

# **LA SIMULACIÓN EN LOS ACTOS JURÍDICOS; ¿CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE LA SIMULACIÓN ES NULIDAD O INEXISTENCIA?**

**AUTORA:** Deisy Joana Ramírez Montoya

Estudiante de pregrado Universidad Pontificia Bolivariana

**Deisy Ramírez Montoya:** Egresada del colegio Liceo Salazar Y Herrera, estudiante de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Medellín y actualmente interesada en el área de derecho Civil.

Artículo para optar al grado de abogado, asesorado por el Dr. Hernán Vélez Vélez; realizado en el marco de la práctica corporativa.

## **Información sobre la investigación:**

Gracias al acercamiento que tuve en mi práctica corporativa al tema del litigio y en especial a casos específicos que fueron llevados, decidí analizar una problemática que fue encontrada en el transcurso de los procesos y profundizar en esta.

**Información de contacto:** [daisyjohanar@hotmail.com](mailto:daisyjohanar@hotmail.com)

## **RESUMEN**

El presente artículo de grado se podrá encontrar un análisis general correspondiente a la simulación en los actos jurídicos. Se analizan en el desarrollo de éste, pronunciamientos de la Corte Suprema De Justicia, de la Corte Constitucional y diferentes conceptos de doctrinantes en los cuales se establece la importancia social y jurídica de la Simulación en los actos jurídicos.

La simulación es en pocas palabras, un acuerdo entre dos o más personas para fingir jurídicamente la existencia de un negocio, o de sus elementos. Ésta tendrá una clasificación doble, esto es, simulación absoluta y simulación relativa; la primera consistirá en crear la apariencia engañosa de un negocio sin contenido real, ya que la intención de los partícipes está llamado a no producir entre ellos efecto alguno; y la segunda consiste en que a diferencia de la ya expuesta, si existe un negocio, pero ocultado o disimulado tras una declaración pública distinta, disfrazada.

Con todo, en este artículo se encontrará un especial énfasis a una problemática que se ha presentando por parte de los enjuiciadores del país, consistente en una confusión sobre como se debe sancionar la misma simulación. En efecto, nos preguntamos el acto jurídico simulado, devendrá inexistencia o nulo de nulidad absoluta.

**PALABRAS CLAVE:** simulación, simulación absoluta, simulación relativa, acto jurídico, sanción del acto jurídico, nulidad, inexistencia, efectos jurídicos, buena fe, contrato, voluntad real.

## INTRODUCCIÓN

El motivo que me impulsó a estudiar la simulación y dar desarrollo al presente artículo fue principalmente la importancia del mismo en el mundo jurídico y por la trascendencia que puede implicar la realización de este tipo de actos, puesto que se creería la más de las veces que la voluntad expresada por las partes en un negocio es que se refleje de forma fehaciente el deseo de los contratantes. Además de lo anterior, y teniendo en cuenta que durante mi práctica corporativa tuve un contacto directo con el litigio, en el que pude evidenciar muchos procesos, analizarlos, ver su desarrollo a lo largo del tiempo y evidenciar muchas problemáticas, entre ellas, una muy particular y fue que en un par de procesos de simulación absoluta me encontré con diferentes pretensiones y por lo tanto, declaraciones de los mismos, situación bastante particular porque creeríamos que frente a una situación jurídica similar se buscaría un mismo resultado.

Pues bien, para mayor claridad de lo anterior haré un pequeño resumen de los procesos:

1. Juzgado Segundo Civil Del Circuito De Itagüí, identificado con radicado: 053603103002-2003-00305-00. Negibia Gutiérrez Gutierrez Vs Carlos Eduardo Betancur y otros. En este proceso, se actuó como parte demandada, en donde la demandante pretendía declarar la simulación absoluta y subsidiariamente la **nulidad absoluta** de la constitución de la sociedad Telas y Procesos SCA, puesto que se consideraba que la misma se creó con un fin defraudatorio a terceros, concretamente la acreencia de la parte demandante. En este proceso, el

juez determinó que con la demanda no se demostró los elementos estructurales de la simulación y declaró la prosperidad de la excepción propuesta por los resistentes denominada “ausencia de los elementos legales para la acción de simulación”. (actualmente se encuentra en apelación en el Tribunal Superior De Medellín Sala Civil)

