

Formas de manifestación del consentimiento y su eventual tergiversación: la simulación

Pablo Andrés Garcés Vásquez*

Resumen: La exteriorización de la voluntad es la actitud extrínseca en virtud de la cual se da a conocer o se infiere la voluntad interna del agente o agentes del negocio jurídico; es la forma de manifestación o expresión social –con arreglo a la ley- por medio de la cual los sujetos de derecho hacen saber al otro agente, contratante, destinatario o tercero su propia voluntad. En el mismo sentido, puede acaecer que por diversas circunstancias la voluntad carezca de seriedad y rectitud, o que haya una discordancia entre la expresión de la voluntad y lo realmente querido, o que se presente una disconformidad entre la voluntad interna individual y su manifestación, generándose situaciones que hacen aún más complejo el estudio del consentimiento como elemento de existencia y para lo cual se erigen la reserva mental y la simulación como instrumentos jurídicos para conjurar de manera inteligible el presente tópico. La reserva mental: este instituto jurídico al cual la doctrina le niega toda eficacia jurídica consiste en querer intencionalmente una cosa contraria a la que se manifiesta como deseada. Por su parte, la simulación es el fenómeno de la apariencia contractual creada intencionalmente. En tal sentido, sus principales indicios son los siguientes: •El parentesco o íntima amistad entre los contratantes •La carencia de medios económicos en el adquirente •Un motivo justificado para simular -inminencia de embargo- •El bajo precio •Las relaciones entre el patrimonio del enajenante y el adquirente •La despatrimonialización súbita del acreedor •La no ejecución del contrato -retentio possessionis- •La falta de justificación del destino dado al precio. La simulación y su término de prescripción: tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa, la prescripción es de diez (10) años, contados a partir del momento en el cual se celebró el negocio simulado. En la simulación absoluta el interés de los estipulantes gravita en torno a la creación ficta contenida en la declaración ostensible –sin voluntad alguna de carácter negocial-; mientras que en la relativa, el interés de aquellos se encuentra concentrado primordialmente en el negocio que recae en la declaración privada.

Palabras claves: *Negocio jurídico, declaración de voluntad, contratante, reserva, simulación, patrimonio, enajenante, parentesco, adquirente, acreedor, deudor, prescripción.*

Abstract: The expression of the will is the extrinsic attitude under which it is provided or the inner will of the agent of the legal business is inferred; is the form of social protest or expression, with under the law-by which legal subjects do know the other agent, contractor, recipient or third their own will. Similarly, it can happen for various reasons will lacks seriousness and honesty, or there is a discrepancy between the expression of the will and really wanted, or the filing of a disagreement between individual inner will and its manifestation, generating situations that make it even more complex study of consent as an element of existence and for which the mental and simulation as legal instruments to conjure intelligibly this topic are erected: Mental reservation: This legal institution to which the doctrine denied juridical value is intentionally want a contrary thing that manifests as desired. Meanwhile, the simulation is the phenomenon of contractual appearance created intentionally. In this regard, the main indications are: •The relationship or close friendship between Contracting •Lack of financial means in the acquirer •A valid reason to simulate -inminencia of embargo- •Lowest Price •The relationship between heritage the transferor and the transferee •sudden despatrimonialización creditor •the non-execution of the contract -retentio possessionis- •the lack of justification for the use given to the price simulation and its statute of limitations: simulation in both absolute and relative simulation, prescription is ten (10) years from the time the simulated business was held in which. In the simulation, the absolute interest estipulantes revolves around the fictitious creation contained in the statement without any ostensible willingness negocial- character; while the relative, the interest of those is concentrated primarily in the business lies with the private declaration.

Key words: *Legal business, declaration of intention, contracting, reservation, simulation, property, seller, kinship, acquirer, creditor, debtor, prescription.*

* Abogado UCC, Especialista en Responsabilidad Civil y Magíster en Educación y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Docente Universitario IUE, UNAULA, UDEM, y Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la Institución Universitaria de Envigado

Introducción

Sea lo primero indicar que este elemento ontológico negocial requiere de manera insoslayable y concurrente de dos componentes, uno interno y otro externo, como son voluntad y exteriorización respectivamente.

