmente hay correspondencia entre la voluntad expresada (declaración de voluntad) y la real intención de las partes (artículo 1618 C. Civil). Además, en Colombia rige el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en consecuencia sus declaraciones, en principio, se presumen válidas.

Ahora bien, como la simulación puede alegarse por vía de acción y también como excepción, tal distinción no opera en materia probatoria, ya que quien la plantea, deberá probar debidamente que la declaración es simulada, para poder así derivar en su favor las consecuencias de una declaración judicial en tal sentido, o enervar los resultados de la acción cuando se propone como excepción.

Finalmente, existe un régimen de absoluta libertad probatoria para acreditar los hechos constitutivos del negocio simulado, siempre que tales pruebas sean regular y oportunamente allegadas al proceso.

B. LA PRUEBA ENTRE CONTRATANTES Y RESPECTO DE TERCEROS.

1. La prueba entre los Contratantes: Es necesario anotar que ya ha quedado resuelta la vieja polémica sobre si los simulantes podrían o no, descubrir públicamente la declaración oculta, la ficción que los unía, para derivar de este descubrimiento una mejora en su posición jurídica. Desde luego, la respuesta moderna a esta tesis es positiva, porque precisamente se trata de fundamentar esta actitud del contratante remiso, en el hecho de que su no consentimiento incide en la eficacia jurídica del acto o contrato celebrado.

En desmedro de la teoría de la libertad probatoria y valoración crítica de las pruebas, vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, algunos autores sostenían que la única forma de que los contratantes demostraran la naturaleza simulada de un contrato, era exclusivamente una **contradecaración**, documento este que reflejaba ciertamente la verdadera voluntad contractual y por tanto las obligaciones y derechos recíprocos que nacían con el vínculo jurídico contraído. Según esta opinión, sólo la **contraescritura** era idóneo medio probatorio para acreditar la simulación de un contrato fingido, en aquellos casos en que la Ley exige la forma escrita como medio fundamental de consignar la voluntad de los contratantes; haciéndose necesario deshechar la prueba testimonial, la confesión o cualquier medio diferente al ya expresado.

Resulta particularmente contundente la opinión del maestro FERRARA, quién con indudable criterio jurídico contrapone su opinión a la tesis expuesta.

Se refiere así Ferrara : " ... *En el negocio jurídico no existe un paralelismo de dos contratos opuestos y contradictorios, ni la unión de una convención verdadera con otra que la destruye y anula ... No, el negocio simulado es único, falto en su origen de consentimiento e inexistente, y la declaración contraria no puede modificar la eficacia, sino declarar la ineficacia inicial del acto fingido*" (Ob. cit. p. 366).

La búsqueda probatoria se orienta no a destruir la existencia o eficacia del documento contentivo del acto o contrato cuya simulación se pretende; sino a mostrar la verdadera voluntad de los contratantes, para lo cual es procedente cualquier medio probatorio. Naturalmente deberá acompañarse con la demanda incoada el documento básico que expresa una contratación simulada, es decir, la escritura o el documento en el que se exprese la supuesta voluntad de los contratantes. Sólo a partir de este documento es posible iniciar la red de presunciones y elementos hasta de encontrar el punto final de la investigación.

Ahora bien, si la declaración no aparece consignada en documento alguno habrá de recurrirse a la prueba testimonial, o a la confesión de los contratantes obtenida judicial o extrajudicialmente, o en general cualquier medio que pueda ofrecerle convicción al fallador en un momento dado. La presunción de inexistencia contenida en el artículo 232 del C. P. C., es legal, y por tanto puede desvirtuarse mediante otras pruebas.

De todas formas, es evidente que se mantiene, en principio, la voluntad del Legislador, en el sentido de que "... *conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a los literal de las palabras*". (Artículo 1618 C. C.) Disposición esta relativa a las normas de interpretación de los contratos.