2. Juzgado 6 Civil De Circuito De Oralidad De La Ciudad De Medellín, identificado con radicado: 050013105-006-2014-00586-00. Marta Elena Penagos Flórez Vs Carlos Julio Duque y otro. En este proceso, se actuó como parte demandante y se solicitó que fuera declarada la simulación absoluta y subsidiariamente la **inexistencia** de los actos realizados, toda vez que el demandado con el objetivo de evitar el pago de una deuda decidió realizar la simulación de una compraventa con sus hijos, insolventarse eludir la anterior. En este proceso se logró demostrar tal intención y se declaró la simulación absoluta de los actos celebrados y por lo tanto la inexistencia de los mismos.

Como podemos ver, son dos procesos en los cuales se solicita sea declarada la simulación absoluta, en uno subsidiariamente nulidad absoluta de los actos realizado y en otro la inexistencia, con lo cual, es necesario preguntarse ¿LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE LA SIMULACIÓN ES LA NULIDAD ABSOLUTA O LA INEXISTENCIA?

Para abordar el tema, es pertinente primero realizar una explicación general de la simulación, su clasificación, qué requisitos son necesarios para su declararla, y sin

necesidad en detenerme en otra cantidad de aspectos que nos ofrece este tema, pretendo, una vez claro lo anterior, proceder a desarrollar la problemática que se ha presentando con su sanción y los efectos de la misma, y finalmente las consecuencias de esto.

En definitiva, si bien la doctrina y la jurisprudencia de tiempo atrás se ha pronunciado y manifestado innumerable veces sobre la Teoría de la Simulación, definido sus características o requisitos, las maneras en las que se debe intentar la acción de simulación y los efectos de la misma, lo claro, es que este discurso no ha sido pacífico creando confusiones en los operadores jurídicos. Por lo tanto, considero pertinente un estudio de ésta con el objetivo de clarificar el porqué de ciertas creencias y exponer la situación que nos ilustra hoy en día la jurisprudencia.

## 1. LA SIMULACIÓN

### 1.1 Concepto y Clasificación

La palabra simulación etimológicamente viene del latín “simulare” que quiere decir semejante. En sentido gramatical simular significa presentar una cosa fingiendo o imitando lo que no es “hacer aparentar lo que no es real como tal”.

La simulación según el diccionario de la Real Academia Española consiste en “la alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato” (Española, Diccionario De La Lengua, 2016) .

Esta es una figura la cual ha sido objeto de infinidad de opiniones, conceptos, apreciaciones y demás pero una de las definiciones que nos puede aproximar a un entendimiento de esta es la siguiente:

Esta figura específica de la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo), consistente en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que está no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada,

con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero (Guillermo & Eduardo, 2009, p.112).

Entonces, básicamente esta figura consiste en un acuerdo que realizan dos o más personas en un determinado negocio jurídico o alguno de los elementos que este lo compone, con el fin de crear en terceros una apariencia de haberse realizado cuando el realidad contraría el fin del acto jurídico concreto.

La doctrina al respecto ha tenido una gran cantidad de opiniones, especialmente la francesa, en donde se ha considerado que en la simulación existen dos actos jurídicos que se superponen, en donde cada uno de estos se encuentra dotando de sus elementos propios, esto es, la voluntad y la respectiva declaración de ella. (Fernández G. O., 2008)

Así, en la compraventa ficticia existirían este contrato en forma aparente y otro acto oculto que le restaría a aquel toda su eficacia; y en la donación disfrazada de compraventa también se ofrecerían dos contratos superpuestos: la compraventa aparente y la donación real. En ambos casos la acción de simulación se orientaría a la declaración de la prevalencia del acto oculto sobre el aparente. (Fernández G. O., 2008)

La doctrina moderna habla de una *Teoría monista*, esto es, tiende a considerar que en la simulación no se dan dos actos jurídicos distintos sino uno solo, en el cual, bien sea que los contratantes tengan la intención de aparentar un acto totalmente ficticio

y, a la vez, privarlo de eficacia , o bien puede ser que la intención sea de celebrar un contrato real, pero disfrazándolo con un ropaje de otro distinto, solo se va reflejar una divergencia, no en la voluntad de los agentes, sino únicamente en la declaración de estos. (Guillermo & Eduardo, 2008, p.191)

Entonces, esta teoría descarta en la simulación la dualidad de actos jurídicos diferentes, el objeto de la acción de simulación, sería entonces el de desentrañar y hacer prevalecer esa voluntad real sobre el disfraz de su declaración aparente, con lo cual dicho objeto responde a la tradición latina que manda preferir la real intención de los agentes sobre la declaración que ha sido dada en ella.