En relación con el discernimiento el profesor Cifuentes (2004, p.47) señala que es aquella “cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”.

Por otro lado, “Para los hermanos Mazeud en el lenguaje corriente, el consentimiento es la voluntad de la persona que se obliga”. (A.A.V.V. 2007, p.107),

El componente interno –voluntad- implica una “operación intelectual, esto es, la *conciencia* que ha de tener el sujeto de derecho en cuanto al negocio jurídico y la intención de realizarlo” (Tamayo, 2004, p.132); por ello se “requiere la aptitud física y la plenitud de las facultades mentales (...) a fin de que se pueda producir una volición, es decir un acto consciente de voluntad” (León, 2010, p.89).

En lo que respecta al componente externo –manifestación volitiva, declaración de la voluntad o excepcionalmente el comportamiento-, sin lugar a dudas la voluntad debe trascender al mundo fenoménico a efecto que el ordenamiento jurídico asuma una postura de patrocinio; la voluntad no puede quedarse como un acto meramente psicológico e interno sino que ha de manifestarse so pena de ineficacia jurídica (León, 2010, p.89).

El consentimiento requiere entonces de la *voluntad* y de su *exteriorización* a efecto de que se consolide como elemento de existencia. Con todo, el consentimiento puede avizorarse desde dos perspectivas: como

expresión de voluntad de un agente –negocio jurídico unilateral- o como acuerdo de voluntades de dos o más *partes* –negocio jurídico plurilateral-, toda vez que el mismo diccionario de la lengua española en una de las acepciones del vocablo consentimiento señala que es la “manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente” (Espasa, 2001); en suma, el consentimiento como elemento ontológico debe estar presente en todos los negocios jurídicos -unilaterales y plurilaterales- (Castro, 2011, p.799). Al respecto, el profesor Ospina Fernández (2000, p.173) indica que “visto está que el *consentimiento*, esencial en las convenciones, se forma mediante el encuentro y unificación de dos elementos: la *oferta* y su *aceptación pura y simple*”.

Según lo que antecede entonces, cuando se habla del consentimiento (Castro, 2011) como elemento de existencia del negocio jurídico, de contera se hace referencia a fenómenos distintos que se involucran *necesaria y confusamente*, los cuales sin embargo para efectos pedagógicos conviene estudiar de manera separada como a continuación se puede observar (Cifuentes, 2004):

La voluntad interna individual: consiste en la “autodeterminación de uno o más agentes a la celebración” (Ospina & Ospina, 2000, p.98), de un negocio jurídico, es decir, es el querer interno que impulsa a los sujetos de derecho para participar en el tráfico jurídico (Tamayo, 2004).

La exteriorización de la voluntad: es la actitud extrínseca en virtud de la cual se da a conocer o se infiere la voluntad interna del agente o agentes del negocio jurídico (Alzate, 2009, p.137); es la forma de manifestación o expresión social –con arreglo a la ley- por medio de la cual los sujetos de derecho hacen saber al otro agente, contratante, destinatario o tercero su propia voluntad. En consecuencia, es indispensable que

la voluntad se manifieste, esto es, que se proyecte en las relaciones jurídico-sociales como quiera que éstas constituyan el objeto connatural del derecho (Cifuentes, 2004).

En cuanto a la exteriorización de la voluntad¹, más allá de todo lo expresado, surge una pregunta obligada: ¿de qué manera se debe expresar la voluntad para que llegue a la categoría de elemento de existencia? La respuesta no es única. Sea lo primero indicar que los asociados pueden acudir al principio de libertad de forma –cuando la ley no exige la forma *ad substantiam actus*–, en virtud del cual la simple manifestación de voluntad en relación con los elementos esenciales es suficiente para el perfeccionamiento del negocio jurídico; en segundo lugar es dable recurrir a la voluntad *expresa*, esto es, “cuando la persona la da a conocer directamente por cualquier medio apto para ello: (...) el escrito, el teléfono, el telégrafo, la radio, la prensa”(Tamayo, 2004, p.135), los mensajes de datos o instrumentos de comercio electrónico²; finalmente es posible que de manera *tácita* o por *comportamiento* se exteriorice la voluntad, de tal forma que por actos concluyentes e inequívocos se pueda inferir la actitud negocial del sujeto de derecho, como ocurre con las ventas por medio de máquinas tragamonedas o cuando alguien sube a un taxi que se encuentra es-

tacionando en un acopio sin que medie palabra alguna entre transportador y pasajero³.