2. Respecto de Terceros: (Cuando el Actor es un Tercero): En este sentido se hace necesario aclarar las situaciones que puedan presentarse respecto a quienes son terceros frente al acto simulado. Decimos, en principio, que son todas aquellas personas que no han intervenido en el acto o contrato simulado y por consiguiente, no deben sufrir legalmente sus efectos, es decir, que no son partes contratantes, ni herederos de estos o representantes legítimos (Artículo 1008 C.C.).

En el caso de estos terceros se mantiene la idea inicialmente expuesta de que no existe tampoco para ellos restricción alguna en materia de pruebas, para descubrir o demostrar la apariencia o ficción de una declaración de la cual reciben un daño o tienen potencialmente la amenaza de recibirlo.

Sin embargo, es claro que no obstante estos terceros gozar de tal amplitud jurídica en materia probatoria, lo cierto es que en la práctica surgen múltiples dificultades para hacer la demostración del acto simulado, precisamente porque este se ha hecho a espaldas suyas y generalmente en desmedro de sus intereses. Por eso la prueba indiciaria se ha convertido en el casi exclusivo soporte probatorio con que realmente pueden contar estos terceros, en el ejercicio de las acciones legales. Lo característico de estos negocios simulados es que los supuestos contratantes obran con el más denodado sigilo, tratando de no dejar huella tras de sí.

Por eso la actividad del Juez debe orientarse a la búsqueda mesurada de indicios reveladores de una actuación por fuera de la supuesta declaración, en la que los contratantes mantienen el más decidido secreto ante terceros.

Respecto de terceros, se ha dicho que sus mejores esfuerzos procesales deben apuntar a la concreción o demostración de la denominada "*causa simulandi*". Esta se define como el interés o motivo que induce a las partes a realizar un contrato simulado; el motivo que lleva a revestir de apariencia a un negocio jurídico realmente inexistente, o a presentarlo en forma diferente a la que en verdad a este corresponde. En relación con la simulación absoluta, la causa simulandi podemos expresarla diciendo que radica generalmente en el afán del deudor de menoscabar la prenda común de sus acreedores, sustrayendo de esta bienes en forma ficticia.

En cuanto a la simulación relativa, la "*causa simulandi*" está en el deseo de no dar a conocer la real naturaleza del contrato; generalmente procurando desconocer esa prohibición legal, o bien, la verdadera identidad de la persona contratante para salvar así su incapacidad contractual o legal.

Finalmente anotamos que esta "*causa simulandi*" debe ser coetánea, simultánea o concomitante con la realización de la declaración simulada, porque de lo contrario, si esta sobreviene, ya no podrá predicarse su efecto retroactivo para acomodarla al acto o contrato impugnado. Preci-

samente también que la acción de simulación, desde el punto de vista procesal, es susceptible de ser promovida por las partes contratantes, o bien por un tercero; desde luego, nunca podrá intentarse contra un tercero de buena fe, ya que la Ley protege su buena fe.

C. LAS CONTRADECLARACIONES:

El artículo 1766 del Código Civil Colombiano consagra expresamente el carácter restrictivo que tienen las escrituras privadas y las contraescrituras (públicas o privadas); como quiera que sólo producen efectos jurídicos interpartes y nunca "contra" terceras personas. En realidad, las contraescrituras son sólo una modalidad de las contradecларaciones, genéricamente hablando.

En este campo, también, se han disputado la supremacía dos (2) tendencias jurídicas, veamos: Una tesis sostiene que estas son simplemente convenciones u obligaciones que modifican o anulan una convención anterior. Por su parte, otros autores plantean que en realidad la contradecларación no resta eficacia jurídica a un negocio precedente, sino que sirve tan sólo para hacer constar la simulación existente desde un comienzo; por tal razón, la contradecларación no adiciona ni restringe nada del contrato, sino que transparenta la real intencionalidad de los agentes contratantes.

En tal sentido, el maestro FERRARA se inclina por esta segunda teoría, la cual es hoy día dominante en nuestro medio jurídico; FERRARA expresa: " ... *La contradecларación es, por decirlo así, la documentación de la simulación interpartes, una manera de prueba para perpetua memoria que las partes constituyen en garantía de su respectiva posición jurídica ...*" (Ob. cit., p. 369).