Se creería entonces, a primer análisis que la simulación es siempre fraudulenta, esto es, siempre guarda intención de causar algún tipo de daño a otra persona o más bien a la otra parte en un negocio jurídico, y por ende debería ser siempre moral y jurídicamente condenable.

Al respecto la Corte ha dicho:

La simulación no es un mecanismo ingenuo, tiene efectos graves y nocivos. Las más de las veces, sin desconocerlos, no engendra comportamientos punibles a su alrededor; predicar que siempre que se descubra un acto simulado constituye crimen sancionable penalmente, sería grave error e injusticia.

Detrás de los negocios jurídicos fingidos pueden aparecer propósitos para beneficiar a uno o más herederos o a terceros, en perjuicio de los demás y de

extraños. Empero, puede escenificarse el acto enmascarado para afectar cónyuges, compañeros, trabajadores, acreedores fiscales, al propio Estado, a asignatarios forzosos, inclusive para encubrir un cúmulo de operaciones delictivas. A veces se crean verdaderas pantomimas para defraudar. Se dona por medio de compraventas para disminuir impuestos, se celebran actos jurídicos vacuos para camuflar disímiles relaciones jurídicas, se constituyen sociedades de papel para trasladar patrimonios fictamente. La mayoría de las veces se afecta la prenda general de los acreedores. Por ejemplo, en las sociedades, se surten inimaginables operaciones con los socios, con los aportes o con el objeto social; con los primeros, para incluir testaferros o para esconder los verdaderos, etc.; con los aportes para encubrir o trasladar fortunas, o se los inventa para contratar o licitar y de ese modo defraudar a particulares o a entidades públicas; a la mano puede hallarse el lavado o el blanqueo de capitales, el simple traslado de bienes para afectar acreedores; en el objeto social, comportamientos punibles pueden estar recubiertos bajo una presunta legalidad, acudiendo a intrincadas triangulaciones. Pitufeos (smurfing), sociedades de fachada (Shell company), doble facturación, subfacturación, garantías simuladas, créditos ficticios, y testaferrato, compras de cartera, cesiones inexistentes, etc., son, entre otras, manifestaciones ilícitas de simulación. Esto explica, el porqué en el marco jurídico contemporáneo el derecho societario haya avanzado desde la simulación y de las acciones revocatorias en la búsqueda de instrumentos eficaces para prevenir esos abusos, como por ejemplo, la teoría del “levantamiento del velo” (to lift the veil) o la acción “disregard of the legal entity” (hacer caso omiso o

desestimar la personalidad jurídica de la entidad o desestimación de la limitación de la responsabilidad), cuya génesis legal se halla en el derecho norteamericano.

(Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil, 2015)

Pues bien, teniendo en cuenta que las partes que contratan no siempre disimulan del mismo modo, se habla de dos clases de simulación: la simulación absoluta y la simulación relativa.

#### 1.1.1 Simulación Absoluta:

Esta se produce cuando entre las partes hay un propósito fundamental, esto es, los partícipes se encaminan a crear una apariencia engañosa de un negocio superficial, sin un contenido real, por lo tanto el objetivo común de las partes es no producir entre ellos ninguno de los efectos jurídicos simulados. Ejemplos típicos de esta modalidad son: el de las ventas de confianza, como la que el deudor le hace a otro para disminuir sus activos patrimoniales, sustrayendo de la persecución de sus acreedores el bien o bienes materia del negocio ficticio; y el de la suposición de deudas que aumenten el pasivo y así desmejoren la posición que en el concurso de acreedores tendría quienes lo son en verdad (Guillermo & Eduardo, 2009, p.112) .

### 1.1.2 Simulación Relativa:

Con oposición a la figura antes expuesta, se proponen varias formas en las que la simulación es relativa, ya que en esta sí existe un contenido negocial, aunque ocultado o disimulado tras una falsa declaración pública, 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.