Valor jurídico del silencio en relación con el consentimiento: el punto de partida es: ¿*el que calla otorga?* Tradicionalmente la doctrina ha discutido si es posible considerar al silencio como manifestación de la voluntad⁴, es decir, si se le puede admitir como consentimiento; a este respecto vale la pena señalar que el silencio no comporta declaración ni expresión de voluntad, por el contrario es una *omisión* de manifestación volitiva y por ello guardar silencio en general no produce efecto alguno. Sin embargo, el legislador de manera excepcional y expresa le otorga valor jurídico al silencio –por lo que es llamado silencio elocuente o circunstanciado– en eventos que por política legislativa se estiman de especial significación para el ordenamiento jurídico⁵. Ejemplo: todo acto de ejecución del mandato implica su asentimiento tácito –artículos 2149 y 2150 c.c.- y la aceptación implícita de la oferta con ocasión de un acto inequívoco de ejecución del contrato propuesto –artículo 854 C.Co.- (Alzate, 2009).

Con todo, vale la pena plantear el siguiente interrogante: ¿*puede el puro silencio*⁶ *ser considerado como una declaración constitutiva de un negocio jurídico?* Para dar res-

1 “Se alude específicamente a uno de los elementos de la voluntad, cual es la declaración, pues el solo querer o desear no es suficiente. Se requiere de la manifestación que hagan las partes, para que el consentimiento pueda formarse” (A.A.V.V. 2007, pág. 109).

2 Ver Ley 527 de 1999

3 En el mismo sentido, se puede afirmar que el lenguaje gestual es un insumo pertinente para exteriorizar la voluntad. Ejemplo: levantar el brazo en una subasta, recoger el periódico y dejar las monedas en el quiosco y pagar el pasaje de bus.

4 Al respecto resalta lo aseverado por el profesor Cifuentes: “para producir efectos, la voluntad a la cual la ley atribuye la virtud de configurar las relaciones jurídicas debe ser manifestada, pues la voluntad, como suceso psicológico interno, no es susceptible de conocimiento y sólo puede deducirse, con mayor o menor seguridad, de la conducta humana externa” (Cifuentes, 2004, pág. 73).

5 Otros modos de manifestación de la voluntad indican que “desde el punto de vista de las exigencias normativas añade la división en declaraciones de voluntad *formales* y *no formales*, y también el tipo especial de las *presumidas* por la ley” (Cifuentes, 2004, pág. 79).

6 “El silencio que interesa es el que puede producir o no los efectos de un acto en el campo del derecho, incluidos el acto voluntario lícito, el negocio jurídico, el acto ilícito y el doloso” (Cifuentes, 2004, pág. 89).

puesta se hace menester plantear teóricamente posibles soluciones:

- Teoría negativa: el que calla ni afirma ni niega -*qui tacet non utique fatetur*-. Quien guarda silencio no declara nada, toda vez que el silencio más que una declaración es una pretermisión de expresión volitiva.
- Teoría positiva: el que calla parece consentir -*qui tacet consentire videtur*-. El silencio constituye un tácito asentimiento o una implícita aquiescencia a lo declarado o manifestado por otro sujeto de derecho⁷.
- Teoría ecléctica: el silencio puede ser considerado como declaración de voluntad en aquellos casos en los que la buena fe impone un deber positivo de manifestación de rechazo. Así las cosas, hay relaciones jurídicas en las que el modo corriente de proceder comporta el deber de hablar, de manera que si el que puede y debe hablar no lo hace, se ha de reputar que consiente en el negocio jurídico con ocasión del principio de buena fe. Ejemplo: de conformidad con el artículo 2151 del Código Civil el *silencio* se mirará como aceptación.

