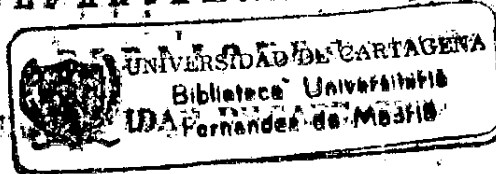


DEPARTAMENTO DE



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

SCIB
00018909

LA SIMULACION DE LOS CONTRATOS EN
EL DERECHO COLOMBIANO

TESIS DE GRADO

PRESENTADA PARA OPTAR EL TITULO EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

POR :

LEONOR EDITH VAZOS GUERRERO

1 . 9 7 2

23339

465
W 17

EL RECTOR:

DR. MANUEL RAMON NAVARRO PATRON

EL SECRETARIO:

DR. ALVARO BARRIOS ANGULO

EL DECANO:

DR. PEDRO PAHECO OSORIO



EL SECRETARIO:

DR. JULIO VARELA ESCUDERO

EL PRESIDENTE DE TESIS:

DR. ANTONIO DE LA VEGA VELEZ

LOS EXAMINADORES:

DR. ALVARO LECHETE LUNA

DR. ANIBAL PEREZ CHAIN

DR.

• / •

REGLAHENTO

Artículo 83

La facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos y opiniones emitidas - por los graduandos, tales conceptos- y opiniones deben considerarse como- propias de sus autores.-

DE LA SIMULACION EN LOS CONTRATOS

CAPITULO PRIMERO

Introducción

Desempeño preliminar. Cumplimiento estricto de las obligaciones. Contratos simulados: alteraciones en su ejecución.

CAPITULO SEGUNDO

Fundación y planteamiento de la teoría

Fundamentación básica del principio. Evolución del concepto. La simulación, causal de nulidad. Jurisprudencia anterior a 1.935. Validez del acto simulado: artículos 1756 y 1602 del código civil. Jurisprudencia posterior a 1.935.

CAPITULO TERCERO

Aplicación de la teoría

Coexistencia de dos convenciones contradictorias o imposibilidad de ejecutar los dos acuerdos. Solución cuando la simulación afecta únicamente a las partes contratantes. Solución cuando la simulación afecta a terceros. Qué se entiende por terceros frente a un caso de simulación. Los concausantes a título particular y los herederos. El caso de los acreedores. Cuando los herederos se reputan terceros frente a un caso de simulación.

CAPITULO CUARTO

Grados de simulación

Integral o de fin, parcial o de medio y accidental. Interposición de personas.

CAPITULO QUINTO

Cuestión probatoria

Carga y dirección de la prueba en casos de simulación. Límite probatoria para las partes. Igualdad de la prueba. Libertad probatoria para los terceros.

CAPITULO SEXTO

Naturaleza de la acción simulatoria

Hección de prevalencia y antiguo concepto de nulidad. Acción simulación-prevalencia y simulación-nulidad. Acción simulatoria y acción pauliana: diferencias y similitudes.

4
Pág.

1

7

36

49

53

63

Introducción

Declaración Preliminar.- En el título sobre efecto de las obligaciones (Artículos 1.602 a 1.617), principia el Código Civil por contar la norma - de que todo contrato es ley para los contratantes.- Consagra aquí la teoría romana de la certum non alitur de la voluntad, sustentada por DOLUS y - POTIER y acogida en el Código de NAPOLEON.- - Dispone luego que las convenciones se ejecuten de buena fe.- Señala en seguida los casos en que el deudor es responsable de la culpa lata,- de la leve, de la levisima y aun del caso fortuito.- Regula después el peso de la prueba en ferrente al cuidado y a la fuerza mayor.- Procesa

tón, por fin, que la medida de la responsabili-
 dad y la incumbencia probatoria se entienda sin
 perjuicio de leyes especiales y de estipulacio-
 nes expresas.- Formado este primer cuadro, refe-
 ra al contenido de las obligaciones de dar, de
 conservar, de hacer, de contratar y de no hacer,
 entreverando los conceptos de riesgo y cosa.-
 En otro cuadro coloca la indemnización de perjui-
 cios en sus fases de dolo emergente y lucro ce-
 sante, distinguiendo en cuanto al tiempo la obli-
 gación de no hacer de los otros tipos de obliga-
 ciones, y fijando las consecuencias del dolo y
 de la fuerza mayor.- También aquí advierte que
 los contratantes pueden modificar las reglas la-
 gales por medio de sus propios convenios.- Y - -
 cuando, en el sumo del título, llega a la obli-

gación de pagar una cantidad de dinero, de para -
la incursión de perjuicios por la mora un es-
tuto especialísimo.- (1)

Del cumplimiento estricto.- Como puede apreciarse,
con variados los epígrafes del título sobre efec-
tos de las obligaciones, pero del texto de aquel-
artículo aparece con claridad la determinación
de la responsabilidad que directamente incumbe al
deudor, y que consiste en el cumplimiento normal-
de su prestación.- Todo contrato legalmente colo-
cado es una ley para los contratantes y obliga -
no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas -
las cosas que emanan precisamente de la natura-

(1) Córdova, 24 Septiembre 1937, ILV, pág. 755

za de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.- Tales preceptos construyen a un puntual cumplimiento del compromiso contractual, y del mismo principio surge la consecuencia de que el contratante que falta al cumplimiento de la convención se torna responsable de los perjuicios que causa al otro contratante, salvo habiéndosele impedido un acto de este mismo contratante o un caso de fuerza mayor, para cuya ocurrencia no haya contribuido en ningún modo el obligado.- De aquí resulta que el deudor no puede, por su libre arbitrio, sustituir el objeto de la prestación ni siquiera a pretexto de ser más valiosa - la cosa que se pretenda dar en sustitución de la que se debe.- El puede tampoco compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación, no por

texto de que ella es divisible, a menos que tal alternativa haya quedado establecida en el negocio jurídico concertado o permitida u ordenada por mandato de una ley.-

Para estos principios generales regula el caso normal, en que la fuente es un contrato en cuyas estipulaciones conocidas y ostensibles se reflejan fielmente la verdadera voluntad interior de los contratantes, y deben por tanto cumplirse con fidelidad el texto del convenio.-

Sin embargo, no son contratos ficticios, simulados, cuyas prestaciones aparentes no están llamadas a recibir ejecución, por lo menos en los términos en que se presentan ostensiblemente,

por estas contradichas sujeción por la verdadera voluntad de las partes.- Sobre esa figura - se construye la teoría de la simulación en los contratos, de la cual trataremos tan detenidamente como nos sea posible en el presente trabajo.-

• / •

Simulación y planteamiento de la teoría

El fenómeno jurídico de la simulación consiste en celebrar ostentamente un acto o contrato, y en convenir al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraprestación privada que ha de permanecer oculta, un pacto distinto que altera, en todo o en parte, el contenido del acto público o aparente.- Lo pactado en la contraprestación no producirá efectos contra terceros pero sí entre las partes contratantes - (Artículos 1.756, 1.759, 1.761 del C.C.) (1)

(1) Arts. 1.321, 1.319 y 1.322 del Cod. Civ. Francés.