#### 1.1.2.1 La simulación en cuanto a las condiciones del negocio jurídico:

Esta básicamente consiste en que la declaración que hacen los partícipes para el público no es ficticia, corresponde entonces a un negocio realmente convenido, pero las condiciones de este se adulteran con fines diversos. Ejemplo: cuando el precio de la compraventa se disminuye para eludir el pago de impuestos que serían más gravosos de declararse el precio verdadero.

#### 1.1.2.2 La simulación en cuanto a la naturaleza del negocio:

Los partícipes acuerdan celebrar cierta convención; pero, por cualquier razón, deciden disfrazarla con el ropaje propio de otro negocio distinto. Ejemplo: a la donación se le da la forma aparente de una compraventa.

### 1.1.2.3 La simulación en cuanto a la identidad de las partes:

Este tipo de simulación pretende de alguna forma eludir prohibiciones legales tocantes con la capacidad de las partes, entonces en esta se forma una relación por así decirlo triangular, en la que se da la interposición de un tercero, quien sin tener interés en el negocio, se presta a desviar los efectos de este, primeramente hacia sí, para luego trasladárselos, mediante otro acto, a quien verdaderamente está llamado a recibirlo.

Al respecto la doctrina se ha manifestado y ha dicho que la interposición de persona tiene lugar cuando queda oculta la participación de una de las partes en el negocio, remplazando su intervención por la de otra persona.

Existen dos tipos de interposición: la simulada y la real; en la primera se produce la intervención de no menos de tres sujetos, denominados interponente, persona interpuesta y verdadero destinatario, configurándose un acuerdo simulatorio entre ellas, elemento que la diferencia de la interposición real, en la cual la persona interpuesta cumple con los requisitos necesarios para la formalización, mientras que en la real el interpuesto no adquiere ningún derecho ni obligación, habiendo sido ello establecido previamente por las partes restantes.

(Orsini, 2012, p. PENDIENTE)

La distinción entre la interposición simulada y la real se encuentra en que la primera surge de la voluntad de las partes de crear una apariencia ficticia de realidad que pueda desaparecer una vez que se conozca el acto simulado, y en la segunda el intermediario es el que recibe la obligación de restituir los bienes posteriormente.

La interposición de persona sí representa una figura de simulación relativa y por consiguiente es sancionada como tal; sin embargo, esta debe ser diferenciada de la interposición real, la cual puede realizarse sin el conocimiento de la contraparte de la persona interpuesta (destinatario final), desempeñando el papel de "prestanombres", al contrario de la interposición simulada, en la que las partes acuerdan su realización. (Rivera, 1994)

## **2. REQUISITOS DE LA SIMULACIÓN:**

### **2.1 La diversidad entre la voluntad y su declaración pública:**

Presente tanto en la simulación absoluta como en la relativa. En la primera al crear una ficción de cara a terceros, cuando realmente no pretendían alteración alguna de ciertas situaciones, como en las ventas de confianza, donde el objeto es burlar el interés crediticio del acreedor.

Al paso que en la simulación relativa, lo que ocurre es el recubrimiento de un acto jurídico con un ropaje que no le corresponde, es decir, existe negocio pero presentado de diferente manera. Un ejemplo de ello, se puede evidenciar cuando una donación se presenta como una compraventa, o cuando existiendo compraventa, son unas las condiciones enseñadas a terceros y otras las que rigen internamente a las partes.

Es pues imprescindible para que exista simulación, bien absoluta o bien sea relativa, que la declaración pública difiera de la voluntad real de los agentes, que es la llamada a regular las relaciones.

## 2.2 El concierto simulatorio:

Para que se edifique la simulación se hace necesario el acuerdo de voluntades con tal finalidad. En consecuencia, como lo explica Guillermo & Eduardo (2009)

Aunque se presente una discrepancia entre la declaración pública de los agentes y la voluntad real de estos o de cualquiera de ellos, tampoco se estructura la simulación si dichos agentes no han celebrado un acuerdo privado, previo o coetáneo de la declaración pública y encaminado, bien sea a privar a esta de todo efecto jurídico, o bien a modificar su naturaleza o sus condiciones, o bien a desviar la eficacia del acto por conducto del interpósito o testaferro. Con otras palabras: la simulación presupone siempre la connivencia entre quienes han participado en ella.(p.114)

Sin la confabulación o acuerdo simulatorio quedaría entonces sin soporte o más bien, podemos decir que queda descartada la simulación.