Más allá de las teorías expuestas el asunto en comento no es pacífico⁸. Por el contrario, el silencio resulta problemático cuando se le considera como posible declaración de voluntad y por ello no se puede concebir una respuesta unívoca y general para todos los casos. La solución depende en toda hipótesis concreta de la axiología que haya de atribuirse a las circunstancias del supuesto de hecho de acuerdo con lo señalado en el

ordenamiento jurídico, con el principio de buena fe y con el sentido objetivo que razonablemente adquiera la conducta omisiva.

Discordancias entre la voluntad y su exteriorización: como ya se ha expresado, para que se *edifique* o *estructure* el consentimiento es imperioso que de manera ineluctable concurren voluntad y exteriorización; ésta última comporta la existencia de la voluntad psíquica y su contenido, “pero puede haber casos en los cuales no haya habido voluntad real de alguna de las partes, o de ambas, o en los que la declaración no haya traducido con fidelidad su contenido” (Vallejo, 1992, p.95).

En el mismo sentido, puede acaecer que por diversas circunstancias la voluntad carezca de seriedad y rectitud, o que haya una discordancia entre la expresión de la voluntad y lo realmente querido, o que se presente una disconformidad entre la voluntad interna individual y su manifestación, generándose situaciones que hacen aún más complejo el estudio del consentimiento como elemento de existencia y para lo cual se erigen la *reserva mental* y la *simulación* como instrumentos jurídicos para conjurar de manera inteligible el presente tópico:

La reserva mental: este instituto jurídico al cual la doctrina le niega toda eficacia jurídica “consiste en querer intencionalmente una cosa contraria a la que se manifiesta como deseada. “Debe existir una divergencia consciente entre la voluntad que se exterioriza y lo que realmente se quiere” (Valencia Zea, 1990, p.56).

7 En cuanto a los medios de manifestación positiva es dable afirmar que el consentimiento “puede resultar de un discurso pronunciado, o escrito, o también de un gesto” (Cifuentes, 2004, pág. 81).

8 “Por un lado la distinción entre manifestaciones *positivas* o *expresas*, que son estrictamente declaraciones de la voluntad, y *tácitas* o *comportamientos de hecho* (actos) que revelan la voluntad, además de las *presunciones* legales de manifestación” (Cifuentes, 2004, pág. 79).

Una manifestación de voluntad con reserva mental⁹ ha de ser una auténtica expresión de la misma, esto es, dotado de la apariencia de seriedad, pero en la cual uno de los sujetos de derecho piensa o quiere cosa distinta de la que aparece declarada ante el otro estipulante. Ejemplo: una persona que desea hacer una declaración negocial y la realiza pero sin querer sus efectos, lo cual implica una ambivalencia pues el sujeto quiere la declaración pero no quiere las consecuencias.

En cuanto a la reserva mental hay que indicar que en la actualidad su estudio es eminentemente teórico como quiera que “en forma unánime la doctrina proclama que carece de todo valor (...)”,¹⁰ pues la declaración de voluntad vale en la forma en que se da a conocer, y en ningún momento se admitirá al autor de la reserva la modificación del negocio jurídico so pretexto de una reticencia o reserva” (Valencia Zea, 1990, p.58).

La simulación: es aquella en virtud de la cual se gestan “discordancias voluntarias entre la voluntad real y la declarada; en los actos simulados ambas partes se ponen de acuerdo para decir una cosa y manifestar otra diferente” (Vallejo, 1992, p.95). La simulación consiste “en el *concierto* entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados” (Ospina & Ospina, 2000, p. 112).

En un sentido amplio puede afirmarse que la simulación es la declaración de una voluntad

no verdadera, lo cual se lleva a cabo con el fin de que nazca la apariencia de un negocio jurídico –artículo 1766 C.C.-. Como es obvio e indiscutible, en tratándose de un instituto jurídico tan polémico como es la simulación, tanto la jurisprudencia como la doctrina han propendido por proveer una definición que dé cuenta de su naturaleza y alcance; para tal efecto, se han erigido en el último tiempo dos teorías: la dualista y la monista.