Contratación técnica del principio. - De la existencia de una contratación privada hecha por los contratantes para otorgar lo pactado en el acto público, no se sigue la nulidad de éste, puesto que el Art. 1.766 del C.C., al bien lo niega al acto privado efecto contra terceros, lo da un cambio valor entre los contratantes. - Y desde el momento en que el acto secreto produce efecto entre quienes lo celebraron, es claro que la ley lo reputa válido y constituye una ley para las partes, de conformidad con el art. 1.602, solución que cuadra perfectamente con el principio de la autarquía de las voluntades y con la preocupación de hacer producir efecto al verdadero querer de las partes. - Se llega así a la coexistencia de dos convenciones contradictorias;

una de ellas, ostensible pero engañosa; la otra, sincera pero secreta.- Esta literal superespecifica crea la imposibilidad de dar ejecución a los dos acuerdos, pero el problema se resuelve distinguiendo en caso de litigio si el conflicto afecta a las partes o a terceros.-

Para las partes no tiene valor de ley contractual sino la contrasignatura, el acto secreto, porque tal acto es el que recoge la voluntad interior y verdadera de los contratantes.- El acto aparente carece para ellos de valor.-

Para los terceros-pretendiendo bien los que en este caso deben entenderse por tales-la simulación ofrece la singular virtud de proporcionar

les la alternativa de escoger: Si el acto oculto les perjudica, pueden aducir el contrato ostensible, acogiéndose al art. 1.766; pero si la contraestipulación les aprovecha, pueden ponerse bajo la protección de ésta y ejercitar contra el acto ostensible la acción de simulación.-

La simulación por sí sola no destruye la validez del contrato, el acto reúne en conjunción normal todos sus elementos; el acto es nulo por ilícito no por simulado.- Si la convención secreta que altera lo convenido en la pública es en sí misma válida y no va por lo tanto contra el orden público y las buenas costumbres, las partes pueden acogerse a ella e invocar su prevalencia, lo mismo que todo el que tenga en

ello un interés legítimo, protegido por el derecho.- Que la contraescritura o contraestipulación no pueda aducirse contra terceros no significa que no produzca efecto en su favor.-

La simulación en los contratos, según Jousse, queda legitimada por la verdadera intención de las partes que han querido dar al contrato formado contratos que no están destinados a recibir ejecución, por lo menos en los términos que no presentan ostensiblemente.- La eficacia de tales convenciones queda paralizada, en todo o en parte, por un acuerdo clandestino, por una contraescritura, de suerte que la realidad no corresponde a la apariencia "aliquid simulatum, aliquid agitur".- La figura conduce a la si-

multitud de las convenciones disímiles, una -
 aparente y otra concreta.- Es fácil comprender -
 que estos dos acuerdos enajenados ocupan, en -
 cierta medida, a la aplicación del derecho común,
 sobre todo a la regla del Art. 1165 (1.602 del -
 Código Colombiano).-

El mismo tratadista francés particulariza -
 "Dada sin duda admitido que la simulación, en sí
 misma, no es causa de nulidad del acto que es su
 objeto o su ocasión; esta solución está consen-
 grado bastante claramente por el artículo 1521 -
 (1.766, Cod. Col.) según el cual "las contrac-
 taciones no pueden tener efecto más que entre -
 las partes contratantes; no tienen efecto contra
 terceros"; dando el ejemplo en que el acto conyugal

to produce efecto entre quienes lo celebraron, -
 es evidente que la ley lo considera como válido;
 constituye ley entre las partes, conforme al ar-
 tículo 1134, (1.602, Cod. Col.) solución que cuadra
 perfectamente con el principio de la autonomía
 de las voluntades y con la preocupación de
 hacer producir efecto al verdadero querer de las
 partes; por el contrario, en un sistema cuya or-
 nación estuviera constituida por la declaración
 de voluntad, el acto oculto no sería, en buena
 lógica, de ninguna consideración y habría que
 atenerse únicamente al acto ostensible; tal es
 la solución adoptada en los Estados Unidos" (1)

(1) Jonsorand, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I, -
 Bosch y Compañía, Buenos Aires, Páginas 226 a -
 228

Evaluación del Consentimiento

La simulación, causal de nulidad.- Jurisprudencia -
sin anterior a 1.935.- En un tiempo la jurisprudencia nacional consideraba que la simulación es figura, sin distinguir entre contratos ilícitos, afectados por objeto o causa inválidos, y contratos en sí mismos lícitos por no ofrecer en sus elementos esenciales nada alguna de inválidos.- Para los tribunales la simulación siempre comportaba nulidad.- Admitida, sin embargo - casos de simulación parcial o de noche cuando el contrato oculto podía resistirse a una prueba de igual valor a la que servía para demostrar el contrato aparente u ostensible.- la jerarquía de la prueba tenía para aquella jurisprudencia gran

de importancia.- Pero esta manifestación jurisprudencial surge en 1.917 como una afirmación de la rigurosa doctrina sostenida hasta entonces en el sentido de que la simulación, indistintamente, carece de validez.-

Se observa en la jurisprudencia de 1.917 - un avance por cuanto al menos acepta la validez del contrato oculto con el cual se pretende alterar la naturaleza del contrato ostensible, si ambos pueden acreditarse con prueba de igual eficacia.-

Queda así reducido el problema a un escrutinio puramente probatorio.-

Vemos al respecto una explícita jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá: "La simulación indica, etimológicamente y jurídicamente, el concierto o la intoligancia de los o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra."
 (Claricho)

En lo referente a los contratos, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado uniforme y consistentemente en el sentido de la nulidad de aquellos, por estarse que la misma entraña falta de causa, y la ley desconoce la validez de obligaciones sin causa real y lícita (artículos 1.524, 1.740 y 1.741 C.C.).-

Pero en esta materia debe hacerse un dis-

tinción:

Puede haber simulación total o absoluta en el sentido de que las partes no tuvieron intención de celebrar ningún contrato.- En tal evento la nulidad es indiscutible porque efectivamente no hubo causa real alguna.-

Pero es posible, y muy frecuente, que aparezca celebrado un contrato aunque otro el verdadero, como si un individuo dijera vender y otra comprarle un caballo por cien pesos, cuando en realidad se trataba de una permuta del escarabajo por un reloj estimado en aquella suma.- En esta hipótesis, parece no existir nulidad, porque de todas maneras hubo un contrato con causa real y lícita.- Ocurriría simplemente degeneración de -

un contrato en otro; mas para la valides del co-
 gundo seria indispensable, además, que a su vez
 reuniera todas las condiciones intrínsecas y ex-
 trínsecas necesarias para su viabilidad jurídica.
 Así, en el ejemplo propuesto atrás nada se opon-
 dría a la existencia y efectividad de la permuta.
 Pero si en el caso supuesto, en lugar de un reloj
 se hubiese dado un terreno y el contrato constara
 en documento privado, al dogmecer la compra en
 permuta, ésta no valdría por falta de la escri-
 ta pública y del registro que opere la tradi-
 ción del dominio".- (1)

(1) Jurisprudencia razonada del Tribunal de Bogotá, Luis Felipe Latorre, Tip. Moderna, Bogotá, -
 1.923, sentencia 9 Noviembre 1.917, pág.309

Si nos remontamos a antecedentes más antiguos de la jurisprudencia nacional, no encontramos ni siquiera esta atenuación del principio de que la simulación, "otinalógica y jurídica", es una ficción que entraña falta de causa y genera por ende invalidez absoluta, en todos los casos.- Veamos :

"Esta afectación de nulidad absoluta los contratos simulados.- Puede probarse la simulación, aunque el contrato conste en escritura pública, por medio de la prueba de confesión judicial; pero esa prueba no puede perjudicar á terceros, para quienes debe considerarse siempre como irrevocable lo consignado en la escritura.- (Causación, 27 Noviembre 1.891, VI, 533, 2o; Sentencia, 8 marzo 1.892, VII, 153, 1o)

"Es válida y no viola ley alguna la sentencia que, apoyada en pruebas testimonial y de indicios, declare nulo un contrato simulado que consta por escritura pública.- En efecto, las pruebas confluente a establecer la simulación de un contrato extendido en escritura pública y la declaración de la nulidad del mismo no son asuntos de disposiciones legales expresas y terminantes que puedan aplicarse á todos los casos que sean objeto de controversia y decisión de los Tribunales como en este importante punto, y que no hayan dado lugar á dudas fundadas sobre la verdadera inteligencia y debida aplicación de los principios y preceptos á tal objeto pertinentes.- (Sentencia, 8 Mayo 1.892, VII, 150, 1a).-

"Puede declararse en la sentencia la simula

ción de un título cuando ella no se haya alegado como excepción, porque hay diferencia esencial entre declarar probada una excepción perentoria y desconocer la fuerza de un título alegado por una de las partes, por haberse probado la no existencia del contrato que se alega como medio adquisitivo del derecho.- Esto último puede hacerse sin necesidad de que se alegue formalmente una excepción que no puede proponer el demandante.- (Cassación, 30 Noviembre 1.895, II, 220, 2a)

"No es necesaria la prueba escrita ó un principio de prueba por escrito para comprobar la simulación de un contrato, aunque éste valga más de quinientos pesos.- Puede admitirse la tan tencial.- (Cassación, 30 Noviembre 1.895, II, 221, 1a)."