### 2.3 El engaño a terceros:

“Si simular es aparentar lo que no es, carece de sentido calificar de simulada una actuación que nada oculta a nadie.” (Ospina Fernández; Ospina Acosta, 2008, p.115)

La existencia del elemento subjetivo, ánimo de engañar a terceros es determinante, sin ello no hay simulación. Cuando celebrado el negocio no se entrevé ese fraude o con antelación a la celebración tampoco o al momento de su perfeccionamiento, no hay simulación.

Asimismo, la hay cuando una de las partes una vez celebrado el negocio pretenden privarle de sus efectos, mutuo disenso.

Puede entonces concebirse como necesario el propósito de engañar a terceros. Ahora, es una finalidad engañar, que requiere de una materialización, lograr el engaño, pues de lo contrario el mero propósito sin el resultado propuesto tampoco edifica la simulación.

Ahora, debe ponderarse el engaño a terceros en relación con la naturaleza del interés del tercero, es así como no podrá pretender afirmar un engaño aquél tercero que advierte un negocio simulado cuando su acreencia es ínfima u ostensiblemente inferior a la negociación tachada de simulada, es decir, por un

acreencia en un millón de pesos no podría considerarse un ánimo de engaño en una negociación de cien millones de pesos, no guarda entonces, proporcionalidad alguna.

### **3. DECLARACIÓN DE LA SIMULACIÓN. ¿La *consecuencia jurídica de la declaración de simulación, es nulidad o inexistencia?***

A lo largo de los años se han generado diferentes tesis las cuales buscan ilustrar el camino con el cual debe culminar cada proceso que busca la declaración de la simulación, generándose así un conflicto, que es importante esclarecer, que se gesta únicamente con la declaración de la simulación absoluta, ya que frente a la simulación relativa este no es tan difuso.

Para poder entender el génesis de esta problemática en la que incurren cierto grupo de jueces y abogados de nuestro país, primero nos tenemos que trasladar al período del derecho intermedio europeo, en el cual se consideró que la simulación, a lo menos la absoluta, constituiría una causal de nulidad, ya que, dicha figura se tildó de fraudulenta, a lo que agregó que en ella faltarían dos requisitos indispensables en todo acto jurídico: el consentimiento y la causa. Inclusive legislaciones modernas, como el del Código Civil Italiano de 1942, y autores recientes sustentan esta teoría, apoyándose principalmente en argumentos como los que se acaban de exponer (Ferrara, 1960).

Ahora bien, en nuestro derecho Colombiano con una posición muy similar a la mayoría de los sistemas latinos, la simulación ha sido una construcción doctrinaria y jurisprudencial, a falta de una reglamentación positiva. La Corte Suprema de Justicia hasta el año 1935 acogió la tesis mencionada, entonces, dicha corporación dictaminaba refiriéndose a las ventas de confianza, que aunque nuestro Código Civil no contiene disposición especial que erija la simulación en motivo de nulidad, los principios generales impondrían esta sanción en el grado de nulidad absoluta.

*Si en el contrato de compraventa las partes declaran una farsa, porque no hubo precio ni intención de transferir el dominio a fin de perjudicar a un tercero, es claro que este contrato carece de causa y se consentimiento por faltar los elementos que lo constituyen e integran; esto es nulo por simulación”.* (Ferrara, 1960, citado por Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2009, p117).

Pues bien, al respecto hay muchas cosas que decir, ya que nuestro Código Civil, a diferencia de otros que han reglamentado la simulación, no establece que la sanción sea la nulidad, lo que ya nos debe hacer excluir esta sanción, ya que como muy bien sabemos es de aplicación restrictiva. De igual forma, es inexacto decir que, conforme a los principios generales la falta de cualquier requisito de un acto jurídico genere nulidad de éste, afirmación que implica la confusión, en que también incurrió la Corte, entre los requisitos de existencia y de validez de los actos jurídicos. En efecto, y toda vez que tenemos de referencia un modelo

francés, nuestro Código enumera indiscriminadamente y en forma incompleta estas dos clases de requisitos (Guillermo & Eduardo, 2009)