La contradecларación como tal, para ser objeto de adecuada valoración probatoria, debe reunir dos (2) elementos centrales, específicos :

1. Requisito interno o sustancial : El reconocimiento.
2. Requisito externo o formal: La escritura privada en que consta la declaración.

Sobra advertir que es necesario además que la contradecларación sea realizada por persona jurídicamente capaz, y en general, cumplir todos

los requisitos de un acto jurídico legal y verdadero, ya que en ocasiones la misma contradeciaración puede ser un acto también simulado, al cual se induce mediante la violencia, el dolo o el error (vicios del consentimiento).

Obviamente la contradeciaración debe ser un acto voluntariamente realizado por quienes intervinieron como protagonistas del acto o contrato simulado, pero se trata acá de una identidad de partes entendidas no en el sentido físico, sino en el jurídico.

Con una indudable nitidez, FRANCISCO FERRARA plantea un interesante interrogante en cuanto a la valoración que puede hacerse de esta figura jurídica: " ... *Estudiados los requisitos, nos ocuparemos ahora de alguna condiciones accidentales que suelen concurrir en las contradeciaraciones, sin ser indispensables.*

Una de las primeras es la simultaneidad de la contradeciaración con el acto simulado. Comúnmente aquella se hace al mismo tiempo que el acto simulado, o poco antes o poco después, aunque alguna vez la contradeciaración se efectúa más tarde, cuando, por cambiar las circunstancias, los contratantes deciden, de común acuerdo, redactar entonces un documento para hacer constar la simulación. Es de advertir, sin embargo, que las contradeciaraciones tardías despiertan la sospecha de que ellas mismas sean simuladas ...".

De lo anteriormente expuesto, se colige entonces que las contradeciaraciones tienen un interesante efecto probatorio, con las inquietudes comentadas, pero sólo como prueba indiciaria importantísima.

D. SIGNIFICACION DE LA PRUEBA INDICIARIA :

Especial mención hacemos de la prueba indiciaria por estimar que en la práctica corriente, constituye el medio probatorio que mayores aportes hace en procesos de esta naturaleza.

Resulta elocuente, y por lo demás didáctico, lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo: " ... *El saludable principio de la libertad probatoria en lo tocante con la simulación tiene su razón de ser y justificación en que generalmente los simulantes asumen una conducta sigilosa en su celebración, puesto que toman previsiones para no dejar huella de su fingimiento y, por el contrario en el recorrido de tal*

propósito, procurando revestirlo de ciertos hechos que exteriorizan una aparente realidad. Porque como en la concertación de un acto simulado generalmente las partes persiguen soslayar la Ley y los derechos de terceros, los simulantes preparan el terreno y conciben urdirlo dentro del marco de la más severa cautela, sin dejar trazas de su insinceridad. De suerte que enseñorean, para tal efecto, la astucia, el ardid, la conducta mañosa y soterrada ...". (Corte Suprema de Justicia. Casación de Marzo 26/85. Magistrado Ponente: Alberto Ospina Botero).

La habilidad con que los contratantes llevan a cabo el denominado procedimiento simulatorio, hace prácticamente imposible la elaboración de un catálogo taxativo de los hechos reveladores que alcanzan la categoría de indicio de un negocio simulado. Sin embargo, conviene hacer una descripción somera de los medios usualmente más utilizados en la práctica corriente, tanto mercantil como civil:

1. El móvil de la Simulación: Es este aspecto un poderoso argumento que de llegar a establecerse en el proceso, contribuirá enormemente a despejar el asunto en cuestión. Se sabe que todo acto o contrato simulado, trae consigo un móvil, una causa central que induce a los contratantes a celebrarlo.
2. El precio exiguo o bajo de la Negociación: Se entiende este indicio cuando se observa una marcada y notoria desproporción entre el valor real del bien, o precio comercial y el que se le asigna en el contrato; en donde deviene este como precio vil.
3. La conservación de la posesión por el Enajenante: Constituye uno de los indicios más caracterizados de la simulación. Lo normal y corriente es que quien enajena abandone la tenencia y posesión material de lo enajenado, y en el contrato simulado esto no ocurre, generalmente.
4. La falta de capacidad económica del Adquirente: Se aprecia mejor cuando se trata de negocios o actos cuantiosos, en los que "prima facie" se puede observar si el supuesto adquirente tiene o no capacidad económica para realizar tal negociación. Para tal efecto, se puede revisar los extractos bancarios, movimientos de cuenta, declaraciones de renta, y demás del supuesto adquirente, o por cualquier medio idóneo que acredite su incapacidad económica para realizar determinado negocio jurídico.

5. La carencia de necesidad en el vendedor de disponer de sus bienes: De donde resulta que si no obstante lo anterior el negocio es "realizado", entonces este será, al menos, sospechoso.
6. Las relaciones de parentesco, de amistad, de negocios, de dependencia entre los contratantes: Ya que esta especial circunstancia propiciará mejores condiciones para acordar los términos globales y específicos del procedimiento simulatorio.
7. La no justificación sobre el uso dado del precio recibido: Lo cual deviene por razones obvias.
8. La ausencia de revisión y conocimiento previos del comprador, respecto de la cosa adquirida: Por cuanto es algo de sentido común, que quien compra sabe a ciencia cierta el objeto de su negocio, y lo adquiere porque tiene la convicción de ser útil y provechosa su adquisición.
9. La no entrega del precio al momento de finiquitarse el negocio:
10. El tiempo y el lugar de la contratación.
11. El estar el vendedor acosado ante el cobro de varias obligaciones a su cargo.
12. La intervención del adquirente en un acto o contrato simulado, realizado con anterioridad a este.
13. El comportamiento de las partes al concretar y materializar el negocio: Vgr. no efectúo visitas al inmueble que adquiría para verificar sus medidas, condiciones, posesión o tenencia, etc.

Es vital la actividad judicial encaminada a desentrañar la verdadera razón de ser del negocio o acto sometido a impugnación. A pesar de la concurrencia de varios de estos hechos o indicios reveladores de simulación, es evidente que no son suficientes para dar por sentado que una declaración es fingida. Sólo una valoración racional y crítica del conjunto del acervo probatorio podrá brindarle mejores y más fundamentados elementos de convicción al Juez en la trascendental decisión a que se ve abocado. Es necesario mantener presente que no siempre la redacción con-

fusa o contradictoria es indicativa de la existencia de una declaración oculta o aparente.

Los indicios como tal, han sido entendidos en los procesos de este carácter, como la prueba reina por excelencia, ya que esa prueba plena siempre necesaria y conveniente, es difícilmente alcanzable por la naturaleza misma del proceso, el cual incursiona en aspectos no perceptibles y cuantificables, como la real conciencia y disposición voluntaria que acompaña a los contratantes.

VI. EFECTOS DE LA SIMULACION:

Se analiza el asunto desde dos (2) modalidades:

A. Simulación Absoluta: Hemos planteado ya que este tipo de simulación presupone ausencia total de consentimiento de causa y de objeto, no sólo respecto del acto aparente sino sobre cualquier otro.

El postulado fundamental de estas opiniones, consiste en entender que la legislación siempre ha protegido y protege a los terceros adquirentes de buena fe. Ya que la buena fe es principio regulador de los actos y contratos, sean estos de carácter civil o mercantil. (Artículos: 769 C.C. y 871 C. de Co.).

Entre las partes, decimos que la declaración aparente es **inexistente**, y es en este sentido que se deben expresar las pretensiones contenidas en la demanda de simulación. Es decir, se pretende que el Juzgador resuelva **declarando** en proceso de igual naturaleza que la declaración impugnada es **inexistente**, ya que en su configuración intrínseca hay ausencia de consentimiento, afectandose así la integridad del negocio jurídico. Igualmente falta la causa y el objeto del contrato.