Según la dualista, en la simulación se presentan y superponen dos contratos: uno real y otro ficticio. En la monista, que es la de más reciente acogida, en cambio, hay un solo acto pero con una doble expresión de voluntad: la oculta y cierta, por un lado, y, por el otro, la ostensible y pública, pero mentirosa (Castro, 2011, p.408).

En consecuencia, la simulación supone una expresión de voluntad no anhelada total o parcialmente en el mundo fenoménico, pero la cual se lleva a cabo para crear la apariencia externa de un negocio jurídico; no hay pues concordancia entre la voluntad interna y verdadera con su declaración exterior e inverosímil.

Elementos de la simulación:

- Divergencia querida y deliberadamente producida entre la voluntad y su manifestación.
- Acuerdo simulatorio¹¹ entre los agentes del negocio jurídico¹²: los sujetos de derecho convienen de modo vinculante

9 “Aparte del problema de divergencia entre la voluntad y la declaración, se presenta el de la falsedad civil de esta última, y también el de su alteración posterior, que es su falsificación” (Cifuentes, 2004, pág.113).

10 Las discordancias entre la voluntad y su exteriorización pueden ser voluntarias e involuntarias. “La discordancia voluntaria se da en la *reserva mental*, a la cual no se confiere efecto alguno, y en la *simulación* que se verá en el apartado siguiente” (Vallejo, 1992, pág. 95)

11 “Si no existe entendimiento –llamado acuerdo simulatorio, que los simulantes no solo celebran, sino ejecutan al “actuar” de un modo determinado para hacer absolutamente verosímil, frente al público, su declaración de voluntad negocial- no puede haber simulación, así una de las partes tenga la íntima pero unilateral convicción de que el contrato que en realidad quiere celebrar es otro” (Castro, 2011, pág. 421)

12 “En consecuencia, todas las partes deben acordar la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; no es suficiente que solo una de las partes establezca la disconformidad, pues en ese caso tendríamos reserva mental” (Valencia Zea, 1990, pág. 61).

que las declaraciones que emiten no son queridas en realidad¹³.

- El engaño a terceros extraños al negocio jurídico: quienes celebran el negocio jurídico deben mostrar una exterioridad disfrazada mediante una declaración que carece de contenido volitivo. Cabe resaltar que engañar es diferente a dañar y no implica necesariamente un obrar doloso, por lo que no toda simulación es ilícita; la simulación sancionada por el ordenamiento jurídico –postura de rechazo- es la que se dirige o tipifica como fraude a la ley o a terceros.

En armonía con los elementos que se acaban de elucubrar, consideramos que estamos en presencia de un negocio simulado “cuando las partes –al mismo tiempo que concluyen un *acto secreto* que contiene su verdadera voluntad contractual- presentan un *acto ostensible*, destinado a que lo conozca todo el mundo, pero que modifica el contenido del *acto secreto*” (Tamayo, 2004, p. 333).

Clases de simulación.

A este respecto, vale la pena esgrimir que ha sido la doctrina la que ha edificado las dos especies de simulación que a continuación se procede a exponer:

- Simulación absoluta: es una figura jurídica mediante la cual los sujetos de derecho aparentan celebrar un negocio jurídico que no han querido en ninguna de sus partes (Valencia Zea, 1990). También

se puede aseverar que es aquella en virtud de la cual se crea la apariencia de un negocio jurídico, al que en realidad no se quiso dar vida¹⁴. En esta clasificación, el acuerdo simulatorio está dirigido a crear una *fisonomía* a un negocio sin contenido real –por cuanto no se quiere su existencia-. Ejemplo: ventas de confianza, en las que el deudor transfiere aparentemente su derecho real de dominio para reducir su patrimonio; la suposición de deudas, con las cuales se busca aumentar el pasivo y desmejorar la posición crediticia de una persona desde el punto de vista financiero.

- Simulación relativa: consiste en que “los contratantes realmente han querido un determinado negocio pero ocultan su verdadera naturaleza, alterando su contenido o sus condiciones, o desviando la atención acerca de las personas entre quienes se realiza” (Valencia, 1990, p.64).