Para claridad de lo anterior, tenemos que dirigirnos a nuestro Código Civil y entender lo siguiente: El artículo 1502 enumera, como requisitos generales, la capacidad legal, el consentimiento sano, el objeto lícito y la causal lícita. De otro lado, el Código se cuida de precisar cuáles de tales requisitos lo son para la validez del acto, y por ello sancionarlos con la nulidad del mismo. Entonces, el artículo 1741 en desarrollo del artículo 1740, sanciona con nulidad absoluta el objeto y la causa ilícita, la omisión de algún requisito de formalidad exigida para la validez de ciertos actos en consideración a la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta de los agentes. La ausencia de otros requisitos para la validez, que sería la incapacidad relativa de los agentes, vicios de la voluntad se encuentran sancionados con nulidad relativa.

Pero entonces, es importante mirar cual es la posición que tiene nuestro Código Civil respecto de la ausencia del objeto o de la causa, del consentimiento o el incumplimiento de un formalidad solemne en su integridad. La respuesta de lo anterior la podemos encontrar en el artículo 1501, que va a realizar una clasificación de los elementos esenciales de los actos jurídicos, los que son de su naturaleza y los que son accidentales. En lo referente a los primeros, dice que son *“aquellos sin los cuales el acto, no produce efecto alguno, o degenera en otro acto diferente”*. Viendo lo anterior entonces podemos decir que a nadie se le

puede ocurrir que puede existir una acto sin voluntad o consentimiento, o sin objeto; o la forma prescrita por la ley, supuesto este último en que, conforme al artículo 1500, el acto no se perfecciona ni produciría efecto civil alguno; o sin causa, contenida en el artículo 1524 como “*el motivo que induce al acto o contrato*”, pues no se puede concebir ningún acto humano ni jurídico que carezca de móviles o motivos determinantes de su realización.

Por lo anterior, no se puede afirmar como en su momento lo hizo la Corte Suprema de Justicia, que nuestro Código Civil hubiese ignorado la inexistencia de los actos jurídicos y que la hubiese asimilado a la nulidad, establecida únicamente respecto a la falta de los requisitos para el valor de aquellos.

Teniendo ya una claridad de esta discusión o postura que se dio en el pasado y que como podemos ver ha creado gran influencia en la práctica hoy en día, es importante entonces analizar u observar cuales serían los efectos que se generarían con la declaración de la simulación.

## 4. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN

### 4.1 Efectos generales

Los efectos de la simulación dependerán sin duda alguna de la especie de simulación que se declare. Por lo tanto, entre la simulación absoluta acarrea indiscutiblemente a que todo el negocio desaparezca del mundo jurídico toda vez que “la simulación absoluta, *per se*, envuelve **la inexistencia del negocio jurídico aparente**, *per differentiam*, la simulación relativa, presupone la ineludible existencia de un acto dispositivo diferente al aparente” (Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y Agraria, 2009). De manera pues, que en ésta sólo se disuelve lo ficticio y queda en pie lo que las partes realmente quisieron celebrar.

El juez que lo declare deberá ordenar las restituciones mutuas y la glosa en el caso de las escrituras públicas que contenta el acto simulado para revelar ante los terceros la realidad que enmascaraba dicha relación.

Así mismo, es lógico que una vez sea revelada la simulación, no hay una razón jurídica que justifique que aquel quien fue un propietario aparente, continúe reteniendo bienes ajenos, por lo cual es pertinente e indiscutible devolver las cosas al estado anterior o, de ser imposible, restituirlas, por ejemplo los derechos de los acreedores defraudados con la simulación.

En este sentido, el Código Civil en la norma que constituye el fundamento legal de la teoría de simulación, desarrollada vía jurisprudencial desde 1935 que dice lo siguiente:

**“ARTICULO 1766. SIMULACION.** *Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.*

*Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”*

La Corte Constitucional, al declarar la constitucionalidad de esta norma, no solamente descartó la supuesta vulneración o afectación al principio de buena fe que se encuentra consagrado en el artículo 83 de La Constitución Política de Colombia, que además abordó el principal problema de este fenómeno que radica en determinar la eficacia que debe otorgársele al secreto del acuerdo simulatorio frente al ostensible. Se concluyó entonces, que resultaba ajustado a toda lógica que los efectos de lo acordado en términos modificatorios de un acuerdo inicial sólo afectarán a las partes de tal acuerdo, que evidentemente no querían seguirse rigiendo por el contrato inicial. Y consideró que no podía tener efectos contra terceros sino sólo a favor de estos, precisamente para atajar esta modalidad de simulación por acto posterior secreto, para materializar el

principio de buena fe y para proteger a los terceros ajenos al acuerdo contenido en documento privado, que en virtud de la modalidad escogida por quienes lo suscriben se torna desconocido para los primeros. Lo contrario implicaría dejar abierta la puerta a la interpretación subjetiva de los aspectos inherentes a las obligaciones civiles y comerciales en cuanto tocan con los terceros, con el consecuente impacto en la economía procesal (Corte Constitucional, 2004).

Por lo anterior, la Corte Constitucional acogió la postura jurisprudencial consistente en que los terceros pueden acudir a la declaración hecha en la escritura pública o a lo pactado por los contratantes en la contraescritura, según la conveniencia.

#### 4.2 Simulación y nulidad

Es ya claro a estas alturas, que la voluntad por sí sola no basta para generar efectos jurídicos, y el ordenamiento jurídico protege sólo las determinaciones serias de voluntad manifestadas de buena fe y con un interés lícito. Por ello, la simulación absoluta que conlleva la inexistencia del acto jurídico, es excluyente por incompatible con una declaración de nulidad, situación que no se puede predicar de un mismo acto dispositivo que es simultáneamente inexistente e inválido. (Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y Agraria, 2009) Esto es, en esta se hace creer por parte de los simuladores una situación que pretende engañar a un público, con el entendido de que entre ellos no habrán de

producirse los efectos simulados. En consecuencia de lo anterior, una vez descubierta la simulación hay que concluir que esta fue inepta para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho entre las partes. Así por ejemplo comprobada la venta de confianza, se debe declarar que tal contrato es inexistente, que no genere obligaciones para el supuesto comprador o supuesto vendedor y por lo tanto, en caso tal de que se hubiese generado algo, deben ser estas desechadas y por vía retroactiva todo vuelva a su estado inicial.

Ahora bien, no ocurre lo mismo en el caso de la simulación relativa, en la que sí existe un negocio vedado que, de no cumplir los requisitos legales de validez, debe anularse. En esta, la conclusión lógica que se impone es diferente, esto es, si existe un acto jurídico, dotado de un consentimiento encaminado directa y reflexivamente a producir los efectos propios de dicho acto. Una vez descubierto, ese acto existente pero disimulado, debe producir entre las partes la plenitud de los efectos pertinentes a su esencia y a su naturaleza, a menos que esté efectuado por un vicio que lo condene a **la ineficacia**, la cual ya tiene que ser objeto de una declaración distinta de la simulación y provocada por el ejercicio de una acción, proferida de oficio por el juez. Por lo tanto, por ejemplo una vez 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 la compraventa, y si acaso se han llegado a producir situaciones de hecho ocasionadas por la simulación, como si el donante indebidamente ha logrado

hacerse el pago del supuesto precio, tales situaciones deben ser destruidas retroactivamente (Ospina Fernández; Ospina Acosta, 2009).

Dicho lo anterior, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, los conceptos de simulación y nulidad hoy en día se encuentran claramente diferenciados: mientras que en la primera no existe vicio alguno en el negocio jurídico, en la nulidad, en cambio, la voluntad de las partes persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho. (Agraria, Corte Suprema De Justicia Sala Casación Civil y, 1951)

#### 4.3 Efectos de la simulación cuando hay terceros de buena fe

Con todo lo anterior, es vital realizar la aclaración que en algunas ocasiones, pese a que se observen claramente los elementos que configuran la simulación, el juez debe denegar las pretensiones si encuentra que de aniquilarse la venta simulada y disponerse la consiguiente anotación en el protocolo y el registro, se vulnerarían los derechos de los terceros que contrataron con el sedicente comprador. Es decir, los acreedores del comprador simulado y propietario aparente, por ser terceros, y de buena fe exenta de culpa, no pueden ser alcanzados por los efectos de la simulación absoluta. (Agraria, Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y, 2006)

Estos terceros pueden en cambio, invocar la mera apariencia que los motivó a realizar su actuar de buena fe para así obtener la protección que en primera medida les ha dado el ordenamiento jurídico, con el fin de tener un cuidado o amparo de la permanencia de sus transacciones y brindarle un la seguridad jurídica.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto: lo aparente no está llamado a generar efecto alguno entre las partes y, frente a terceros, in casu, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre éstos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien actuó de buena fe con base en la apariencia en preservación de ésta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales (Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y Agraria, 2008).