"La acción de nulación de un contrato se funda generalmente, más que en las declaraciones de las partes, en hechos que la dejan comprender, como el seguir disfrutando el vendedor de lo que aparentemente ha vendido; la falta de noticios porcularios en el comprador; el intento de colocar bienes en otros nombres para hacer nugatorias las acciones de terceros, etc.- (causación, 30 Noviembre 1.895, XI, 221, 1a)."

"No incurro en responsabilidad el Juez o Registrado que declare nulo por nulación un contrato extendido en escritura pública, apoyándose en indicios ó en declaraciones de testigos- (Auto, 8 Marzo 1.892, VII, 153 1a y 2a)."

Caso se ve de las jurisprudencias transcri

tas, decidaba antes el criterio de que la simulación generaba nulidad, y el de que el establecimiento de aquella causal de invalidez debía quedar facilitada hasta el extremo máximo posible.-

Efectos contra terceros.- La simulación conducía fatalmente a la nulidad de los contratos, pero el efecto de la nulidad no alcanzaba a afectar el derecho de terceros que, obrando de buena fe, resultaran derivando su interés jurídico del acto simulado.- La simulación declarada judicialmente, con su inexcusable secuela de nulidad, no afectaba pues a los terceros.- Veamos algunos pronunciamientos concretos de la Corte sobre este interesante punto:

"Cuando aparece probado por medio de escri-

tura pública un contrato, es preciso atender a la situación de los terceros que han derivado derechos de ese contrato y que han pactado sobre la fe que la escritura merece, respecto de lo que en ella han convenido las partes.- Toda prueba que tienda a alterar las estipulaciones contenidas en aquella escritura, no puede perjudicar a terceros; y con mayor razón no puede perjudicarlos la que se dirija a demostrar que el contrato es ficticio o simulado.- A este principio obedecen los artículos 1.547, 1.548, 1.700, 1.953 y 1.934 del Código Civil (Casación- 29 Septiembre 1.917- T. XXVI- pág.165)

*La declaratoria de nulidad por simulación de contratos que se celebran por escritura públi-

ca, no tiene efecto contra los adquirentes a tí-
 tulo singular que han derivado sus derechos de -
 contrato basados en la fe que la escritura públi-
 ca merece.- De otra parte los terceros queda-
 rán sujetos a la buena o mala fe de sus anteco-
 soras en el dominio, y el derecho de propiedad -
 sería falsado por su base, pues bastaría la con-
 vivencia de cualquiera con el comprador y vende-
 dor de una cosa para cambiar por simulación el -
 contrato de venta, a fin de obtener la reivindi-
 cación contra el tercero poseedor o para privar-
 le de sus derechos de dueño.- (Cassación- 29 sep-
 tiembre 1.917 - R. XXVI- Pág.165).-

"La declaración de nulidad de un contrato
 por simulación produce entre las partes el efec-

• / •

o

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

to que señala el artículo 1.746 del Código Civil, pero tal efecto no va más allá de los partes.- - Por tanto, la acción restitutoria de la cosa vendida no es procedente en la parte que ella se haya transmitido a terceros. (Cassación- 9 octubre - 1.909-T. XXV-Pág.263).-

VALIDEZ DEL ACTO SIMULADO. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A 1.935.

A partir de 1.935 se impuso como innovación en la jurisprudencia colombiana la teoría de la simulación, con arreglo a la cual puede haber y hay actos simulados que son perfectamente lícitos y válidos.- De acuerdo con tal principio, de la existencia de una contraestipulación privada hecha por los contratantes para eludir lo postulado en el acto público, no se sigue nulidad, puesto -

que el art. 1.766 del C.C., si bien lo niega al acto privado efecto contra terceros, lo da en cambio valor entre los contratantes.- Y dando el momento en que el acto secreto produce efecto entre quienes lo celebraron, es claro que la ley lo reputa válido y constituye una ley para las partes de conformidad con el art. 1.602, calificación que cuadra perfectamente con el principio de la autonomía de las voluntades y con la preocupación de hacer producir efecto al verdadero querer de las partes.-

La Corte Suprema de Justicia, rectificando su antigua doctrina, dice ahora:

"El artículo 1.766 del Código Civil, implícitamente excluye la nulidad en la simulación, -

al permitir que el acto concreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que es el acto en ley de las partes conforme al artículo 1.602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor". (Casación, 27 Julio 1.935, G.J. No.1.899, página 336)

"Hasta el año de 1.935 vio la Corte en la simulación una causa de nulidad absoluta, y dijo que al contrato aparente le faltan dos requisitos indispensables para valor como negocio jurídico: consentimiento y causa.- Pero desde el 27 de julio de dicho año, por sentencia pública de en el No.1.899 de GACETA JUDICIAL, cambió de rumbo afirmando que en términos generales el simulacro de convención, cuyos efectos se destruy-

yon o modifican ocultamente, no caulen al punto secreto.- La Corte percovora en esta nueva doctrina y la ha ampliado en sentencias de 29 de agosto y 30 de septiembre últimos.- Como a la luz de tan reciente jurisprudencia sería visto los causales alegadas por ambos recurrentes, importa recordar sus bases en breve estudio preliminar, pues de no recordarse pudiera resultar ilógico el presente fallo de casación.-

Hegocio 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.- El privado expresa, adiciona, altera, modifica o derriba los efectos del público, y en el lenguaje de la Corte se llama contra estipulación.- Puede ser verbal o escrito.- La declaración ostensible, deliberadamente incongrua 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.-

De cuyo al acto secreto no es malo.- Una persona capaz, movida por causa justa, puede obligarse oculta y a otra, donde que su consentimiento no adolezca de vicio y recaiga sobre

objeto lícito.- Lo que puede hacerse en público - también puede efectuarse en privado, aunque el - contrato concreto tenga como envoltura uno ficti- - cio.- Cumplidos los requisitos necesarios a toda - declaración válida de voluntad, faltaría por in- - quirir si se ha omitido alguno de los que las le- - yas prescriben para el valor de ciertos negocios - en consideración a su naturaleza.- Si también es- - tos se han llenado aunque sea prescindiendo de es- - tenciales sus formalidades al oculto, no puede en - gano la validez del último.-

Quando faltan capacidad, o perfecto consen- - timiento, o causa u objeto lícitos, o las solemni- - dades a que el acto o contrato verdadero está su - bordinado según su naturaleza, se afectan lo vini

ble y lo invisible, pero no por el hecho mismo de la simulación sino por la existencia del vicio".- (Circulación.- 24 octubre 1.936.- G. J. No. 1.914.- Pág. 167).-