La simulación relativa es, pues, aquella por medio de la cual los contratantes concluyen un negocio verdadero el cual ocultan bajo una forma diversa, de manera que su verdadera naturaleza permanece secreta; en ésta simulación “sí existe algún contenido negocial, aunque (...) disimulado tras una falsa declaración pública”¹⁵. Ejemplo: cuando en una compraventa el precio *declarado* es menor al *real*, lo cual se realiza para efectos de eludir el pago de obligaciones tributarias; también se puede avizorar la simulación relativa en el evento que un tercero –que

13 En este punto conviene diferenciar la simulación –que requiere acuerdo de voluntades- de la reserva mental, de la cual se pregona lo siguiente: “Se requiere, además, que la divergencia entre la voluntad interna y la declarada sea obra de un contratante y no de ambos, pues toda reserva mental persigue engañar al otro contratante”. (Valencia Zea, 1990, pág. 57)

14 En la simulación “absoluta se crea la apariencia ficticia de un negocio desprovisto de contenido real, pues, de acuerdo con la verdadera voluntad de las partes, no se desea que produzca entre ellas efecto alguno” (Castro, 2011, pág. 408)

15 Puede gestarse la simulación relativa “bien sea respecto de la naturaleza o las condiciones de dicho contenido, o bien respecto de la identidad de los verdaderos partícipes en el negocio”. (Ospina & Ospina, 2000, pág. 112)

no tienen ningún interés negocial- celebra determinado negocio jurídico por otra persona –la cual sí tiene interés negocial- que no puede perfeccionarlo en razón de alguna inhabilidad negocial, lo que configura una situación *triangular* en tanto que aquel –testaferro u hombre de paja- despojado de todo interés en el negocio se obliga a transferir el bien a quien verdaderamente está afecto a recibirlo (Alzate, 2009).

Hipótesis constitutivas de simulación relativa:

- **En cuanto al contenido preceptivo del negocio jurídico:** la declaración en esencia no es ficticia, corresponde a un negocio realmente celebrado pero algunas de sus condiciones¹⁶ se alteran o adulteran en la declaración con fines diversos. Ejemplo: disminuir en la declaración el precio real del bien objeto de la compraventa para eludir el pago de impuestos (Ospina & Ospina, 2000, p. 112).
- **En cuanto a la naturaleza del negocio jurídico:** los sujetos de derecho celebran un negocio, pero, por cualquier razón, deciden disfrazarlo con la forma de otro distinto (Valencia Zea, 1990, p.64). Ejemplo: cuando al contrato de donación se le da el ropaje aparente de una compraventa.
- **En cuanto a la identidad de los estipulantes:** esta es una simulación por interposición de personas, con ocasión de la cual se finge la intervención de alguno de los contratantes o de ambos, haciendo intervenir aparentemente a otras personas –testaferros- que no son en realidad las

que celebran el negocio oculto. Se trata de una operación negocial *tripartita*, toda vez que se gesta mediante la interposición de un sujeto sin interés en el negocio, el cual recibe el nombre de interpósito ficticio -testaferro- y quien ostensiblemente ocupa uno de los extremos del negocio jurídico; esto ocurre “de ordinario, para eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes” (Ospina & Ospina, 2000, p. 113). Ejemplo: la compraventa entre padres e hijos de familia está prohibida, sin embargo, para soslayar la causal de nulidad se obra por medio de un testaferro quien obra públicamente a título de parte, cuando en realidad sólo está asumiendo el rol puente o enlace entre las partes reales.

Evolución doctrinaria y jurisprudencial de la simulación atendiendo a su naturaleza

- **Simulación-nulidad (1887-1935):** la simulación es una divergencia entre la voluntad real y la declaración y en tal sentido configura una causal de nulidad en el negocio jurídico. Lo anterior, no es de recibo en tanto que el Código Civil no estatuye que ello se erija como factor constitutivo de nulidad, “lo que ya de por sí excluye tal sanción, por ser esta de interpretación y aplicación restrictiva” (Ospina & Ospina, 2000, p. 117).
- **Teoría dualista (1935-1968):** la simulación implica la coexistencia de dos negocios jurídicos, uno real y oculto y otro simulado y aparente, por lo que debe declararse la prevalencia de aquel sobre este, sin perjuicio de terceros¹⁷.