Significa lo anterior, que las partes pueden impugnar la declaración aparente, procurando que en su lugar se declare que la verdadera intencionalidad, la real voluntad de ellos está contenida en la declaración oculta o secreta, en la contradecларación si se quiere.

En ningún momento las partes pueden oponer ante terceros la declaración aparente, para procurar así derivar para sí consecuencias favorables en un momento dado. La declaración aparente o la oculta no pueden

oponerse en ningún caso "contra" terceros, por expresa disposición del artículo 1766, pero sí puede oponerse a su favor.

Trascribimos a continuación, varias providencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se dá cuenta de esta concepción:

" ... En un contrato acusado de inexactitud, por ser simulado, la contraestipulación o pacto secreto no existe en principio sino para el que tenga conocimiento de tal acto. La simulación no afecta a terceros de buena fe y la Ley y la doctrina los protege cuando, sin negligencia se han confiado de la apariencia, única forma de sus determinaciones.

Quiere esto decir que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto simulado y así lo estatuye claramente el artículo 1766 del Código Civil". (Corte Suprema de Justicia. Casación de Marzo de 1955).

"... La acción de nulidad es distinta de la simulación, esta no engendra por sí misma la nulidad del acto o contrato oculto, y la esencia diferencial que las distingue a ambas consiste en que la nulidad judicialmente pronunciada de acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, y que la simulación no produce acción contra terceros de buena fe que confían en la realidad del acto ostensible, o sea, que para ellos es inoponible el contrato simulado ...". (Corte Suprema de Justicia. Casación de Septiembre de 1959).

Ahora bien, la sentencia que se produce en el proceso de simulación es de carácter declarativa, por consiguiente no trae consigo la declaración de un dominio sino que define que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la celebración del contrato impugnado.

Hasta el año de 1935 la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de la simulación-nulidad, de ahí en adelante se ha mantenido vigente que la simulación hace al acto inexistente, en la simulación absoluta, por falta de consentimiento, de verdadero querer de las partes.

En la simulación absoluta falta, además, causa y objeto, esto último porque no hay "cosa" ni tampoco "precio", ya que el acto es simulado completamente.

B. Simulación Relativa: En este caso, entre las partes contratantes tiene plena y real eficacia legal la declaración oculta o secreta, en tanto que la pública o aparente carece de valor entre ellos.

En consecuencia, no es viable que una de las partes intente el incumplimiento de la declaración secreta, planteando u oponiendo la pública o simulada.

Es importantísimo establecer que en el caso de la simulación relativa entre las partes, la actividad probatoria se orienta básicamente a definir los términos reales de la declaración oculta, deshechándose de plano la aparente o pública. Lo anterior obedece al criterio rector de estar siempre al verdadero querer o voluntad de las partes.

Diametralmente contraria es la situación de los terceros, quienes si han obrado de buena fe, pueden pedir en el proceso que se estime como válido y real, la declaración que para las partes fue pública y simulada; porque este acto es el verdadero generador de la motivación que ellos tuvieron al momento de contratar; o pueden, a su elección, que valga la declaración privada oculta, esto por cuanto las declaraciones privadas no pueden oponerse "contra" los terceros, pero si a su favor. (Artículo 1766 C.C.).

Sin embargo, si existen varios terceros siendo benéfico para algunos darle validez a la declaración oculta y para otros a la declaración aparente habrá que darle validez, en este evento, a la última, según lo preceptuado en el Artículo ya citado (1766 C.C.).

La declaración oculta no es válida "contra" terceros porque tal declaración adolece de un vicio por la falta de publicidad, que a su vez genera como sanción la inoponibilidad de forma del acto.

La inoponibilidad, es una sanción al igual que la inexistencia, pero mucho menos drástica, toda vez que en la inoponibilidad el acto existe entre las partes y es válido, sólo que inoponible a terceros, unas veces por vicios de forma, otras veces por vicios de fondo.