"Ni la simulación ni el uso de medios jurídicos sustitutivos son en sí ilícitos.- En efecto no hay razón para prohibir a las partes el disimular por medio de estos jurídicos el verdadero fin que se proponen, o lograr ese fin con medios sustitutivos, mientras éstos no sean ilícitos, pasivos, ni además no salgan de la ley, no esté prohibido ocultar al público los negocios.- Y ni el acto oculto rodea los alcances intrínsecos - de validez de todo acto o contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos), ese acto-

es válido entre las partes contratantes.- La validad del acto privado resulta de la disposición del artículo 1.766 del C. C., conforme al cual "Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en las escrituras públicas, no producirán efecto contra terceros".- Por escrituras privadas se entiende todo acto secreto que venga a desvirtuar, o a modificar o a alterar el acto aparente.- De modo que si bien contra terceros no producen efecto, sí lo producen plenamente entre las partes.- Es la misma disposición del artículo 1.521 del C. C. francés, cuyo texto es "Las contrataciones no pueden tener efecto alguno sino entre las partes contratantes; ellas no tienen absolutamente efecto contra terceros".-

Si entre las partes produce efectos, es por

que ese acto, el secreto, es válido.- Y ellas pueden, las partes contratantes, invocarlo la una contra la otra, y hacerlo prevalecer sobre el acto público; entre ellas es ese acto privado el que realmente rige sus relaciones de negocio de voluntad, en una palabra constituyen la norma y vínculo jurídico.- No pueden, en cambio, oponerlo a terceros, porque los terceros tienen derecho a oponerse al acto aparente, como es obvio. Pero nótese bien que si el artículo 1.766 del C. C. dice que las escrituras privadas no producirán efecto contra terceros, no dice que no lo producirán respecto a terceros, de modo que éstos tienen derecho a invocar el contrato o escritura privada si en ello tienen interés (el interés necesario para toda acción y si pueden pro-

bar la existencia de ese acto secreto).- La - -
 prueba del acto secreto es distinta, según que-
 la acción de simulación la invoquen los terceros
 o las partes".- (Circulación.- 25 junio 1.937.- G.
 J. No. 1.925- Pág. 256).-

. / .

CAPÍTULO TERCERO

Aplicación de la teoría

Conveniencias contradictorias y salvaciones distintas que pueden presentarse. - Inducido la teoría de la simulación, tal como ahora la acepta la Corte, no llega a la coexistencia de dos convenciones contradictorias; una de ellas, ostensible pero engañosa; la otra, oculta pero secreta. - Esta literal superposición crea la imposibilidad de dar ejecución a los dos acuerdos, pero el problema se resuelve distinguiendo en caso de litigio si el conflicto afecta a las partes o a terceros. -

Para las partes no tiene valor de ley con-

trictual sino la contra-escritura, el acto oculto, porque tal acto es el que recoge la voluntad interior y verdadera de los contratantes.- El acto aparente carece para ellos de valor.-

Tratándose de terceros, si el acto oculto les perjudica, pueden aducir el contrato ostensible, acogiéndose al artículo 1.766; pero si la contra-escritura los aprovecha, pueden ponerse bajo la protección de ésta y ejercitar contra el acto ostensible la acción de simulación.-

Que la convención oculta sea válida entre las partes, resulta del artículo 1.766 del Código Civil.- Este precepto niega todo valor contra terceros a las escrituras privadas hechas por

los contratantes para alterar lo pactado en escri-
tura pública y se le niega también a las contraes-
crituras públicas cuando no se ha tomado razón -
de su contenido al margen de la matriz cuyas dis-
posiciones se alteran y de la copia en cuya virtud
han obrado los terceros.- Todo lo cual significa,
en suena lógica, que entre quienes contratan y con-
tra quienes contratan valen tales escrituras pri-
vadas y tales contraescrituras públicas.- También
han de valer las contraestipulaciones verbales, -
establecidas en existencia conforme a los princi-
pios de prueba.-

Nótese que el artículo 1.766 dice que las -
contraescrituras privadas o públicas no produci-
rán efectos "contra terceros", mas no dice que en

jaxón de producirlos "respecto de terceros".- Y
 está bien la proposición adversativa, porque los
 terceros tienen derecho a invocar el acto secre-
 to o el acto público.- Si están de buena fe, por-
 que no han conocido ni debido conocer la simulación,
 es para ellos inoponible el acto simulado.
 Pueden escoger el partido más conforme con sus
 intereses.- La buena fe los convierte en real -
 una situación aparente creada por el acto público.-
 Estas conclusiones, naturalmente desprendidas
 del artículo 1.766 contribuyen a demostrar -
 cómo se concilian tal artículo y el 1.748.- Si -
 la nulidad judicialmente pronunciada de acción -
 reivindicatoria contra terceros poseedores, sin
 perjuicio de las excepciones legales, la simula-
 ción judicialmente pronunciada no da acción con-

tra terceros poseedores de buena fe que confie-
ron en la realidad del acto ostensible.-

De los dos actos, el aparente y el oculto,
aquél suole tener la calidad de simple hecho -
mientras que éste la tiene de negocio jurídico -
válido o nulo.- Porque en el primero la voluntad
es en la general apenas declarada al poco que en
el segundo hay concurso real de voluntades.- A -
quien alega la simulación corresponde desconvul-
var el acto secreto para que el juez lo analice-
en su fondo y en su forma y resuelva si es frus-
trado total o parcialmente.- Desconocido el acto
ostensible queda el secreto, y a éste se subordi-
nan las relaciones jurídicas.- Cabalmente la -
acción de simulación conciste en que primo el -

acto privado sobre el público, y la puede ejercer todo el que tenga algún interés protegido por la ley: contratantes, comeciantes, acreedores, etc., etc.- El Código Civil autoriza esta labor de desentrañamiento, porque da al contrato el carácter de ley para los contratantes y dispone que conocida claramente la intención de éstos debe entenderse a ella más que a lo literal de las palabras.- La lucha del actor consiste en descorrer el velo para que puesto a la luz el contrato oculto se lo analice en su fondo y en su forma, se vea si adolece de alguna nulidad y se lo dé cumplimiento en lo que deba subsistir.-

La acción es complemento de prevalencia.-

a menos que, como ocurre en algunos casos, para hacer efectivo el pacto secreto se necesite que sobreviva una parte del público, caso en el cual subsistirán el secreto en cuanto sea válido y el público en cuanto deba subsistir como base del secreto.- (Casación.- 24 octubre 1956 G. J. No. 1.914.- pág. 163).-

Concepto de terceros.- Según se ha visto, la acción de simulación no solamente incumbe a las partes sino que pueden ejercitarla también los terceros, siempre que tengan en ello un interés legítimo protegido por el derecho.- Por eso reviste especial importancia definir el concepto de terceros frente a los casos de simulación.-

Se entiende por terceros, en toda gene--

ral, todas las personas distintas de las partes contratantes y de los herederos que ocupan el lugar del causante y ejercitan sus derechos.- Por consiguiente serán terceros frente a un acto de simulación, los causahabientes a título particular: un comprador, un donatario, un acreedor hipotecario, y en general los acreedores de cualquier clase y a cualquier título, que tienen en todo el patrimonio del simulador una garantía general de ejecución.- (Art. 2403 del C. C.).-

También se tendrá por terceros a los herederos de los contratantes, cuando la simulación ha sido hecha en fraude de los derechos de la herencia y con los sucesores quienes ejercitan-

la acción correspondiente, pues en ese caso no viene a ser una prolongación de la persona jurídica del causante, sino terceros respecto de los simuladores, adversarios cuyos o impugnadores del acto simulado.-