16 Se está en presencia de esta simulación “cuando las partes encubren, no ya la naturaleza del negocio o las personas entre quienes se celebra, sino el contenido o condiciones del negocio, como cuando se estipula un precio más alto o más bajo del que realmente se conviene”. (Valencia Zea, 1990, pág. 65)

17 “La Corte concluyó que dicha figura implica la coexistencia de dos jurídicos completos, el *ostensible* y el *oculto*, y que la solución jurídica consistiría en declarar la prevalencia del segundo sobre el primero, sin perjuicio de terceros” (Ospina & Ospina 2000, pág. 121).

- **Teoría monista:** en la simulación no se presenta una dualidad de actos ni una discordancia entre voluntad y declaración, toda vez que hay una sola intención común -constitutiva o no de un negocio jurídico real- que se disfraza bajo una apariencia falsa.

La teoría monista admite que al existir un solo negocio el interesado debe solicitar la declaratoria de la existencia del negocio verdadero, que prevalece sobre el simulado que carece de efectos. Es la tesis últimamente aceptada por nuestra Corte Suprema en sentencia de mayo 19 de 1965.

Efectos de la declaración de simulación.

- **Entre las partes:** si se trata de simulación absoluta, la inexistencia del negocio simulado. Si se trata de simulación relativa, la inoponibilidad del acto simulado, prevaleciendo el acto secreto y real:

Así, descubierta la donación disfrazada de compraventa, las relaciones entre las partes deben regularse por las normas propias de la donación y no por las de compraventa, y si acaso se han llegado a producir situaciones de hecho ocasionadas por la simulación, como si el donante indebidamente ha logrado hacerse al pago del supuesto precio, tales situaciones deben ser destruidas retroactivamente (Ospina & Ospina, 2000, p. 127).

- **Frente a terceros de buena fe:** este tópico hace relación a sujetos que no conozcan el acuerdo simulatorio (Castro, 2011, p.426); por ejemplo acreedores quirografarios, causahabientes a título singular y herederos. Según lo que antecede “puede concluirse, a manera de principio general, que forman parte de dicha categoría todos aquellos que, sin haber participado directamente ni por procuración en la maniobra simu-

latoria, pueden resultar afectados por esta”, más allá de lo que reza el artículo 1766 del Código Civil: “Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros”.

En tal sentido, los terceros pueden elegir:

Simulación absoluta: la inexistencia del acto simulado o la inoponibilidad de tal inexistencia, pues el tercero de buena fe se puede atener a lo aparente, a lo público -la buena fe del tercero convierte a lo aparente en realidad-; en este último caso se trataría de una *prevalencia* del negocio aparente.

Simulación relativa: el tercero puede hacer prevalecer el acto aparente frente al oculto, pues el convenio secreto entre las partes le es inoponible; o puede también hacer prevalecer el negocio realmente celebrado, secreto u oculto, si el acto simulado y ostensible lo perjudica.

Adicionalmente, si existe conflicto de intereses entre los acreedores de una y otra parte -a unos les conviene la prevalencia del acto oculto y a otros la del aparente-, debe primar en todo caso la apariencia negocial.

Prueba de la simulación: “son admitidos todos los medios de prueba establecidos por la ley, por cuanto la simulación es un hecho” (Alzate, 2009, p.157).

Tanto las partes como los terceros pueden acudir a la prueba testimonial o a la del indicio fundado en aquélla y, en general, a todos los medios de prueba para acreditar la simulación. Pero indiscutiblemente como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la

prueba reina en materia de simulación es el *indicio*¹⁸.