De manera que, es importante aclarar que dichos terceros quedarán sometidos a las consecuencias derivadas de la inexistencia del acto absolutamente simulado, al igual que de la declaración de nulidad; esto es, las restituciones a que hubiere lugar, además que quedan sometidos a consecuencias de la declaración de la simulación relativa, o sea, que deben atenderse a los efectos del acto simulado.

En definitiva, los terceros que a falta de buena fe, no merezcan protección jurídica, pierden la opción de acogerse a la declaración aparente, con

todas las secuelas que esta pérdida derivan. (Ospina Fernández; Ospina Acosta, 2008, p117)

## 5. CONCLUSIONES

Se puede apreciar entonces que a través de lo expuesto, que tanto la jurisprudencia como la doctrina hoy en día es muy pacífica en su opinión, diferente a lo que se presentó en el pasado, y se considera que es más que superado la discusión, se diría más bien que incurrir en una pretensión o declaración de nulidad absoluta de un acto con simulación absoluta sería caer en un error ambiguo y falta de técnica jurídica.

Pero aún más importante es que, cualquiera sea la denominación que el actor emplee para designar el objeto de su pretensión, le corresponderá al juez, quién es la cabeza encargada de interpretar prudentemente la demanda y calificar dicha pretensión. Por lo tanto, no importa que el actor implore una declaración de nulidad o de inexistencia, prevalencia o incluso escuetamente de simulación, siempre y cuando evidencie en la reclamación de la misma y las causas, la presencia de una simulación, esto es, se pueda inferir claramente que la demanda se encamina a la declaración de ineficacia del acto ficticio o al establecimiento de la realidad del acto disimulado.

Finalmente, es importante analizar y de alguna forma deducir que si declarada la simulación absoluta del acto y deducidas sus consecuencias, sería más que innecesario entrar a examinar la validez o nulidad de ese acto que no existe.

## REFERENCIAS

Española, Diccionario De La Lengua. (18 de Septiembre de 2016). *Real Academia Española*. Recuperado el 2016, de Real Academia Española:<http://www.dle.rae.es.com>

Fernández, G. O. (2008). *Régimen general de las obligaciones* (Octava ed.). Bogotá: Temis .

Fernández, G. O. (2008). *Réfimen general de las obligaciones* (Octava ed.). Bogotá: Temis.

Orsini, J. M. (2012). *Doctrina General del contrato* (Quinta ed.). Caracas: Lautaro.  
Rivera, J. C. (1994). *Instituciones del Derecho Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires : Abeledo-Perrot.

Ferrara, F. (1960). La Simulación de los Negoios Jurídicos. *Revista del derecho privado* , 190.

Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y Agraria. (6 de Mayo de 2009). Sentencia. 11001-3103-032-2002-00083-01. *Sentencia* . Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional. (3 de Febrero de 2004). Sentencia C-071. Bogotá, Colombia.  
Agraria, Corte Suprema De Justicia Sala Casación Civil y. (26 de Agosto de 1951). LXX, 74.

Agraria, Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y. (4 de Septiembre de 2006). expediente: 050013103007-1997-5826-01. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema De Justicia. Sala Casación Civil y Agraria. (30 de Julio de 2008). Sentencia: 41001-3103-004-1998-00363-01. Bogotá, Colombia.

0526631030022001-00509-01 (Corte Suprema de Justicia 7 de Abril de 2015).  
Guillermo, O. F., & Eduardo, O. A. (2009). *Teoría General Del Contrato Y Del Negocio Jurídico* (Séptima ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Código Civil Colombiano. (2009). Bogotá: Temis.

Ospina Fernández Guillermo; Ospina Acosta Eduardo. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.

Ospina Fernández; Ospina Acosta. (2009). *Teoria General del Contrato y del Negocio Juríco* (Séptima ed.). Bogotá: Temis.