El caso del acreedor.- Es obvio que si a alguien interesa que no merme o decrezca el patrimonio de otro es el acreedor de éste.- Basta al efecto, a más de innumerables razones que oltan a la vista, recordar el derecho que al acreedor, por sólo con lo, confiere el artículo 2483 del C. C. sobre todos los bienes de su deudor, raíces o muebles, sean presentes o futuros.- En una época prevaleció la doctrina contraria, esto es, la de que los acreedores no pueden entenderse incluidos entre los interesados en un acto de simulación, fundada

en la consideración de ser los acreedores titulares de la acción llamada pauliana, consagrada en el artículo 2491 de nuestro código civil.- Pero el hecho de que exista una acción, en tanto general, no es óbice en derecho para que exista otra que concursa, por ser más o menos diferente, o un mismo resultado.- Por el contrario, puede haber pluralidad de medios y de recursos para conseguir un fin dado y variedad de acciones para, ejercitándolas, obtener un derecho.- Además, la acción rescisoria llamada pauliana y consagrada por el artículo 2491, no puede ejercitarse el acreedor sino cuando el deudor hace cesión de bienes o se abre concurso de acreedores.- No sería jurídico que los derechos del acreedor estuviesen a merced de que se hayan deducido previamente o

nó esas circunstancias, que no siempre están en sus manos producir o evitar o confluir a que se produzcan o se eviten.- Como no sería jurídico tampoco distinguir entre los acreedores, donde la ley no distingue, a fin de establecer en cada caso de simulación si los acreedores pudieron o no acogerse al citado artículo 2491.- El acreedor, en consecuencia, deberá siempre reputarse interesado en los actos simulatorios de su deudor, y por ende, ostentarse titular de la acción pertinente, en los términos en que ella se concede a los terceros.-

El caso de los herederos.- La doctrina tradicional de la Corte en esta materia ha sido la de considerar como parte a los herederos, cuando ejerci

tan la acción de simulación "en los mismos casos en que su causante la hubiera querido y podido ejercer" (XLIII, 850), vale decir la que heredaron de aquél, pues en tal evento existe identidad jurídica entre causante y causahabiente.- Y la de considerarlos como terceros cuando el negocio de simulación se llevó a cabo en fraude de sus derechos como asignatarios forzosos, puesto que "entonces el heredero, o herederos que ejercitan la acción de simulación vienen a ser, no ya los sucesores que continúan la persona jurídica del causante, sino terceros respecto de él, que defraudó su derecho herencial, en la misma forma que con terceros, respecto del mismo acto, los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio que les sirve a

sus acreedores de prueba".-

De donde se sigue que el heredero puede -
 ejercitar la acción de simulación de los actos -
 celebrados por su causante, iura hereditaria ó -
iura propria.- En el primer caso, por cuanto - -
 ejercita la acción que heredó de su causante jun -
 to con todos los demás derechos y obligaciones -
 transmisibles, y queda colocado exactamente en -
 la misma situación jurídica de aquél, con las -
 mismas ventajas pero también con las mismas limi -
 taciones para obtener la prevalencia de la volun -
 tad real de los contratantes sobre el aspecto -
 ostensible del acuerdo simulatorio.- En el segun -
 do caso, por cuanto ejercita una acción propia -
 encaminada a impedir que se lesione cabalmente -
 su derecho de heredero.(1)

(1) Casación, 31 de Agosto de 1970, revista Do -
 ce Colombiano, tomo III, No. 15, pág. 348

CAPITULO CUARDO

Grados de Simulación

La simulación -que puede ser integral o parcial, de fin o de medio- ofrece cuatro grados:

De esencia, cuando el acto oculto destruye los efectos del ostensible o los traza en los de otro contrato diferente.-

De naturaleza, cuando el acto oculto suprime o modifica cosas subentendidas en el ostensible.-

De accidente, cuando el acto oculto elimina del ostensible cosas que a éste se le agregaron - por medio de cláusulas especiales, o cuando el - privado agrega al público cláusulas accidentales o meramente enunciativas.-

De interposición, cuando el acto oculto con

da una persona por otra, debido a que en el oc-
tensible figuró la sustituida como testafuerro.-

Dentro de estos cuatro grados caben multi-
tud de ejemplos:

1o.- Se supone celebrado un contrato que -
no existe en realidad (digo venderte mi casa y -
tú comprármela; pero ni tengo ánimo de enajenar-
ni tú de adquirir; convenimos privadamente en -
que ni se pague el precio, ni se lo quede do-
miendo, ni te consideres dueño de mi casa; por -
todo lo cual estás obligado a hacerme escritura-
de venta cuando yo te lo pida).-

2o.- Se aparenta un contrato de naturaleza
distinta a la del verdadero (digo venderte mi ca-
sa y tú comprármela; tengo el ánimo de enajenar-

la y tú de adquirirlas; pero te hago la tradición a título gratuito; no querido conástola).-

3o.- Se fingen cláusulas inconsistentes (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero quedo sin derecho a recuperarla).-

4o.- Se ocultan cláusulas convenidas (te vendo mi casa, pura y simplemente, pero la venta quedará resuelta si en el transcurso de este año algún tercero mejora la compra).-

5o.- Se desvirtúa una cláusula expresa (te vendo mi casa con pacto de retroventa; pero no se corvo el derecho de recuperarla dentro del tiempo estipulado, sin recobolarte el precio).-

6o.- Se hace intervenir a una persona como simple testaforro (Pedro, te vendo mi casa para que tú de la vendas luego a Juan).-

7o.- Se cambia la fecha del contrato (retrotrácese, Juan, la fecha de esta convención, para que no quede afectada por la retroactividad de la declaración de mi quiebra).-

8o.- Se cede un modo (te vendo, Pedro, mi casa en un bajo precio; yo tengo el ánimo de enajenarla y tú el de adquirirla; la tendrás por tuya; pero tu adquisición benéfica no accionará sino a la mitad del inmueble; cuando yo haya fallecido, le harás escritura de la otra mitad a nuestro hermano Juan, de quien no recibirás precio alguno por tal enajenación).-

Las anteriores normas bastan para demostrar que la circulación material, con motivo y fines honestos o no ilícitos (sea plausible o indiferente), sin ánimo fraudulento, sobre obje-

te lícito y sin daño de terceros, hecha por persona capaz y con observancia de los requisitos formales, no es causa de nulidad.-

Y los ejemplos anteriores son suficientes para diferenciar la simulación material del fraude a la ley, del dolo, del error, de la reservantel y de los nocios desviados, así como para comprender que no hay simulación cuando se modifien, adicionen, alteren o desvíen convenciones anteriores realmente celebradas.- Tampoco se debe confundir con los motivos de rescisión por oneroso engaño.- (1)

* * *

(1) Casación.- 24 octubre 1986.- G. J. No. 1.914 Págs. 163

En el primero de los ejemplos propuestos - la simulación es absoluta.- La contraestipulación privada destruye los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo.- Es el caso típico de las llamadas ventas de confianza. Frente a ese tipo de simulación decimos: colora habit. substantia vera nullum (tiene color pero sustancia ninguna).-

En el segundo de los ejemplos la simulación es relativa, porque se ha empleado para cubrir los efectos jurídicos de otro acto real - que es el que las partes han querido celebrar.- Producida esta prueba, la simulación, que es una acción de inexistencia del contrato ostensible, - tiene que prosperar; entonces el demandante pro-

tegió por interés legítimo, lógicamente lo asig-
 te el derecho de utilizar los efectos de la inexistencia de ese acto, y de la prevalencia del acto que se ocultó.- En estos casos decimos: malum in se, sed non in re (tiene color pero la sustancia es otra).-

En el tercer ejemplo la simulación es accidental, porque el acuerdo privado, si bien elimina una importante realidad, no altera con la supresión la esencia del contrato ostensible.-