En tal sentido, los principales indicios son los siguientes:

- El parentesco o íntima amistad entre los contratantes.
- La carencia de medios económicos en el adquirente.
- Un motivo justificado para simular -inminencia de embargo-
- El bajo precio.
- Las relaciones entre el patrimonio del enajenante y el adquirente.
- La despatrimonialización súbita del acreedor.
- La no ejecución del contrato -*retentio possessionis*-.
- La falta de justificación del destino dado al precio.

La simulación y su término de prescripción: tanto en la simulación absoluta como en la simulación relativa, la prescripción es de diez (10) años, contados a partir del momento en el cual se celebró el negocio simulado.

Conclusiones

En la simulación absoluta, dado que la voluntad real de las partes es la de no producir ninguna transformación cierta en el mundo jurídico, el único compromiso asumido por los simulantes es el de celebrar los negocios jurídicos imperiosos para suprimir la falsa apariencia que han creado; lo anterior, a efecto de dejar las cosas en el *statu quo ante*

al fingimiento simulatorio. Por el contrario en la simulación relativa, no es suficiente que los otorgantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que también se hace menester que convengan los términos y condiciones del otro negocio jurídico que es el que verdaderamente anhelan y cuyas consecuencias están destinadas a producirse a cabalidad; ello a pesar de que exteriormente los efectos que aparezcan producidos sean los inherentes a la declaración pública y ostensible.

En la simulación absoluta el interés de los estipulantes gravita en torno a la creación ficta contenida en la declaración ostensible –sin voluntad alguna de carácter negocial-; mientras que en la relativa, el interés de aquellos se encuentra concentrado primordialmente en el negocio que recae en la declaración privada.

En la simulación absoluta la declaración privada ostenta un propósito enteramente negativo, toda vez que propende por neutralizar o dar por inexistente entre los simulantes la declaración aparente; por su parte, en la simulación relativa la declaración oculta constituye un vínculo jurídico de carácter positivo, por cuanto procura crear derechos y obligaciones entre las partes.

Finalmente, “si la simulación es relativa, el único negocio jurídico existente será el que las partes deciden mantener en la intimidad; por el contrario, si ella es absoluta, no habrá nacido a la vida del derecho convención alguna, sino la prueba de la misma, que frente a las partes resulta ineficaz” (Castro, 2011, p.410).

Corolario de lo expuesto hace inferir que en relación con la simulación, la actividad legis-

18 “(Sentencia del Doctor Rafael Romero Sierra de la Sala de Casación Civil de junio 11 de 1991)” (León 2010, pág. 107-108)

lativa ha sido mínima, la jurisprudencial profusa y la doctrinal prolija, lo que da cuenta del significativo aporte de estas dos últimas al instituto jurídico simulatorio; fenómeno que tradicionalmente ha sido vituperado y estigmatizado bajo el ropaje del ardid y la argucia, pero que en ciertos casos puede dirigirse a actuaciones no sólo legales sino también congruentes y ajustadas a la ética.

Referencias

- Álzate H., C. (2009). *Fundamentos del Contrato*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez
- Bianca, M., F. H. & Édgar C., (2007). *Derecho civil, 3 el contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Castro de C., M. (2011). *Derecho de las Obligaciones*.T.1. Bogotá: Editorial. Universidad de los Andes; Temis S.A.
- Cifuentes, S. (2004). *Negocio jurídico*. 2. Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Colombia. Congreso de la República (1999). Ley 527. Reglamentación del uso y del acceso de datos, comercio electrónico y firmas digitales. Bogotá
- Diccionario de la Lengua Española. (2001). Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A. Vigésima Segunda Edición, p. 629.
- León M., W. F. (2010). *Derecho obligacional*. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Ortiz M., A. (2007). *Los Contratos en el Derecho Privado. Artículo: Consentimiento*. Bogotá: Editorial Legis
- Ospina F., G. y Ospina A., E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 6. Ed. Bogotá: Editorial Temis
- Tamayo L., A. (2004). *Manual de obligaciones Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. 6 ed. Bogotá: Editorial Temis
- Valencia Z., A. (1990). *Derecho Civil Tomo III, De las obligaciones*. 8. Ed. Bogotá: Editorial Temis,
- Vallejo M., J. (1992). *Manual de Obligaciones*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica Diké,