El caso de simulación que se enuncia en el sexto de los ejemplos propuestos, se estrecha con otro principio de nuestro sistema jurídico, según el cual la representación no es cosa esen-

cial del mandato.- El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre para realizar decaídas el volado propóscito del mandato.- En este caso, en que el mandatario contrata fingidamente en su propio nombre, los efectos del contrato se vinculan a él activa y pasivamente y los terceros no se relacionan jurídicamente sino con él.- En el ejemplo que se analiza, la compraventa es ficticia o simulada porque con ella se encubre un verdadero contrato de mandato sin representación aparente, y porque la intención verdadera de los contratantes está en la contraestipulación que obliga al fingido comprador a mantener en su poder el inmueble materia de la ficticia transferencia, hasta cuando el dueño le ordene transferirlo a la persona a -

quien verdaderamente desea venderlo.- El contenido de este ejemplo permite que se lo caracterice jurídicamente como una circulación relativa y de radio, con interposición de persona, porque solamente se simuló la manera de alcanzar el fin verdaderamente buscado, que era la enajenación definitiva a título de venta a favor de un tercero, para lo cual el causante se sirvió de un intermediario o testaferro, a quien se le dió el encargo en forma secreta para que lo cumpliera con posterioridad.- De eso, pues, una operación completamente simulada, esto es, neutralizada o destruida en sus efectos por una contrasentipulación, porque no se hizo con el objeto de que el contenido pasara aparentemente al patrimonio del supuesto comprador y permaneciera realmente en el de el supuesto vendedor, sino para que de acuerdo con el encargo secreto la enajenación se produjera finalmente a favor del verdadero comprador.-

CAPITULO QUINTO

Cuestión Probatoria

Dirección de la prueba y medios de obtención.-

A la parte que alega la simulación le corresponde desenvolver el acto oculto para que el juez lo analice en su fondo y en su forma y resuelva si es frustráneo total o parcialmente.- Desplazado el acto ostensible, queda el oculto, y a éste deben quedar subordinadas las pertinentes relaciones jurídicas.-

Cabalmente la acción de simulación consiste en que primo el acto privado sobre el público, y la parte ejercitar todo el que tenga algún interés protegido por la ley: contratante-

tos, causahabientes, acreedores, etc.- El Código Civil autoriza esta labor de desentrañamiento, porque da al contrato el carácter de ley para los contratantes y dispone que conocida claramente la intención de éstos debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.- La lucha del actor consiste en descerrar el velo para que puesto a la luz el contrato escondido se lo analice en su fondo y en su forma, se vea si adolece de alguna nulidad y se le dé cumplimiento en lo que debe subsistir.- La acción es de prevalencia.- En términos generales, para la prueba del acto oculto se apela a confesiones, indicios, principios de prueba por escrito, etc., etc.- Pero si el acto público debió ser escrito porque su cuantía excediera del mínimo legal -

(0500.00), las partes no pueden establecer el -
 privado, salvo las excepciones legales, sino -
 con prueba escrita o de igual categoría que la -
 escrita o validándose de los medios previstos -
 por la ley 153 de 1.897.- Los terceros, en cam-
 bio, sí pueden ochar nunc de todos los medios -
 probatorios a que haya lugar.- (1)

Calificación probatoria para las partes.- Fra-
 gándose de la acción de simulación, es decir la
 prevalencia del acto oculto sobre el acto osten-
 sible, ella puede ejercitarse por la misma per-
 sona que colabó el acto o contrato simulado.-

Los herederos del que colabó el contrato

(1) CANACIEN: XLIII, Dec. 1911 y 1912, esp. 30 de
 1.936, pgs. 820 y ss; XLIV Dec. 1.914 y 1.915, -
 Octubre 24 de 1.936, pgs. 167 y ss.

podan ejercitar la misma acción, puesto que ocupan el mismo lugar que aquél.-

También pueden ejercitar la acción de nulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible.-

Para el efecto, pues, de tener la acción y poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros.-

El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que pueden acudir unos y otros.-

Esas diferencias pueden subordinarse a las siguientes consideraciones:

a) Si el acto se celebró por escrito, la parte misma que lo celebró debe demostrar el acto oculto también por escrito, o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba por escrito, etc.-

b) Sus herederos, en la misma hipótesis de que el acto ostensible se celebró por escrito, para ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante lo hubiera querido y podido ejercitar, es decir la acción que heredaron de su causante, también están obligados a dar la prueba del acto oculto por escrito, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la otra parte, complementadas en este caso por todo medio probatorio.- Pero si el acto ostensible que celebró su causante, aun por escrito, lo fue en -

frenco de los derechos de la herencia, entonces el heredero o herederos que ejercitan la accion de simulacion vienen a ser, no ya los sucesores que continúan la persona jurídica del causante, sino terceros respecto de él, que defraudó su derecho herencial, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disfrutase el patrimonio que le sirve a sus acreedores de prenda. - Entonces la prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contrapueba escrita, ni a la confesion del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada con otros medios probatorios; entonces pueden acudir también a la prueba indiciol, a la de pre-

nunciación, a la de testigos y en general a todos los medios probatorios.- (Cassación, 30 septiembre 1.936.- O. J. No. 1.911.- Pág. 930).-

Igualdad de la Prueba.- Ante la Doctrina que no halla en la simulación por sí sola indetectable-mente una nulidad, sino una mera dualidad de contratos: el ostensible o aparente y el efectivo u oculto que sale a la luz cuando la simulación se descubre, ocurre la obligación de estudiar ostentamente en sí mismo, ya para declararlo nulo cuando efectivamente lo sea por ilicitud de causa u objeto o por cualquier otro motivo, ya para reconocerle toda su eficacia en caso contrario y registrar a las partes por lo que, así las cosas, se le muestra haber sido verdaderamente su voluntad.-

Si la contienda es entre las partes contra-

tantes, es claro que teniendo para ellas el instrumento público que otorgaron la fuerza establecida por el artículo 1.759 del C. C., para vencer éstas debe presentarse prueba de igual capacidad o jerarquía para desentrañar por ese medio equivalente el acuerdo que se ha pactado en el secreto de las partes para recoger el rédito por verdadero querer de los contratantes.-(Casación, 12-Diciembre 1.936. C. J. No. 1.920, pág. 663).-

Libertad probatoria para los terceros.- Es natural que el acto secreto, es decir, la contraestipulación privada, no exista sino para el que tenga conocimiento de tal acto.- De ahí que el demandante, cuando es un tercero, esto es, cuando es persona distinta de los celebrantes o de los herederos que ocupan su lugar, pueda acudir a toda -

clase de pruebas, especialmente a la indiciat, a la testimonial, a la de presunciones, que en las acciones por simulación juegan un papel importante, - pudiéndose decir que el éxito de esas acciones radica sobre esa clase de pruebas, -

Tratándose de contratos escriturarios, entre las partes que celebraron la convención que se acusa por simulada, al tenor del artículo 1.756 del C. Civil, no es admisible sino la prueba escrita o un principio de prueba escrita o la confesión de la otra parte (artículo 91, Ley 153 de 1.887). - Forzándose la actora en este proceso un tercero intergado, por no haber intervenido en los contratos, - ni haberles consentido ni otorgado, ni ocupando en su consecuencia el lugar de uno de los contratantes, y existiendo por tanto para ella el acto ocul

to como simple hecho, le está permitido acudir a todos los medios probatorios, tales como testigos, indicios, presunciones, etc.-

En materia probatoria, respecto de la simulación la Corte ha hecho esta distinción: O se trata de la acción ejercitada por una de las partes o de la ejercitada por un tercero.- En el primer caso, es necesario que el contratante que pactó simuladamente presente siquiera un principio de prueba por escrito respecto de la existencia del pacto secreto o que obtenga sobre esto particular la confesión del demandado contratante.- En el segundo caso, los terceros no tienen por qué presentar la comprobación de la existencia de ese pacto secreto, por lo mismo que ellos fueron ajenos al contrato y entonces pueden acudir a todos los medios probatorios adecuados para demostrar la simulación.- Especialmente la prueba indiciaria es la más usada en esta acción.- (Casación.- 27 febrero 1.941.-G. J. - No. 1.966.- Pág. 755)

CAPITULO III

Naturaleza de la acción simulatoria

Acción de prevalencia y acción consensual de nulidad.

Negocio simulado, como hemos visto, es el que tiene aspecto contrario a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece.- Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer.- Depende el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y el otro invisible.- El privado suprime, adiciosa, modificación y deriva los efectos del público, y en el lenguaje de la jurisprudencia se llama contraestipulación.- Consiste la acción de nulidad en hacer prevalecer entre las partes las obligaciones o efectos jurídicos del contrato oculto, sobre los estipulados ostensiblemente entre las mismas partes, en

atención a que el contrato privado u oculto envuelve un perjuicio de tercero la verdadera y real voluntad de los celebrantes.- En el ejercicio de la acción de simulación el actor busca, en lo general, la prevalencia del acto oculto o verdadero sobre el ostensible.-

La simulación no es por sí misma determinante de ninguna invalidez, y la acción utilizable para su declaración judicial, esencialmente distinta de la de nulidad, no destina a obtener la prevalencia, sobre un contrato aparente que no liga la voluntad de los contratantes, de uno oculto o secreto que lo altera, modifica o destruye y que representa la verdadera ley de las partes.- La Corte ha dicho en varias ocasiones que aunque aparezca equivocadamente nombrada la acción de simulación bajo-

el calificativo de nulidad, hay que considerarlo y decidirla si de sus hechos fundamentales puede deducirse un caso de simulación, esto es, cuando ha sido ejercitada y hay solamente una dificultad de hecho.

Por lo tanto es necesario precisar y delimitar dentro de las reglas de la técnica procesal y de la técnica en el ejercicio de esta acción, qué es lo pedido, qué es lo comprobado.

Simulación-nulidad y simulación-provalencia. - Si lo único que suplico la parte actora fue la simple declaración de nulidad por simulación de los contratos aparentes, para deducir de ahí la reintegración de los bienes al patrimonio del circulator, es claro que no debe ni puede interpretarse la volun-

ted e intención del actor sino en el exclusivo -
 sentido de obtener tal declaratoria y no cualquier
 otra de la cual pudiera aprovecharse.- Aceptar
 que basta afirmar en una demanda que un contrato
 es íntegramente simulado para que se abra el pro-
 ceso judicial de investigación destinado a descu-
 brir el negocio verdadero que oculto, sin que a -
 esta solución aspire el demandante y lo demuestre,
 equivale a confundir la técnica jurídica que co-
 rresponde a la acción de simulación absoluta (simu-
 lación absoluta) con la que atañe a la acción de
simulación relativa (simulación relativa).-

Convenir que judicialmente es posible deci-
 dir la validez o nulidad de una donación entre vi-
 vos que aparece descubierta en un juicio que se -
 inició para que se declarara una simulación abso-
 luta -evento de confianza-, sin que se haya conoci-

de expresamente en la demanda el contrato oculto y verdadero a la calificación judicial de su validez, es aceptar que se puede declarar oficialmente cualquier nulidad cuya existencia y prevalencia no se ha colocado sub-judice.- Tal cosa equivaldría a una manifiesta violación de las normas que conciben que la relación jurídica-procesal de la litis no puede alterarse en la contención.-

No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta.- Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración lícita y simple de inexistencia, y hasta ahí debe al-

censar la declaración judicial que al respecto se
 haga en el fallo.- Pero si de los elementos proba-
 torios aducidos por la parte demandada en su de-
 fensa resulta comprobada la existencia de otra -
 contraestipulación distinta de la simplemente des-
 tructora, tal como una dación en pago o una dote-
 ción, la técnica de esta clase de acción impone -
 la absolución del demandado, como en todos los ca-
 sos corrientes en que el actor no cumpla con el -
 deber de comprobar sus pretensiones, para tener -
 derecho a que se le reconocan en el fallo sus -
 consecuencias jurídicas.- Consagrar otra solución
 sería otorgarle a las acciones civiles de simula-
 ción un carácter inquisitivo sólo compatible con-
 el ejercicio de la acción penal y que, además, -
 destruiría el equilibrio normal en la posición de

las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga probatoria.-

Lo expuesto hasta aquí no se opone a que el actor, ya sea un tercero en el contrato o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el pacto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamina, no a destruir simplemente el acto ostensible y aparente, sino a hacer prevalecer el privado para aprovecharse de sus consecuencias.- Y mutatis mutandis si es el demandado a quien pueda aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, - la sola demostración de tal simulación de hecho es suficiente para conservar la acción intentada -

con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentemente haber salido. (Casación, -12 septiembre 1.941.-S. J. No.1.977 Pág. 70).

Cuando existe la simulación relativa y se contenta el pacto secreto es necesario que la existencia de éste no haya alegado, demostrado y surja de los autos, como cualquiera otro pacto.- Se le da eficacia legal al pacto secreto siempre que reúna esas circunstancias.- Pero si las partes no lo firman ni mencionan ese pacto, y no hay prueba en los autos que respalden el concepto de que el contrato atado de simulado está sustituido o modifi-

cede por una contraestipulación; y si lo que se establece en el proceso es únicamente la falacia del pacto ostensible, es claro que la decisión que se impone es simplemente la de nulidad, y no la de prevalencia.- No podrá haber solución de prevalencia sin un pacto que prevalezca sobre el contrato ostensible.-

Circulación y acción pública.- Es un tiempo en el que se pretendió que los acreedores no tenían acción de circulación por ser titulares de la llamada acción pública, que consagra el artículo 2491.- Pero viene ya, cuando fijamos el concepto de terceros en casos de circulación, que no es injurídico que en una misma calidad se actúe una pluralidad de acciones que, por causas más o menos diferentes, -

• / •

conduzcan a un mismo resultado.- Ahora importa - distinguir la acción simulatoria de la pauliana,- para que quede claramente establecido que se trata de dos acciones distintas.-

Naturaleza de la acción pauliana.- De acuerdo con el artículo 2490 del código civil, son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores.- Y conforme al 2491, en cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1a) Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipote-

tocos, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, cuando antes el mal estado de los negocios del deudor;

2a) Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las renuncias y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores;

3a) Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.-

Con la acción pauliana el acreedor critica el acto de su deudor y persigue su revocación.-

Las condiciones requeridas para el ejercicio pr6piero de la acci6n pauliana gravitan en derredor de dos nociones esenciales y tradicionales: el - - reventum facti y el periculum fraudis.- Lo preciso - que el acto en cuesti6n haya producido un perjuicio al acreedor y es indispensable que presente con res- pecto a 6l caracter fraudulento, esto es, que haya sido realizado en fraude de sus derechos.- La dispo- sici6n de la ley positiva habla de perjuicios causa- dos al acreedor y de la mala fe del deudor y de co- munitables; y exige adem6s que el deudor haya he- cho cesar de bienes o que de 6stos se haya abierto concurso a los acreedores.-

En el ejercicio de la acci6n pauliana deben - distinguirse dos clases de contratos: a t6tulo on-eroso y a t6tulo gratuito, distincici6n consagrada en-

el art. 2491 del C. C., en sus arts. 1º y 2º. Entendiéndose de los primeros dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el causar daño, o sea que el acto ejecutado haya causado o cause un perjuicio a los acreedores, y el concilium fraudis, que es el entendimiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores. No interesa que ese entendimiento haya sido para celebrar un contrato serio o un pacto simulado; basta el concilium fraudis y por eso, en la acción pauliana, puede pedirse la invalidez ya de los contratos serios, ya de los pactos simulados en que exista o haya existido. Fuera de esto, puede también impetrarse la acción de nulidad respecto de los bienes cedidos o concarados y de que el deudor ha dispuesto después de verificarse alguno de estos dos hechos.

Cabe advertir aquí, que aunque el Código no vale de la palabra malicia, esta expresión no es técnicamente jurídica, pues en rigor lo que ocurre es inoponibilidad del contrato serio contra el derecho del tercero que con esa acción se defiende del dolo en referencia.-

En tratándose de los actos a título gratuito, basta la mala fe del donador y el perjuicio de los acreedores.- El actio in rem scripta, acto bilateral, se recubra por un acto unilateral del donador, que constituye el actio in rem scripta, por parte de este y que tiene un fundamento filosófico y jurídico muy sólido a saber: ante la obligación que tiene el donador de pagar a sus acreedores y cumplir sus obligaciones y compromisos para con estos, no les es permitido hacer actos de liberalidad que vayan a dis-

rimar su patrimonio y a perjudicarlos.- Un deudor en estado de insolvencia tiene evidentemente-
 causa naciendo al hacer pactos de liberalidad y -
 esos pactos no han de celebrarse precisamente con
 terceros, pueden también ser celebrados con acre-
 dores del deudor.- Entonces los demás acreedores-
 perjudicados por ese acto, pueden ejercitar la -
 acción pauliana, aun en tratándose de contratos -
 onerosos, por que los acreedores no tienen sino -
 los privilegios expresamente establecidos por la -
 ley para hacerse pagar sus créditos y el deudor -
 no tiene la facultad de crear privilegios, ad - -
 libitum.- Así una garantía hipotecaria que vino-
 ra a asegurar una obligación personal del deudor,
 podría ser demandada por los demás acreedores.-

Y cabe también observar que respecto de - -

netos gratuitos los individuos no sea enteramente-
 libres de ojerizos, sino en cuanto no sean in-
 solventes, y por eso la ley requiere formalidades-
 como la de la insinuación para las donaciones de -
 más de dos mil pesos (C. C. art. 1.453).-

Diferencia entre las dos acciones.- Consiste la di-
 ferencia esencial en que la acción pauliana tiende
 a hacer entrar en el patrimonio del donador un bien
 que había efectivamente salido de él, mientras que
 la acción de declaración de nulidad está desti-
 nada a probar que el bien a que se refiere no ha -
 salido nunca de dicho patrimonio, de suerte que no
 ha estado de figurar en la garantía de los acrede-
 res del supuesto enajenador.-

Resulta de este punto de partida que la - -

acción de declaración de circulación está constituida en todos sus aspectos, a reglas más amplias que la acción pauliana.

1o. En cuanto a las personas que están admitidas a intentarlas: mientras la acción pauliana sólo se concede a los acreedores, la acción de declaración se confiere igualmente a los conachabientes a título particular.-

2o. En cuanto a los acreedores mismos, las reglas son más liberales: mientras que la acción pauliana sólo se concede a los acreedores anteriores al acto anulando, la acción de declaración de circulación está abierta a todos los acreedores, sin distinción de fechas, y aunque sean posteriores al acto; una vez que no puede imponerse a unas personas y no a otras; todos los interesados que-

den admitidos a denunciarla.-

3o. En cuanto a la naturaleza del fraude: el demandante de declaración de nulación no tiene que probar el fraude del deudor; le basta con probar el carácter engañoso del acto;

4o. En cuanto a la comPLICIDAD del tercero.- Esta complicidad, exigida para la acción pauliana en lo que concierne a los actos a título oneroso, es indiferente en el caso de simulación; los actos ficticios obedecen a un estatuto único, sin distinguir por razón de que se haya celebrado en el tipo gratuito o en el tipo oneroso; con engañosos, y es lo basta para que no puedan ser opuestos a terceros y en su perjuicio.-(1)

(1) Louis Jossorand, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I Bosch y Cia, Buenos Aires, págs. 563 y 564

"La acción pauliana consagrada por el artículo - -
 2.491 del C. Civil distingue dos clases de actos -
 celebrados por el concursado antes de la apertura
 del concurso: onerosos y gratuitos; tratándose de
 los primeros dicha acción está condicionada por -
 dos factores, el quantum fraudis y el periculum - -
fraudis.- En tratándose de los segundos basta la
 mala fe del deudor para que los acreedores puedan
 pedir la rescisión del contrato.- En los dos casos
 expresados los acreedores tienen la potestad para
 obtener la nulación de los actos de su deudor-
 concursado.-"

En la simulación, tan distinta de la acción
 pauliana, porque en aquella es parte de la base de
 la existencia de un contrato ficticio, al paso que
 en ésta se otorga generalmente un contrato real y -
 porque si para el ejercicio de la segunda es neco-

caso que se trata de un deudor concursado, lo - -
 cual no se requiere en la primera, los acreedores
 de quien ha enajenado ficticiamente sus bienes tie-
 nen también la personería del caso, para pedir la
 simulación del acto que los perjudica, pero eso de
 hecho no los acieto sino con ciertas condiciones y
 dentro de ciertos límites.-

Durante mucho tiempo la jurisprudencia no re-
 conoció personería a los acreedores para iniciar
 acciones de simulación contra sus deudores, pero
 desde el año de 1.924 la Corte cambió de rumbo y
 se pronunció en sentido contrario.- (Sentencia de
 23 de mayo de 1.933 C. Judicial, Tomo XLII, Pág. 25;
 15 de julio de 1.933 y 26 de agosto de 1.936, C. J.
 Tomo XLVII, No. 1.940, Pág. 61).-

Condición propia del actor en las dos acciones.- No
 no toda persona puede ejercitar la acción de nul-
 dad, la pauliana o la de simulación, sino que necesi-
 ta que tenga interés jurídico, o sea un interés -
 protegido por la ley, que es desconocido o lesiona-
 do por el acto nulo, por el acto ejecutado merced -
 a una colusión o determinado por el actus necand,
 como en muchos casos de la acción pauliana, o por -
 el acto simulado.-

La sola calidad de acreedor no da personalidad
 a éste para entablar alguna de las acciones anterior-
 es.- Se necesita, y se repite, el interés jurídico.

Quien se presenta pues ejercitando una acción
 de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocan-
 do su carácter de acreedor, por una obligación de -
 dar, hacer o pagar o no hacer, debe demostrar, pri-

pero la existencia plena de ese carácter, aun - -
 cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segun-
 de establecer, también plenamente, que el acto acu-
 sado lo perjudica, por cuanto en virtud de él que-
 da en incapacidad para hacer efectivo su derecho, -
 por no pensar el obligado otros bienes.- (Casación.
 15 febrero 1.940.-G. J. No. 1.953.- Pág. 71).

BIBLIOGRAFIA

Arturo Alessandri Rodríguez. Teoría de las obligaciones.

Guilherme Alves Pereira. Direito Civil Português.

• Julien Bonnetant. Droit Civil. Tome Second.

Jean Carbonnier. Droit Civil. 4^e Les obligations.

Antonio de la Vega. Bases del Derecho de Obligaciones.

Louis Jaccard. Derecho Civil, tomo II, vol. 1.

Bosch y Cia. Buenos Aires

Luis Felipe Latorre. Jurisprudencia razonada del Tri-

bunal de Bogotá. Sig. Eudora.

Arturo Valencia Esc. Derecho Civil. (Las Obligaciones)

Tomo III.

• Código Civil Colombiano.

Código Civil Francés

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.